

### CAPITULO III.

#### DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO.

##### *SECCION I.—Principios generales.*

287. El divorcio es la disolución del matrimonio. Así, pues, desde el instante en que se pronuncia el divorcio, el matrimonio cesa de existir con todos los efectos que le prestan la ley ó las convenciones matrimoniales. La ley es la que rige las relaciones de los cónyuges, sus derechos y sus obligaciones. Estos derechos y estas obligaciones cesan después del divorcio. Ya no hay esposos; así, pues, la mujer no tiene ya el derecho de llevar el nombre de aquel que fué su marido. Ya no hay poder marital; la mujer recobra su plena y completa capacidad jurídica. Ya no puede tratarse de deberes de fidelidad, de auxilios, de asistencia. Si uno de los esposos divorciados llegase á morir, el otro no le heredaría, porque ya no son esposos. Las convenciones matrimoniales quedan igualmente disueltas. Si les esposos fuesen comunes en bienes, la comunidad se divide, como en caso de muerte. Si los cónyuges estuviesen casados bajo otro régimen, este régimen cesa también de producir sus efectos, la mujer recobra sus bienes y el marido ya no tiene derecho alguno sobre ellos.

¿De todo esto debe deducirse que el matrimonio haya de considerarse como si nunca hubiese existido? No. El matrimonio está disuelto, pero no anulado. Cuando se anula el matrimonio, es en razón de un vicio radical que lo infecta, vicio en virtud del cual no podía ser contraído, vicio, en consecuencia, que impide que el matrimonio produzca ningún efecto. El divorcio implica, por el contrario, un matrimonio válido y que debe producir sus efectos, supuesto que uno de los esposos se queja de que las obligaciones del matrimonio han sido violadas en perjuicio suyo. Sigue-se de ahí que el matrimonio no está disuelto retroactivamente. Ha existido válidamente hasta que el oficial del estado civil pronuncia su disolución; así es que hasta este momento produce sus efectos, y si éstos son de naturaleza propia para perpetuarse, subsistirán después del divorcio. Han nacido hijos del matrimonio; el hecho de haber sido concebidos durante el matrimonio les ha dado la legitimidad que el divorcio no puede quitarles; así es que conservan todos los derechos de los hijos legítimos contra sus padres divorciados, el derecho de educación, el derecho á los alimentos, el derecho de sucesión. Por la misma razón, los padres divorciados conservan el poder paterno sobre sus hijos, porque no cesan de ser padre y madre; ahora bien, el poder paterno deriva de la paternidad y de la maternidad; á decir verdad, es un deber de protección establecido en favor de los hijos, más bien que un derecho de los padres, y ciertamente que no hay razón para que el divorcio desligue al padre y á la madre de un deber. Sin embargo, el divorcio modifica, bajo ciertos respectos, el ejercicio del poder paternal y los derechos que de él resultan sobre los bienes de los hijos.

Por la misma manera, el divorcio no deja abolidos los impedimentos de matrimonio que han resultado del matri-

monio disuelto. Respecto á los impedimentos fundados en el parentesco, la cosa es evidente, porque el divorcio no rompe los vínculos de la sangre. Hay que aplicar el mismo principio á los impedimentos fundados en la alianza: los cuñados y cuñadas no podrán casarse. En vano se dirá que habiéndose disuelto el matrimonio, ya no hay cuñados y cuñadas. Cierzo es que ya no hay alianza, pero la alianza que ha existido ha producido un efecto que atañe á la moralidad pública y que se perpetúa. Si se tratase de nuevos efectos que la alianza debiera producir después del divorcio, entonces se aplicaría el principio de que, cesando la causa, los efectos deben cesar: tal sería la obligación alimenticia. Pero el principio no recibe su aplicación á los efectos ya producidos (1).

288. Hemos supuesto que el matrimonio queda disuelto á contar desde que el divorcio se pronuncia por el oficial del estado civil. Zachariæ enseña que esta declaración es retroactiva respecto al día del fallo. Pretende que éste pronuncie el divorcio con condición suspensiva; la declaración del oficial público no es más que la ejecución del fallo que admite el divorcio. Esto es contrario á los textos y á los principios. Los arts. 264, 290 y 294, dicen de la manera más formal que el tribunal envía á los cónyuges ante el oficial del estado civil para que pronuncie el divorcio; hasta este momento, subsiste, pues, el matrimonio. No puede, pues, ser cuestión de una condición suspensiva, porque no hay más condiciones que las que están estipuladas por las partes, ó subentendidas por la ley. En materia de divorcio, las partes nada pueden estipular, supuesto que el matrimonio es de orden público. Sería, pues, necesario que la condición estuviese escrita en la ley. Y el legislador se ha cuidado muy bien de establecer una condición; un estado con-

1 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 268, pfo. 147.

dicional, es decir, incierto, no puede concebirse en esta materia; el matrimonio no puede disolverse ni contraerse bajo condiciones. Por la misma razón no puede aplicarse al fallo que admite el divorcio el principio de que todo juicio tiene efecto retroactivo, hasta el día de la demanda; desde luego, porque no es el fallo el que pronuncia el divorcio; y además, porque el principio de la retroactividad de los juicios supone que el juez no hace más que declarar derechos preexistentes, derechos pecuniarios que están ya en el patrimonio del actor, mientras que el divorcio viene á destruir un estado y á crear otro nuevo.

289. Uno de los efectos más considerables al divorcio, es que los cónyuges pueden contraer un nuevo matrimonio. En razón de esta libertad para volverse á casar, es por lo que los autores del código han preferido el divorcio á la separación de cuerpo (1). Sin embargo, el derecho de contraer una nueva unión, recibe restricciones que difieren, según las causas de divorcio: más adelante las exponaremos. Una de estas restricciones se aplica á toda clase de divorcio, cualquiera que sea la causa por la cual se haya pronunciado; los esposos divorciados, dice el art. 295, no podrán ya volver á reunirse. Los autores del código tomaron esta disposición de Montesquieu, que la encontró en las leyes de México; dice Montesquieu que la ley que prohíbe á los cónyuges volverse á unir, entra mejor en las vías de la indisolubilidad del matrimonio que la ley que se les permite (2). Treilhard desarrolla este pensamiento en la exposición de motivos: «El divorcio no debe pronunciarse sino á prueba de una necesidad absoluta, y cuando se le demuestra bien á la justicia que la unión entre los dos consortes, es imposible: una vez comprobada dicha imposibilidad, la reunión sólo podría

1 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 33, Loaré, t. II, p. 572.

2 Montesquieu. "del Espíritu de las leyes, XVI, 15.

ser una nueva ocasión de escándalo. Importa que los cónyuges estén penetrados de antemano, de toda la gravedad de la acción que van á intentar, que no ignoren que el vínculo se romperá sin remedio ulterior, y que no pueden considerar el uso del divorcio como una simple ocasión de someterse á pruebas pasajeras, para reanudar la vida común, cuando se creyesen suficientemente corregidos.»

La disposición fué vivamente combatida en el seno del consejo de Estado. Nosotros somos de opinión de que los opositores tenían razón contra Montesquieu. Si los esposos quedan en libertad para contraer un nuevo matrimonio, ¿por qué no habrían de tenerla para contraerle entre sí, es decir, entre personas que naturalmente deben preferirse? Si el divorcio es necesario, no por eso deja de ser un escándalo: debe, pues, desearse que el matrimonio destinado á durar siempre recobre su perpetuidad. Se temen nuevos desórdenes. Nosotros responderemos, que el desorden puede también producirse y se ha producido en las uniones nuevas que el código permite á los esposos divorciados. En cambio, puede haber arrepentimiento: ¿por qué no dejar abierta una puerta? En vano dice Portalis, que por respeto al matrimonio debe prohibirse á los cónyuges que vuelvan á unirse, á fin de que no tomen á juego el divorcio como tomaron el matrimonio, á fin de que no se divorcien ligeramente y con la premeditación de volverse á reunir. Nosotros contestaremos con Béranger que no debe temerse que se divorcien por ligereza ó por cálculo; los que se divorcian lo hacen con un espíritu de perpetuidad, tanto como los que se casan, sí, á pesar de esto, se permite á los esposos que se desunan, ¿por qué no habria de permitírseles que volvieran á unirse? Decir, como Treilhard, que los esposos en el momento en que se divorcian, podrían en cierto modo especular con su reunión, es no tener en cuenta las pasiones que provocan

el divorcio (1). Nó, en el momento en que ellos rompen su matrimonio, los esposos piensan ciertamente que será para siempre; por esto es por lo que piden el divorcio, en lugar de conformarse con la separación de cuerpo. Pero si el arrepentimiento los corrige, si se compadecen de la triste condición de sus hijos, ¿por qué no permitir una unión que está en la aspiración de la naturaleza y en el interés de la sociedad?

*SECCION II.—De los efectos del divorcio  
en cuanto á los esposos.*

§ I.—DEL DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

290. Resultan del divorcio por causa determinada, dos impedimentos al matrimonio. La mujer divorciada no puede volver á casarse sino diez meses después de pronunciado el divorcio (art. 296). Esta es una disposición análoga á la del art. 248 y está fundada en los mismos motivos. Cuando el divorcio se pronuncia por causa de adulterio, el esposo culpable no puede volver jamás á casarse con su cómplice (art. 298). Nada es más moral como este impedimento; desgraciadamente es, como todos los impedimentos, originados del divorcio, simplemente prohibitivo. Así, pues, si se celebrase el matrimonio, subsistiría á despecho de la moralidad pública (2).

291. Según los términos del art. 298, la mujer adúltera será sentenciada por el mismo fallo que admite el divorcio, y á requisitoria del ministerio público, á una prisión de tres meses á dos años. El art. 308 contiene una disposición

1 Sesión del consejo de Estado del 16 nivoso, año X, Loaré t. II, ps. 540-542, núm. 3.

2 Véase el tomo II de mis Principios, núm. 366.

análoga para la separación de cuerpo. Esta es una excepción al principio que separa la jurisdicción civil de la jurisprudencia criminal. Los tribunales civiles no pronuncian penas. ¿Por qué, pues, el código Napoleón quiere que la mujer adúltera sea sentenciada á prisión por el tribunal civil? Hay una razón histórica que explica esta anomalía. La legislación intermediaria no castigaba el adulterio; era éste un error que los autores del código se apresuraron á corregir; insertaron, en consecuencia, una disposición penal en el código civil, y considerando la pena como un accesorio de la demanda de divorcio, dieron al tribunal civil el derecho de pronunciar la pena conminada contra la mujer adúltera (1).

Para que el tribunal civil pueda sentenciar á la mujer, se necesitan dos condiciones: en primer lugar, el requerimiento del ministerio público, y, además, que éste requiera la pena antes del fallo sobre el divorcio, porque la ley quiere que la pena se pronuncie en el mismo fallo. Así, pues, si el ministerio público hiciese su requerimiento después del fallo, no podría admitirse en derecho. No es necesario decir que el tribunal civil no puede condenar al marido adúltero; siendo su competencia una derogación del derecho común, debe restringirse á los límites precisos de la ley.

La combinación del código civil y del código penal da lugar á serias dificultades. Pregúntase, en primer lugar, si los art. 298 y 308 no han sido abrogados por el código penal. Hay un motivo para dudar. Estas disposiciones se han escrito porque cuando se publicó el código civil el adulterio no era castigado; desde entónces, ha intervenido el código penal de 1810, que contiene un sistema completo sobre el castigo del adulterio. ¿No debe concluirse de esto que las

1 Demolombe, "Curso del código Napoleón," t. IV, p. 483, número 381.

disposiciones del código Napoleón son transitorias y, como tales, abrogadas por el código penal? La corte de Lieja así lo había resuelto por sentencia de 6 de Marzo de 1819: pero volvió de este error, porque error hay en esto. En efecto, el código civil no se limita á pronunciar una pena contra la mujer adúltera; atribuye, además, competencia al tribunal á cuyo cargo está la demanda de divorcio; esta última disposición nada tiene de transitoria; es definitiva y no está ciertamente abrogada por el código penal, porque una ley general no deroga una ley especial (1).

Hay otro conflicto entre la ley penal y la ley civil. El art. 336 del código penal dice: «El adulterio de la mujer sólo puede denunciarlo el marido.» Es cierto que el adulterio es un delito público, en el sentido de que atenta á la santidad del matrimonio que la ley debe proteger y garantizar; pero, como lo expresó el orador del gobierno en 1810, bajo otros puntos de vista, es menos un delito contra la sociedad que contra el cónyuge, á quien lastima en su amor propio, en su honra y en sus afectos. Así, pues, sin querrela del marido no puede haber condena contra la mujer. ¿Este principio se aplica á la condena que pronuncian los tribunales civiles en virtud de los arts. 298 y 308? ¿es decir, preciso es que el marido haga una denuncia formal para que el ministerio público pueda requerir la pena de prisión contra la mujer? Nó; la disposición del art. 298 es especial y no tolera la aplicación de los principios del derecho criminal sobre la declaración ó la querrela. La acción de divorcio es una acción civil, y ante los tribunales civiles no puede tratarse de querrela ni declaración. Todo lo que el código Napoleón exige, es que el fallo admita el divorcio por causa de adulterio, lo que supone naturalmente que

1 Sentencia de Lieja de 29 de Marzo de 1817, *Pasicrisia*, 1819, 2, 260

el marido ha pedido el divorcio por adulterio de la mujer. No es necesario que el marido denuncie, además, el adulterio. Puede decirse que lo denuncia implícitamente al pedir el divorcio por causa de adulterio. Esto basta para que el ministerio público tenga el derecho y el deber de requerir la pena (1). La disposición del art. 298 está abrogada por el código penal belga, que dice en su art. 390: «La persecución ó la condena por adulterio no podía tener lugar sino á querrela del cónyuge que pretende estar ofendido.» Las palabras ó la *condena* implican que la simple acción de divorcio no es bastante para que el ministerio público pueda requerir la condena de la mujer, se necesita una *querrela* (2).

Según el código penal de 1810 (art. 236), el marido convicto de haber sostenido á una concubina en la casa común, no era admitido á denunciar el adulterio de la mujer. De ahí la cuestión de saber si esta disposición se aplica en el caso del art. 298. La hacemos á un lado, supuesto que no puede ya presentarse, según el nuevo código penal belga.

Por último, hay una dificultad concerniente á la prescripción. La acción de divorcio prescribe en treinta años, mientras que el delito de adulterio prescribe en tres años. ¿Si el marido intenta acción de divorcio, más de tres años después que el delito de adulterio se cometió, el ministerio público puede todavía requerir la prisión? Nó, ciertamente. Hay dos acciones bien distintas, la del marido, que tiende únicamente al divorcio, y la del ministerio público, que tiende á la aplicación de la pena. La pena supone un delito; cuando la acción pública ha prescrito, ya no

1 Sentencias de Lieja de 11 de Julio de 1833 y de Bruselas de 10 de Julio de 1858, *Pasierisia*, 1833: 200, y 1859, 71.

2 Haus, *Principios generales del derecho penal belga*, p. 652.

hay delito, y por consiguiente ya no puede haber condena por delito (1).

## § II.—DEL DIVORCIO POR CONSENTIMIENTO MUTUO.

292. Este divorcio produce un impedimento especial al matrimonio; por los términos del art. 297, ninguno de los dos cónyuges puede contraer un nuevo matrimonio sino tres años después de pronunciado el divorcio. Cuando los esposos se divorcian por mutuo consentimiento no hay causa conocida que legitime la disolución del matrimonio. El legislador supone que hay una causa oculta; pero puede suceder también que no la haya, y que los cónyuges ó uno de ellos no hayan pedido el divorcio sino para satisfacer una pasión culpable. Al prohibirles que vuelvan á casarse después de tres años, se aparta, dice Treilhard, la perspectiva de una unión, con el objeto de alguna pasión nueva. Apartar, es demasiado decir: se aleja. Esto es todo lo que el legislador podía hacer. Por lo demás, el impedimento es puramente prohibitivo.

### *SECCION III.—De los efectos del divorcio en cuanto á los hijos.*

#### § 1º.—DEL DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

##### *Núm. 1.—Derechos de los padres.*

293. El art. 302 establece: «Se confiarán los hijos al esposo que haya conseguido el divorcio.» Tal es el principio, y la ley lo formula en términos imperativos; supone,

1 Sentencia de Besançon, de 20 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 57). La cuestión está muy bien tratada en la requisitoria del ministerio público (*ibid.*, p. 55).

que el cónyuge inocente es más digno de dirigir la educación de los hijos que el cónyuge que ha quebrantado sus deberes hacia su consorte. Mal esposo no siempre quiere decir mal padre. De todos modos, lo cierto es que hay una presunción contra el culpable, y esto basta para que el legislador, por el interés de los hijos, los confíe al cónyuge que ha obtenido el divorcio. Pero la ley no asienta regla absoluta. El art. 302 agrega: «El tribunal, á instancia de la familia ó del procurador imperial, puede ordenar, para mayor ventaja de los hijos, que todos ó algunos de ellos se confíen al cuidado, sea del otro cónyuge, sea de una tercera persona.» Es, pues, de principio que el tribunal se decida según «la mayor ventaja de los hijos.» Cuestión de hechos y de circunstancias. Sólo que para que el tribunal pueda derogar la regla que el art. 302 asienta, es preciso que haya una demanda de la familia ó del procurador del rey. Por familia debe entenderse el consejo de familia; en efecto, sólo este consejo representa los intereses generales de la familia (1). Si ni el ministerio público, ni la familia interponen una demanda, el juez deberá confiar los hijos al esposo que haya obtenido el divorcio; está ligado por un texto imperativo (2) y no puede ordenar lo que no se le demanda.

294. La aplicación del art. 301 da lugar á una dificultad sobre la cual hay controversia. Pregúntase si el cónyuge contra el cual se pronuncia el divorcio pierde la potestad paternal. Nos hemos asombrado de leer en Zachariæ que dicho esposo se considera como muerto; que, en consecuencia, el cónyuge que ha obtenido el divorcio toma la tutela de los hijos. ¿Cómo sería considerado como muerto

1 Sentencia de Colonia, de 19 de Marzo de 1843 («Bélgica Judicial," t. II, p. 286).

2 Sentencia de Bruselas, de 10 de Mayo de 1859 (*Pasijersja*, 1860, 2, 241).

el cónyuge culpable cuando la ley permite que se le confián los hijos? ¿Y si estuviera *muerto* podría la ley decir (art. 302) que *conserva* el derecho de vigilar la subsistencia y la educación de aquellos? Si él conserva el derecho de vigilancia es porque jamás lo ha perdido, y si no lo ha perdido, ¿cómo había de considerársele como muerto? La idea de tutela es todavía más ilógica, más contraria á todo principio (1). Se abre la tutela por la muerte de uno de los cónyuges; pero como ambos viven, sería necesario un texto más que formal para que el cónyuge culpable fuese considerado como muerto, cuando en realidad vive y cuando la ley le reconoce derechos sobre la educación de los hijos. Si el cónyuge á quien se confían los hijos ejerciese la tutela, habría un tutor subrogado, él sería quien vigilase la administración de la tutela. ¡Y bien, según el art. 302, el cónyuge culpable tiene el derecho de vigilar la subsistencia y la educación confiadas á ese pretendido tutor! Hay más. La ley permite que se entreguen los hijos á tercera persona, y coloca á ésta en la misma línea que al cónyuge. Habría, pues, que decir que esta tercera persona es un tutor. ¡Así es que habría un tutor cuando el padre y la madre viven!

Nó, aquel á quien se confían los hijos no ejerce la tutela, y tampoco la potestad paternal. Lo que acabamos de decir es una prueba evidente. El tribunal puede ordenar, dice el art. 312, que se confíen los hijos al esposo culpable ó á tercera persona. ¿Y se dirá que ésta debe ejercer la potestad paternal? Cosa inaudita sería en derecho la delegación de esta potestad. A decir verdad, no se trata de la protesta paternal. Trátase de saber al cuidado de quien

1 Esta es la opinión de Delvincourt, "Institutos del derecho francés, t. I, p. 168, y de Loaré, "Espíritu del código Napoleón," t. VI, ps. 24 y siguientes.

se confiarán los hijos: estos son los términos del art. 302. ¿Qué es lo que la ley entiende por *cuidados*? El art. 303 nos lo dice: es la *subsistencia* y la *educación*. ¿A quién, pues, pertenece la potestad paternal? La ley nos lo dice en su mismo art. 303: «Quien quiera que sea la persona á quien se confien los hijos, el padre y la madre conservarán respectivamente el derecho de vigilar la subsistencia y la educación de sus hijos.» La palabra *conservar* de que se sirve la ley implica que en nada han cambiado los derechos del padre y de la madre. Conservan ellos después del divorcio los derechos que antes tenían, es decir, la potestad paternal. ¿A quién, según nuestro derecho, pertenece esta potestad? Al padre y á la madre (art. 373). ¿Quita el divorcio esta potestad al cónyuge culpable para investir con ella al inocente? Acabamos de ver que nuestros textos no permiten dicha interpretación. Así, pues, si no hay ninguna caducidad hay que decidir que la potestad paternal queda al padre y á la madre:

¿Quiére decir esto que en nada haya cambiado después del divorcio el ejercicio de la potestad paternal? El artículo 373 dice que sólo el padre ejerce esa potestad durante el matrimonio. Este ejercicio exclusivo atribuido al padre ya no se concibe cuando el matrimonio ha sido disuelto por el divorcio, y ya no tiene razón de ser (1). Se comprende que el padre, teniendo como marido la potestad marital, tenga también él solo la paternal. Después de la disolución del matrimonio, todo predominio del marido cesa, la mujer tiene igual derecho que el del hombre. Pero este poder igual sería impracticable en la educación de los hijos, porque ésta requiere mandato en la dirección. Era, pues, preciso confiarla á uno solo de los cónyuges divorciados. Ya sabemos en virtud de cuáles reglas la ley se decide para

1 Willequet, *del Divorcio*, ps. 261 y siguientes (según Grolmann).

deferir el cuidado de la educación. La confía, en principio, á aquel de los cónyuges que se presume sea el más digno, salvo que el tribunal designe esta regla para mayor ventaja de los hijos. Pero la igualdad de los cónyuges subsiste en tanto que sea conciliable con una buena educación. Así, pues, padre y madre tienen el derecho de vigilancia, y ambos también soportan las cargas.

Tal es la doctrina que dimana de los textos y de los principios. La mayor parte de los autores enseñan que el padre conserva la potestad paternal aun cuando sea él el cónyuge culpable y aun cuando los hijos se hayan confiado á la madre (1). Esto es demasiado absurdo. ¿Qué cosa es el poder paternal en derecho francés? Un deber más bien que un derecho, el deber de la educación. Ahora bien, después del divorcio ya no es el padre quien ejerce este derecho ó cumple este deber, puede ser la madre, puede ser una tercera persona, y si es esto último, ambos cónyuges tienen un derecho igual de vigilancia, lo que prueba que la potestad paternal no pertenece exclusivamente al padre. Queda en pie una dificultad. ¿Quién tendrá el poder de corrección? Este es un derecho inherente á la potestad paternal. Y por lo mismo, es imposible concederlo á la tercera persona que estuviese encargada del cuidado de los hijos. Un poder que es inherente á la potestad paternal sólo puede pertenecer al padre y á la madre. Siendo igual el derecho de ambos después del divorcio, se viene á parar forzosamente en la conclusión de que cada uno podrá ejercitarlo. Hay en esto un vacío de la ley, porque no prevé la dificultad. Todo lo que puede afirmarse, es que el derecho igual de vigilancia trae consigo el derecho igual de corrección. Si los hijos se confían á uno de ellos, al pa-

1 Proudhon, t. 1, ps. 525 y siguientes. Toullier, t. IV, núm. 749. Demolombe, t. IV, p. 611, núm. 511.

dre ó á la madre, naturalmente él será quien ejerza el poder de corrección. La ley habría debido decirlo, á fin de prevenir los conflictos.

*Núm. 2.—Derechos de los hijos.*

295. Los hijos tienen derechos sobre los bienes del padre y de la madre en virtud de la ley, y este derecho es el de sucesión. Estos derechos subsisten, dice el art. 304, después de la disolución del matrimonio por divorcio. Otro tanto hay que decir de los derechos que pertenecen al padre y á la madre respecto á los bienes de sus hijos. Esta es una aplicación del principio general sobre los efectos del divorcio. La ley agrega que estos derechos se abren con la muerte. Esto no era necesario decirlo, supuesto que es de derecho común, que no habría razón de derogar en caso de divorcio.

La ley aplica el mismo principio á las ventajas que se aseguraron á los hijos en las convenciones matrimoniales de sus padres. Estos derechos convencionales se mantienen igualmente, y se abren de la manera y bajo las condiciones determinadas por el contrato de matrimonio; el divorcio en nada las modifica (art. 234). Se crea una institución contractual á los cónyuges por su contrato de matrimonio; por los términos del art. 1082, se presume creada á favor de los hijos que nazcan del matrimonio, es decir, que éstos son llamados á falta de los instituidos. Si se pronuncia el divorcio, el derecho de los hijos subsiste. Entiéndase tal como la ley los consagra; si el padre y la madre fallecen antes que el donante, los hijos son substituidos, como se dice, y recogen los bienes, pero únicamente á la muerte del que instituye. Esta es la aplicación del derecho común.

Cuando un derecho no debe abrirse sino á la muerte, es imposible que el divorcio lo abra (1).

296. Por los términos del art. 386, el cónyuge contra el cual se pronuncia el divorcio pierde el usufructo que la ley da al padre y á la madre sobre los bienes de sus hijos. Esta es una pena que la ley pronuncia contra el cónyuge culpable. Supongamos que sea la mujer, el marido que ha obtenido el divorcio, conservará el usufructo; en este caso nada se ha cambiado en los derechos de los hijos, á menos que el padre muera antes que los hijos hayan llegado á los diez y ocho años, porque entonces el usufructo se extinguirá en provecho de los hijos. Si es la madre quien obtuvo el divorcio, el padre queda despojado de su derecho, ¿pero á quién pasará el usufructo? ¿á los hijos ó á la madre? Nosotros creemos que á la madre. La ley da el usufructo á aquel de los padres que ejerce el poder paternal; he aquí por qué el art. 384 dice que el padre tiene el goce del usufructo durante el matrimonio, y después de la disolución del matrimonio, el superviviente de los padres. Si el matrimonio se disuelve por el divorcio pronunciado contra el marido, la madre tiene el poder paternal con el mismo título que el padre, y aun es á ella á quien se confían los hijos; así es que debe tener el usufructo de sus bienes. El art. 386 implícitamente lo dice; en efecto, decir que este goce no tendrá lugar en provecho del cónyuge culpable, ¿no equivale á decir que el inocente lo conserva? Este es un argumento sacado del silencio de la ley, es cierto; pero aquí no hace más que confirmar una solución que se deriva de los principios (2).

1 Proudhon, "Tratado sobre el estado de las personas," t. I, págs. 828 y siguientes.

2 Esta es la opinión de Zachariæ (traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 272) seguida por Willequet, *del Divorcio*, ps. 270 y siguientes. La opinión contraria la ha enseñado Proudhon, *Del usufructo*, t. I, p. 140, y los autores citados por Zachariæ, p. 272, nota 18.

## § II.—DEL DIVORCIO POR CONSENTIMIENTO MUTUO.

297. Los cónyuges han debido dejar de antemano arreglado á quien mande confiarse los hijos nacidos de su unión (art. 280). ¿Quiere esto decir que los cónyuges pueden disponer del poder paternal ó renunciarlo? Nó, ciertamente, porque el poder paternal es de orden público, y no se pueden renunciar por medio de convenciones particulares, las leyes que interesan al órden público. El único objeto de las convenciones de que habla el art. 280 es designar la persona á quien deban *confiarse* los hijos. El art. 303 se sirve de la misma expresión. Hay pues, que interpretar el art. 280 por los arts. 302 y 303. Los esposos convendrán en confiar á sus hijos, sea á uno de ellos, sea á tercera persona, pero conservarán la vigilancia de la subsistencia y de la educación, es decir, que conservarán la potestad paternal, tal como se encuentra modificada por el divorcio. Esto está en armonía con los principios. El divorcio debe tener el mismo efecto, en cuanto á la potestad paternal, sea que se verifique por consentimiento mutuo ó por causa determinada. Sólo una diferencia hay, y es que, en el último caso, siendo conocida la causa del divorcio, la ley tenía una razón para confiar los hijos á uno de los cónyuges preferentemente, al que es inocente; mientras que, si el divorcio tiene lugar por consentimiento mutuo, como la ley ignora cuál es el culpable, debía atenerse á las convenciones de los esposos. Bajo los demás respectos, no hay ninguna diferencia entre los dos divorcios, en lo que concierne á la potestad paternal.

¿Queda por saber quién tendrá el usufructo legal? Este es un punto que los consortes han debido arreglar por sus convenciones, supuesto que el art. 279 quiere que arreglen ellos sus respectivos derechos. ¿Pueden ellos derogar los

principios generales sobre el usufructo legal, en el sentido que renuncien ó que uno de ellos renuncie? Hay un motivo para dudar; el usufructo se otorga por la ley al que ejerce la potestad paternal. ¿No equivale esto á decir que es de orden público, y que por consiguiente los cónyuges no pueden denegarlo (1)? A nuestro juicio, el usufructo legal no es de orden público, porque la ley misma permite introducir en él modificaciones por donación ó testamento (art. 387); es esta una ventaja pecuniaria á la que los cónyuges pueden renunciar, y que, en caso de divorcio, pueden arreglar como mejor les parezca. Si no han hecho ninguna convención sobre este particular, hay que estarse á los principios generales. El usufructo pertenece á quien ejerce la potestad paternal, y, cuando los esposos se hayan divorciado, la potestad paternal pertenece, con igual título, al padre y á la madre, y por consiguiente, uno y otro tendrán igual derecho al goce de los bienes de sus hijos. Este derecho igual no carece de inconvenientes. Para prevenir toda contienda es por lo que la ley exige que los cónyuges arreglen sus derechos respectivos, y el tribunal debería desechar el divorcio, si no lo hubieren verificado.

298. Los hijos conservan sus derechos legales y convencionales, como en el caso de divorcio por causa determinada. Además, la ley establece, art. 305: «La propiedad de la mitad de los bienes de cada una de los cónyuges, la adquirirán con pleno derecho, desde el día de su primera declaración, los hijos habidos en el matrimonio.» Esta disposición da lugar á graves dificultades. Escuchemos, desde luego, la Exposición de motivos: «El divorcio, por consentimiento mutuo, dice Treilhard, hace temer que de él abusen la ligereza y la inconstancia. Todas las disposiciones del

1 Arntz, *curso de derecho civil frances*, t. 1º, p. 246, núm. 475.

código, se han hecho para calmar aquellos temores. Tal es, notablemente el art. 305, que despoja á los esposos de la mitad de sus bienes, la cual pasa á los hijos. Esta es una garantía de que el divorcio no se pedirá sino por causas irresistibles (1).

Pregúntase cuál es la naturaleza de esta propiedad atribuida á los hijos. ¿Cuando hay hijos habidos en otro matrimonio, pueden ellos pedir la percepción ó la reducción del principal de esta mitad de bienes que los hijos nacidos de los cónyuges divorciados han recogido en virtud de la ley? Si la cuestión pudiera resolverse teóricamente, habría ciertamente que contestar que hay lugar á la percepción y á la reducción. No es exacto, como se pretende, que la ley haya querido conceder una ventaja á los hijos, en compensación del daño que el divorcio les causa. Si tal hubiese sido la mira del legislador, habría debido otorgar el mismo favor á los hijos cuando el divorcio se pronuncia por causa determinada; había para ello una razón más fuerte, puesto que el daño es más considerable, siendo mayor el escándalo. Nó, la ley no ha querido procurar ventajas á los hijos, sólo ha querido asegurarse de que hay una causa legítima de divorcio. Esta mira se consigue por el hecho mismo de que el padre y la madre son despojados de la mitad de sus bienes, lo que no impide reglamentar después los derechos de los hijos entre si según el derecho común. Así, pues, en teoría, habría que decir que hay lugar á la percepción y á la reducción. Pero según los principios consagrados por el código, la aplicación de esta teoría se hace imposible. ¿Qué es lo que el heredero debe percibir? El art. 843 contesta: «Los donativos que el difunto le haya hecho.» ¿Y acaso los bienes atribuidos á los hijos por la ley, con pleno

1 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 23, Loaré, t. II, página 569.

derecho, son bienes donados por los esposos? En vano se dirá que la ley es la que dona; el art. 843 seguirá siendo siempre impracticable. No hay, pues, texto; ¿y puede haber una acción sin texto, cuando esta acción tiende á arrebatarse á un propietario una parte de los bienes que le pertenecen? Por la misma razón, no puede tratarse de reducción. ¿Cuáles son las disposiciones reducibles? Las donaciones entre vivos (art. 920). Ahora bien, en el art. 305, no se trata de donaciones. Habría sido necesaria una decisión formal del legislador para sujetar á la percepción y á la reducción una atribución de bienes que no es una liberalidad. Lo que el legislador descuidó hacer, no corresponde hacerlo al intérprete, porque esto equivaldría á formar la ley, y debe recordar sin cesar que su misión única es interpretarla. Nuestra conclusión es, que en esto hay un vacío, que lamentamos, pero que no nos creemos con derecho para colmar (1).

299. En el consejo de Estado, se preguntó cuál sería la garantía de los terceros á quienes los cónyuges vendiesen sus bienes. Emmerly contestó, que siendo público el divorcio, los que comprasen bienes de los esposos divorciados no tendrán ninguna excusa. La respuesta no corresponde á la objeción. En efecto, la enajenación puede tener lugar durante el procedimiento de divorcio; ahora bien, el art. 305 establece que la mitad de los bienes de los esposos la adquirirán los hijos á contar desde la primera declaración de los cónyuges. Para prevenir á los terceros, la ley habría debido prescribir la publicidad del inventario que el artículo 279 ordena. Si la enajenación no cubre la mitad de los bienes atribuida á los hijos, éstos no tienen un interés, y por lo mismo no tienen acción. Si la enajenación excede á

1 Esta es la opinión de Proudhon, t. I, ps. 514-516, seguida por Zachariæ, traducción de Massé y Vorgó, t. I, p. 274, pfo. 149.

esta mitad, los hijos tendrán la acción de reivindicación, porque los padres enagenaron bienes que pertenecen á los hijos. Cambacères agregó, á su modo, que en el título de las *Hipotecas* podrían tomarse medidas para garantir los intereses de los terceros (1). Esto equivalía á aplazar para las calendas griegas. Nuestro sistema hipotecario ha introducido un método de publicidad que asegura los derechos de los terceros. ¿Pero recibe la ley su aplicación en el caso previsto por el art. 303 del código Napoleón? Dícese que hay lugar á transcripción (2). ¿Pero qué es lo que hay que transcribir? Los actos translativos de derechos reales inmuebles, dice el art. 1º de la ley hipotecaria. Ahora bien, en el caso del art. 303, no hay caso; la transmisión se hace en virtud de la ley, de pleno derecho. Hay de nuevo vacío en la ley, y sólo al legislador atañe colmarlo.

300. Según los términos del art. 303, el padre y la madre conservan el goce de la mitad de los bienes afectos á los hijos. Este es un usufructo legal, pero á diferencia del goce ordinario que á los padres pertenece, dura hasta la mayoría de los hijos. Esta, además, gravado con la carga que se impone al usufructo legal, la alimentación, la subsistencia y la educación de los hijos, conforme á su fortuna y á su estado. Si alguno de los padres muriese antes de que los hijos lleguen á ser mayores de edad, ¿qué viene á ser del usufructo? Ciertamente es que el usufructo especial establecido por el art. 303 se extingue, supuesto que el usufructo se extingue por muerte del usufructuario. ¿Pero en el momento en que se extingue el usufructo especial, acaso no se abre el usufructo general del art. 384? La afirmativa nos parece igualmente cierta. En efecto, el superviviente

1 Sesión del consejo de Estado del 22 fructidor, año X, núm. 24 (Loché, t. II, p. 549).

2 Willequet, *del Divorcio*, p. 279, núm. 5.

de los padres tiene el usufructo de los bienes que se le atribuyen por el art. 305 y que poseen ahora en plena propiedad. Únicamente que este usufructo no durará sino hasta la edad de diez y ocho años. Habría necesidad de una disposición formal para exceptuar del usufructo general los bienes comprendidos en el art. 305; pero por el hecho solo de que no están exceptuados, están comprendidos.

¿Qué es lo que debe resolverse si el hijo muriese antes de su mayoría? Zachariæ dice que el usufructo subsiste. Esto es más que dudoso. El usufructo general del padre y de la madre se extingue por la muerte de sus hijos, aun cuando la ley no lo exprese; la razón es que la potestad paternal cesa con la muerte, la muerte abre la sucesión, y no se ve en el título de las Sucesiones que la ley, defiriendo los bienes dejados por los hijos, reserve el usufructo á sus padres. Y bien, estos mismos motivos existen para el usufructo especial del art. 305. No hay más que una diferencia entre este usufructo y el usufructo general, y es que dura hasta la mayoría de los hijos; bajo todos los demás aspectos, los dos derechos tienen el mismo carácter y deben tener los mismos efectos; así, pues, deben extinguirse por las mismas causas (1).

#### *SECCION IV.—Efectos pecuniarios del divorcio.*

##### § 1º.—DEL DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

##### *Núm. 1.—Revocación de las liberalidades.*

301. El art. 299 establece: «Sea cual fuere la causa del divorcio, fuera del caso de consentimiento mutuo, el cón-

1 Véase, en sentido contrario, á Zachariæ, seguido por Willequet, "del Divorcio," ps. 281 y siguientes.

yuge contra el cual se haya admitido el divorcio perderá todas las ventajas que el otro le haya constituido, sea por el contrato de matrimonio, sea después de contraído éste.» Treilhard dice en la Exposición de motivos: «El cónyuge culpable se ha colocado en la categoría de los ingratos, y como tal debe ser tratado. Ha violado la primera condición del contrato y no puede ser admitido á reclamar las disposiciones de aquel.» Mientras que por los términos del artículo 300, el cónyuge que obtiene el divorcio conserva las ventajas que el otro le ha constituido, aun cuando se hayan estipulado reciprocas y aun cuando no haya tenido lugar la reciprocidad.» Esta última disposición es enteramente excepcional; las donaciones reciprocas son condicionales por naturaleza, la una se hace teniendo en cuenta la otra, y por lo mismo deberian caer juntas. Hay una razón para esta derogación del contrato: y es que el esposo culpable lo ha violado, la ley lo castiga y no puede castigar al cónyuge inocente (1).

302. La ley dice: «Sea cual fuere la causa del divorcio.» ¿Esto quiere decir que basta que se haya admitido el divorcio por el tribunal para que el cónyuge culpable pierda las liberalidades que su consorte le haya otorgado, aun cuando no se haya pronunciado el divorcio? La corte de Bruselas así lo ha decidido, atentas las conclusiones contrarias del procurador general (Beyts) (2). Nosotros creemos que este es un error. La caducidad que la ley pronuncia contra el cónyuge culpable, es un efecto del divorcio; ahora bien, el divorcio no existe sino hasta que se pronuncia, y hasta entonces no puede decirse que haya divorcio. Cierto es que el art 299 agrega: «El cónyuge contra el cual se haya ad-

1 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 32 (Loché, t. II, página 571).

2 Sentencia de 26 de Abril de 1806, Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 498.

mitido el divorcio no perderá; no dice *pronunciado*, lo que parece decidir la cuestión. A decir verdad, el legislador no se ha preocupado por esta dificultad, y así es que no ha podido resolverla. Los términos que acabamos de transcribir son opuestos á los términos: *que haya obtenido el divorcio*, del art. 300; son, pues, sinónimos de *el esposo culpable*; pero para que haya un esposo culpable, fuerza es que el divorcio se haya pronunciado, de lo contrario, se llegaría á esta consecuencia absurda, que el esposo reo se vería despojado de las ventajas que le ha procurado el esposo actor, aun cuando éste no quiera que el oficial del estado civil pronuncie el divorcio. Ciertamente es que el cónyuge que ha obtenido éste, puede renunciarlo y reanudar la vida común, reconciliándose con su consorte, y ciertamente que esta reconciliación impediría todos los efectos del divorcio. Así, pues, como en el caso juzgado por la corte de Bruselas, el cónyuge que ha obtenido el divorcio muriera ántes de que éste se pronunciase, no hay divorcio, y por lo tanto no hay caducidad incurrida en razón del divorcio (1).

303. Los términos generales del art. 299, dan lugar á una dificultad más seria: «Sea cual fuere la causa del divorcio.» ¿Debe aplicarse esta caducidad general al caso previsto por el art. 310? La separación de cuerpo se pronuncia por causa determinada; dura tres años; entónces el cónyuge, originariamente reo, pide el divorcio y el tribunal lo admite. Se pregunta si el cónyuge reo en el divorcio perderá las ventajas que el otro cónyuge le había otorgado. La negativa nos parece evidente, tanto por el texto, como por el espíritu de la ley: *Sea cual fuere la causa del divorcio, fuera del caso de consentimiento mutuo.*

1 Sentencia de Polonia de 26 de Noviembre de 1826, *Belgica judicial*, t. XVII, p. 1385.

¿Cuáles son esas causas de que la ley habla en términos tan generales? El código civil admite dos causas de divorcio: la una por causa determinada, y la otra por consentimiento mutuo (tit. VII, cap. 1º). Los términos *sea cual fuere la causa* que usa el legislador, implican, pues, un divorcio por causa *determinada*, por oposición al divorcio por *consentimiento mutuo*; la ley no admite la caducidad en el divorcio por consentimiento mutuo, y la admite en el divorcio por causa determinada, sea cual fuere la causa, supuesto que hay cuatro. En este sentido, nuestro texto dice: «Sea cual fuere la causa del divorcio. ¿Por qué el código no fija el mismo efecto al divorcio por consentimiento mutuo? Porque en este divorcio se ignora cuál es el esposo culpable, y sólo contra éste pronuncia la ley la caducidad. Treillard nos lo dice: él se ha colocado en la categoría de los ingratos; ha violado el contrato, y es por lo tanto, indigno de conservar las ventajas que su cónyuge le había creado.

El texto y el espíritu de la ley son igualmente extraños al divorcio admitido en virtud del art. 310. Este divorcio no se verifica por causa determinada. Es cierto que la separación de cuerpo se ha admitido por causa determinada, pero cuando el cónyuge originariamente reo en separación pide el divorcio, no hay causa determinada para éste, y no hay más razón que la de rehusarse el otro cónyuge á restablecer la vida común después de tres años de separación. Este es un caso enteramente especial, que no entra en las *causas* determinadas del divorcio. Así, pues, el texto del art. 299 no es aplicable. ¿Qué decir del espíritu? En el caso del art. 310, el reo es el cónyuge inocente, el actor es el culpable: ¿y la ley privaría de sus ventajas al cónyuge inocente y se las conservaría al culpable? El objeto de la disposición es moral, supuesto que trata de castigar á un

indigno; y se quiere que se recompense al que es indigno y se castigue al inocente!

Se ha intentado dar otra interpretación al art. 299. Asienta una regla general: «Sea cual fuere la causa de divorcio.» A esta regla absoluta, se admite una excepción, una sola, el caso de consentimiento mutuo; no establece excepción para el divorcio pronunciado en virtud del art. 310, luego este divorcio está comprendido en la regla. De antemano hemos contestado á la objeción, probando que la regla general sólo comprende el divorcio por causa determinada, y, en consecuencia, excluye el divorcio del art. 310. La corte de Bruselas y la de casación de Bélgica, han dado una nueva respuesta (1). ¿A quien se declara caduco de las liberalidades que ha recibido? ¿á todo cónyuge demandado? Nó, al cónyuge *contra el cual se haya admitido el divorcio*. Lo que de nuevo supone una causa determinada. ¿Puede decirse, en el caso del art. 310 que el divorcio se admite *contra el cónyuge demandado*? Nó, porque el demandado no contiene y ni aun tiene siquiera el derecho de contender; desde que se rehusa á reanudar la vida común, el divorcio tiene lugar necesariamente. Se han apoderado de esta denegación, y han querido transformarla en falta, á fin de hallar una base moral á la caducidad en que se quiere hacer incurrir al reo. ¡Cómo! ¡El cónyuge reo ha incurrido en una falta, cuando no ha hecho más que usar de un derecho al pedir la separación de cuerpo, porque sus creencias religiosas le prohibían pedir el divorcio! ¡Ha incurrido en una falta cuando todavía obedece á su conciencia queriendo mantener la separación! Nó, no hay falta alguno que echarle en cara; luego la caducidad no tiene ninguna razón de ser: sería una escandalosa iniquidad.

1 Sentencia de Bruselas, de 19 de Abril de 1861, *Pasicrisia*, 1864, 2, 304, confirmado por sentencia de la corte de casacion, de 24 de Mayo de 1865, *Pasicrisia*, 1865, 1, 147.

304. La ley dice que el cónyuge contra el cual se admite el divorcio, pierde todas las ventajas que el otro le había creado, sea por el contrato de matrimonio, sea después de contraído el matrimonio. Luego todo lo que es *ventaja*, es decir, liberalidad, está sujeto á caducidad, pero no así los derechos que el cónyuge tiene como propietario ó como socio. El cónyuge que en virtud de las capitulaciones matrimoniales, tiene el derecho de recuperar su dote, conserva este derecho, aun cuando el divorcio se haya pronunciado contra él, porque la dote es su propiedad y no una ventaja. Del mismo modo, el cónyuge culpable tiene derecho á su parte de comunidad, porque la ley considera la comunidad como un contrato á título oneroso (arts. 1496 y 1527); luego los beneficios que uno de los cónyuges realice no son liberalidades, y, por lo tanto, no há lugar á que caduquen. Así sería, aun cuando la comunidad fuese universal, y aun cuando uno de los cónyuges nada hubiese traído al matrimonio. Se ha fallado lo contrario (1). A nuestro parecer, esto es un error. En efecto, el art. 1527, aplica á la comunidad convencional el principio de que la ventaja que de ella resulta no es una liberalidad, por lo que no cae bajo la aplicación del art. 299.

La ley pronuncia la caducidad de las liberalidades que el cónyuge inocente había hecho al culpable. ¿Qué debe decirse de las donaciones que éste ha recibido de un tercero? El texto del art. 299 decide la cuestión, supuesto que sólo habla de las ventajas que los consortes se han creado entre sí; ahora bien, las caducidades son de la más estricta interpretación; no se puede extenderlas, aun cuando hubiese analogía, y en el caso de que se trata no la hay. Si el cónyuge reo pierde las liberalidades que se le han otorgado, es

1 Sentencia de Colonia de 26 de Noviembre de 1843, *Belgica judicial*, t. II, p. 1653.

porque es culpable ¿pero culpable hacia quién? Hacia su cónyuge. Es á ese respecto como ha violado el contrato y no respecto á terceros donadores. La ley de 20 de Septiembre de 1792 era más severa, declaraba al esposo culpable caducidad aun de las donaciones que los parientes del otro le habían otorgado en atención al matrimonio; el Tribunalado propuso que se reprodujera esta disposición, pero no fué admitida su idea. Supuesto que la cuestión queda resuelta tanto por el texto como por el espíritu de la ley, es inútil contestar á las razones malas que Delvincourt aduce en apoyo de la opinión contraria (1).

El art. 299 aplica la caducidad á *todas* las ventajas creadas al cónyuge culpable por el inocente, aun aquellas hechas después de contraído el matrimonio. Se sabe que estas últimas son siempre revocables (art. 1096). ¿Por qué la ley misma las afecta de revocación? Es porque el legislador quiere castigar al cónyuge culpable, y no podía atenerse, para este castigo, á la debilidad ó á la indulgencia del cónyuge ofendido. Esto prueba, por más que se diga, que la disposición es esencialmente penal.

¿Se aplica la caducidad á las disposiciones testamentarias? A nuestro juicio, la afirmativa no permite duda alguna. El texto dice: *todas las ventajas*, y no dice *todas las donaciones*. Es cierto que el testador puede siempre revocar los legados que ha hecho á su cónyuge. Pero lo mismo sucede con las donaciones que un cónyuge otorga al otro durante el matrimonio, lo que no impide que el legislador las revoque. Acabamos de dar la razón. Lo que confirma esta interpretación, es que, en el derecho escrito, la revocación alcanzaba á las liberalidades testamentarias tanto como á las liberalidades contractuales, porque la revo-

1 Proudhon discute extensamente la cuestión, t. I, ps. 522 y siguientes.

cación tenía lugar de pleno derecho en virtud de la ley. Ahora bien, del derecho escrito tomaron los autores del código la disposición del art. 299; es ésta una disposición tradicional, luego debe interpretarse en el sentido de la tradición. Se objeta que en el art. 300 la ley habla de ventajas *estipuladas*, lo que supone una donación. La respuesta es muy sencilla: si el art. 300 habla de ventajas *estipuladas*, es para extender el derecho del esposo inocente á las donaciones recíprocas, pero no ciertamente para restringir la disposición penal del art. 299 en provecho del cónyuge culpable (1).

305. ¿La caducidad pronunciada por el art. 299 debe ser pedida por el cónyuge que obtiene el divorcio? ¿ó tiene lugar de pleno derecho? En este último sentido debe decidirse la cuestión. El texto dice: «El cónyuge *perderá* todas las ventajas;» no dice que el cónyuge que ha obtenido el divorcio debe promover la caducidad; la ley misma pronuncia esta pena. Precisamente porque es una pena, la ley no podía atenerse á la voluntad del cónyuge actor en el divorcio. ¿Quiere esto decir que el cónyuge que ha obtenido el divorcio no pueda renunciar al beneficio de la ley? Ciertamente que no puede renunciar de antemano; una renuncia semejante sería tan palmaria y moralmente reprensible, que no comprendemos cómo Proudhon se ha tomado el trabajo de discutir la cuestión. Pero después de incurrida la caducidad, el cónyuge inocente puede renunciar al beneficio de la ley, en el sentido de que es libre para disponer, en provecho de su antiguo cónyuge, de los bienes que constituyan el objeto de la primera liberalidad. A decir verdad, esto no

1 Sentencia de la corte de casación, de 5 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1850, 1, 33); la cuestión está tratada en todos sus detalles por el abogado general Niclas Guillard; sentencias de Nancy, de 13 de Febrero de 1850 (Daloz, 1851, 2, 54), y de Lyon, de 26 de Enero de 1861 (Daloz, 1861, 5, 410).

es una renuncia, sino una nueva disposición: se necesita una nueva donación ó un nuevo testamento. Los primeros no pueden revivir por una simple renuncia; la ley los revoca; así, pues, es como si jamás hubiesen existido, al menos en cuanto al donativo ó al legatario. Vueltos al patrimonio del donante, los bienes no pueden salir de ahí sino por una nueva donación. Y si se trata de un testamento, revocado el primero, se necesita hacer uno nuevo.

306. ¿Tiene la revocación pronunciada por el art. 299 efecto con relación á los terceros? Ciertamente es que el esposo donatario ya no puede enagenar ni conceder un derecho real, desde el momento en que se pronuncia contra él el divorcio, porque desde ese instante cesa de ser propietario; si lleva á cabo un acto de propiedad, dicho acto es nulo en el sentido de que no tiene ningún efecto respecto al cónyuge que ha obtenido el divorcio. Puede de ahí resultar un grave perjuicio para los terceros que han tratado con el cónyuge divorciado, en la ignorancia del divorcio. El legislador habría debido prescribir la publicidad del divorcio, y aun de la revocación que resulta del art. 299; no lo ha hecho, y la ley hipotecaria belga no prevé tampoco la revocación que resulta de pleno derecho de la ley. Este es un vacío que sólo el legislador puede colmar.

¿Qué debe resolverse si los actos de disposición son anteriores á la declaración del divorcio? ¿Quedan revocados estos actos por el solo hecho de que el derecho del cónyuge donatario se ha revocado? La dificultad consiste en saber si la revocación tiene efecto únicamente en el porvenir ó si tiene retroactividad. Hay que resolver, y sin duda de ninguna especie, que la revocación, en el caso del art. 299, no es retroactiva. El texto de la ley lo dice implícitamente. Como lo expresa la corte de casación, el art. 299 priva al cónyuge culpable de las ventajas que le han sido creadas

por su consorte; no habla de los derechos que los terceros pudieran haber adquirido de buena fe sobre los bienes que eran el objeto de estas ventajas; equivaldría, pues, á agregar algo á la ley el admitir que atente contra tales derechos. El espíritu de la ley está en armonía con el texto intorpretado de esa manera. Se trata de una pena pronunciada contra el cónyuge culpable; ahora bien, las penas deben ser personales así como la falta; no se puede hacer recaer ésta, por el silencio de la ley, sobre tercera persona de buena fe. El código mismo aplica estos principios á la revocación por causa de ingratitud, decidiendo que no perjudica á los derechos de terceros. Estos no pueden, no deben esperar la ingratitud del donatario; es, pues, preciso que puedan tratar con él con toda seguridad, supuesto que, en principio, es él propietario irrevocable.

Hay una sentencia, en sentido contrario, de la corte de casación de París (1). La corte se funda en el principio que rige la revocación por falta de ejecución de las condiciones. Esta revocación obra retroactivamente (arts. 954, 1183 y 1184). Como el cónyuge culpable viola la condición implícita bajo la cual se hizo la donación, la de cumplir los deberes que el matrimonio le impone, ha quebrantado la ley del contrato. Así, pues, hay que aplicar el principio de la condición resolutoria tácita, de la cual el art. 954 no es más que una consecuencia. En esta argumentación hay una singular confusión de ideas. Sin duda alguna que el cónyuge culpable quebranta la ley del contrato, ¿pero de cuál contrato? Del matrimonio, y por ello se pronuncia contra él el divorcio, y por ello pierde las ventajas que su consorte le habla creado. ¿Pero quebranta también las condiciones bajo las cuales se otorgó la donación? Nó, ciertamente, porque la donación no se hizo con condición. ¿Qué es, en efec-

1 Sentencia del 8 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1853, 22, 248).

to, la condición en el sentido del art. 954? Es un cargo impuesto al donatario, cargo que hace de la donación un contrato bilateral, lo que permite aplicarle el principio de la condición resolutoria tácita. No se puede invocar este principio cuando la donación se hace sin cargos, porque entonces dicha donación es un contrato unilateral. ¿Diráse que hay una condición ó cargo subentendido, el de ser agradecido? Este singular sistema conduciría á borrar el art. 958 del código civil; la revocación por causa de ingratitud se confundiría, en efecto, con la revocación por causa de inejecución de los cargos, lo que es absurdo.

Hay, no obstante, una objeción que parece especiosa á primera vista. La ley, dice la corte de París, declara que el cónyuge culpable *perderá* las ventajas que el otro le haya creado; y ¿es perderlas si puede vender los bienes, hipotecarlos y disipar su valor? El art. 958 contesta la objeción: el donatario ingrato está obligado á restituir el valor de los objetos enagenados. Esta disposición debe aplicarse al caso del art. 299, porque hay identidad de motivos. El cónyuge culpable es también un ingrato; la ley es para él más severa que para el donatario común, puesto que ella revoca de pleno derecho las ventajas que le han sido creadas. ¿Cómo siendo más severa su disposición había de ser más favorable para el cónyuge culpable? ¿Se dirá que se necesita un texto? Este texto existe y enérgico: el art. 299 quiere que el cónyuge culpable pierda toda ventaja que le haya sido creada, y por lo tanto no puede retirar beneficio ninguno. Esto decide la cuestión.

307. El cónyuge que ha obtenido el divorcio, conserva las ventajas que el otro cónyuge le ha creado. Las *conserva*, dice el art. 300; es decir, que la ley las mantiene tales como eran, con el carácter que tenían, con las condiciones que les eran anexas. Por aplicación de este princi-

pio, el art. 1518 decide que el divorcio no da lugar á la liberación actual de la mejora extraordinaria testamentaria, pero que el cónyuge que ha obtenido el divorcio, *conserva* su derecho á la mejora extraordinaria testamentaria, en caso de supervivencia. El art. 1452 dice lo mismo para los derechos de supervivencia estipulados en provecho de la mujer; tales derechos no se abren por el divorcio, pero la mujer *conserva* la facultad de ejercerlos á la muerte del marido.

Aplicamos el mismo principio á las donaciones hechas durante el matrimonio, en provecho del cónyuge que ha obtenido el divorcio: ó lo *conserva*, pero con el carácter que les es inherente; siguen siendo revocables (1). La cuestión ha sido controvertida. Proudhon dice que el cónyuge donante no puede revocar las donaciones, ni después de pronunciado el divorcio, ni aun durante la instancia del divorcio. Si el donante, dice, pudiese revocar las liberalidades que ha otorgado á su cónyuge, no sería exacto decir que éste las *conserva*. De antemano hemos contestado á tal objeción: el donatario las conserva tales como eran. Si la ley declarase irrevocables las ventajas que por su naturaleza son irrevocables, haría más que conservarlas, alteraría su naturaleza. ¿No se necesitaría un texto para que se pudiese admitir una excepción tan anómala á la regla establecida por el art. 1096? Se pretende que este texto existe en la combinación de los arts. 299 y 300. El art. 299 revoca de pleno derecho las liberalidades otorgadas durante el matrimonio; es así que el art. 300 es correlativo del que precede, luego hay que decir que la facultad de revocar ce-

1. Durantou, t. II, p. 577, núm. 631, Demolombe, t. IV, p. 618, número 530. Willequet, *del Divorcio*, p. 255. Massol, *De la separación de cuerpo*, p. 311.

sa en ambos casos (1). Nosotros contestamos que esto es sobrepasar el texto: todo lo que es permitido inferir de los dos artículos, es que el actor en divorcio conserva las donaciones hechas durante el matrimonio, pero la ley no dice que estas donaciones se vuelvan irrevocables. Y no podía decirlo, á menos que no hiciese una distinción. Entre estas ventajas revocables, se hallan las disposiciones testamentarias. Si es cierto que el art. 300 declara irrevocables todas las ventajas creadas al cónyuge inocente, hay que inferir que los testamentos no podrán ser revocados. ¿Se comprende semejante anomalía sin un texto muy positivo? Toullier ha retrocedido ante esta consecuencia: el testador, dice, podrá siempre revocar los legados que haya instituido. Estas distinciones prueban que uno se coloca fuera y por encima de la ley. Conformémosnos con tomarla tal como es.

*Núm. 2.—De la pensión alimenticia.*

308. La ley concede una pensión alimenticia al cónyuge que ha obtenido el divorcio (art. 301); y no la concede al cónyuge contra el cual se ha pronunciado el divorcio. El uno puede invocar los derechos que resultan del matrimonio; tenía derecho á alimentos, y lo conserva tal como la ley lo organiza. El otro ha quebrantado el contrato y ya no puede invocarlo para reclamar auxilio de su cónyuge. Hemos dicho que el cónyuge inocente debe ejercitar su derecho tal como la ley lo reglamenta. En el momento de la admisión del divorcio es cuando el tribunal podrá otorgar al cónyuge que ha obtenido el divorcio, una pensión alimenticia sobre los bienes del otro cónyuge (art. 301). Una

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1.º, p. 517, Toullier, t. II, núm. 743.

vez pronunciado el divorcio, los cónyuges se tornan extraños el uno para el otro, y ya no se deben auxilio; así, pues, el cónyuge que ha obtenido el divorcio, sin hacer que se fije su pensión, ya no puede reclamarla después de que el divorcio se ha pronunciado. Esto se ha resuelto así, bajo el imperio de la ley de 20 de Septiembre de 1792 (1), y los principios son los mismos con el código Napoleón, salvo que el derecho á los alimentos no es ya reciproco, como lo era por la ley de 92.

309. La pensión alimenticia del esposo divorciado se rige por los principios generales sobre alimentos. Encontramos la aplicación de éstos en el art. 301. El cónyuge que ha obtenido el divorcio, no tiene derecho á los alimentos, sino cuando es menesteroso: «Si, dice el texto, los esposos no se hubiesen creado ventaja alguna, ó si las estipuladas no bastasen á asegurar la subsistencia del cónyuge que ha obtenido el divorcio.» Es preciso, pues, que el cónyuge actor sea menesteroso, como lo expresa el art. 205 acerca de todos los que tienen derecho á alimentos. Pero desde el instante en que la necesidad queda comprobada, el derecho existe. Se ha fallado, y con razón, por la corte de Gante, que la mujer que obtiene el divorcio ó la separación de cuerpo, puede reclamar una pensión alimenticia, aun cuando su madre se hallase en aptitud de procurarle alimentos (2). Es ésta una obligación que el esposo ha contraído al casarse; ciertamente que durante el matrimonio, no habría podido enviar á su mujer á pedir alimentos á la madre; tampoco puede hacerlo, cuando por culpa suya se ha disuelto el matrimonio.

La cuantía de los alimentos debe también normarse se-

1 Sentencia de la corte de casación, de 8 de Enero de 1806, Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Divorcio*, sección IV, pfo. XIV.

2 Sentencia de 25 de Mayo de 1849, *Pasicrisia*, 1849, 2, 231.

gún los principios generales. No hay que tomar muy á la letra estas palabras del art. 301: «*para asegurar la subsistencia del cónyuge* que ha obtenido el divorcio.» Ellas son sinónimos de la palabra *necesidad*, de que se sirve el artículo 205. Háse entendido siempre, que las necesidades son cosa esencialmente relativa, y deben estimarse según el estado y la condición de la persona que tiene derecho á los alimentos. Este principio debe recibir su aplicación en materia de divorcio. Los cónyuges contraen la obligación de proporcionarse auxilios según su estado (art. 212 y 214). Ciertamente que el cónyuge culpable no puede substraerse á esta obligación violando los otros deberes que la ley le impone. En el espíritu de la ley está que el cónyuge inocente nada pierda por el divorcio, que conserve la posición de comodidad que su cónyuge le había creado. La ley fija, sin embargo, un límite al poder discrecional que, en general, tiene el juez para fijar la pensión alimenticia. No puede pasar de la tercera parte de las rentas del cónyuge demandado (art. 301). El límite es bastante arbitrario, y hay que interpretarlo conforme á los principios generales que rigen los alimentos; si el tercio de las rentas fuese insuficiente para cubrir las necesidades del cónyuge inocente, el tribunal podría excederse de aquella cifra. Lo que la ley quiere, es que, una vez asegurada la subsistencia, no se exceda del tercio de las rentas. Por otra parte, depende del tribunal apreciar las rentas: se ha fallado que debía tenerse en cuenta, nó sólo el producto propiamente dicho, sino también el capital. Nada más justo, porque la fortuna del deudor es el elemento decisivo (1).

310. La deuda alimenticia es, en general, variable, aumenta ó disminuye con las necesidades, y cesa cuando és-

1 Sentencia de Bruselas, de 17 de Julio de 1852, *Pasicrisia*, 1853, 2, 118.

tas cesan. ¿Pasa lo mismo con la pensión alimenticia que el cónyuge divorciado debe al que ha obtenido el divorcio? La ley no se explica sino sobre la cesación de la pensión: sera revocable, dice el art. 301, cuando cese de ser necesaria. Así, pues, no es un credito absoluto, como las deudas ordinarias. Si cesa con las necesidades, ¿por qué no habría de ser variable? ¿por qué no habría de aumentar con estas mismas necesidades ó disminuir con ellas? Hay una sentencia en sentido contrario (1). Se dice que la pensión alimenticia debida en caso de divorcio, no puede sufrir modificaciones después de pronunciado éste, porque no hay ya vínculo ninguno entre los cónyuges. Este razonamiento, á nuestro modo de entender, confunde dos hipótesis de una naturaleza esencialmente diversa; el caso en que ninguna pensión se ha fijado cuando la admisión del divorcio, y el caso en que el tribunal ha otorgado una pensión al cónyuge inocente. En la primera hipótesis, cierto es que ya no hay vínculo ninguno entre los cónyuges, y, por consiguiente, no hay lugar á una acción alimenticia. Pero, en la segunda hipótesis, queda un vínculo entre los cónyuges divorciados, el de acreedor y deudor, luego puede haber acción por el capítulo de los alimentos. El art. 301 lo expresa: el cónyuge deudor puede pedir la revocación de la pensión alimenticia. Esto prueba que la pensión conserva su naturaleza de alimentos; desde entonces, hay también que admitir las consecuencias. La pensión se ha fijado en razón del número de los hijos confiados al cónyuge actor. Estos niños mueren. ¿Habrá de ser que el otro cónyuge continúe pagando una pensión para el sostenimiento de hijos muertos? Esto no tiene sentido, porque sería una deuda sin causa, y no puede haber deuda sin causa. Y si la deuda

1 Sentencia de la corte de Besangon, del 20 brumario, año XIV  
P. de D. TOMO III.—53

puede cesar, si puede disminuir, ¿por qué no había de aumentar, sea con las necesidades del cónyuge que tiene derecho á los alimentos, sea con la fortuna del que los debe? El divorcio no puede alterar la naturaleza de la deuda alimenticia; existiendo antes de que el divorcio se pronuncie, continúa existiendo después del divorcio, con los caracteres que le son particulares.

311. ¿Deben aplicarse los mismos principios á la extinción de la deuda alimenticia? Hemos enseñado que la deuda alimenticia es personal, no pasa á los herederos del deudor (1). La jurisprudencia admite este principio, no se aplica á la pensión alimenticia debida por el esposo divorciado á su cónyuge (2). Nosotros opinamos porque esta jurisprudencia es contraria á los verdaderos principios y al mismo texto del código. Si la deuda alimenticia es personal por su naturaleza, lo mismo debe ser la pensión que el cónyuge divorciado debe á su consorte, porque la ley la llama *pensión alimenticia*. Así, pues, es una deuda de alimentos. Se discute esto; dícese que es una indemnización que hace veces respecto al cónyuge desventurado de las ventajas de posición y de fortuna que el matrimonio le aseguraba, y que tiende á reparar el perjuicio que sufre por el divorcio. Contestamos nosotros que el texto expresa lo contrario. Es una *pensión alimenticia* la que el art. 301 otorga al cónyuge inocente; tiene por objeto, dice, *asegurar la subsistencia del cónyuge que ha obtenido el divorcio*. Trátase, pues de alimentos, y no de indemnización. Si fuese una indemnización, el cónyuge actor tendría siempre derecho á ella, en caso de necesidad ó sin ella, porque el divorcio le causa, siempre un perjuicio. Y sin embargo, no tiene él dere-

1 Véase el núm. 48 de este tomo.

2 Sentencias de la corte de casación, de 2 de Abril de 1861, Dalloz, 1861, 1, 97, de Rouen, de 30 de Julio de 1862, Dalloz, 1864, 2, 238 y de Grenoble de 11 de Julio de 1863, Dalloz, 1865, 2, 6.

cho si no es menesteroso. Así, pues, esto no es una indemnización. La cuantía de la pensión se fija por la fortuna del cónyuge que la debe. ¿Puede concebirse una indemnización, es decir, daños y perjuicios, que se valúan, no por el perjuicio sufrido, sino por la fortuna del deudor? ¿Puede concebirse una indemnización que no puede exceder del tercio de las rentas del deudor, por más que el daño sea más elevado? Por último, si fuese una indemnización, el crédito una vez valuado, entraría al patrimonio del cónyuge acreedor, ya no podría verse privado de él. Sin embargo, la ley declara que la pensión alimenticia es revocable en el caso en que cese de ser necesaria. ¿Puede concebirse una indemnización, debida en razón de un daño, que cesa de deberse cuando el acreedor no se haya en la necesidad? La revocabilidad de la pensión prueba hasta la evidencia que se trata de alimentos y no de indemnización.

Se insite y se dice que, según el texto del art. 301, la pensión alimenticia se concede sobre los bienes del otro cónyuge, y así, pues, pasa á los herederos del deudor. Preguntaremos si acaso una pensión alimenticia no se otorga sobre los bienes del que la debe, por el hecho mismo de ser una deuda y porque toda deuda grava los bienes del deudor. Luego toda pensión alimenticia debería pasar á los herederos. El argumento es de aquellos que prueban demasiado y que pueden redargüirse contra el que las hace valer. Si toda deuda alimenticia, aunque gravitando sobre los bienes del deudor, es, no obstante, inherente á la persona, ¿por qué habría de suceder otra cosa con la pensión alimenticia debida por el cónyuge divorciado? Lo que el derecho nos dice la razón lo confirma. ¿Cuál es el fundamento de la deuda alimenticia que impone la ley al cónyuge divorciado? Es que no puede, por culpa suya, descargarse de una obligación que resulta del matrimonio. Es, pues, la

obligación de socorros, establecida por el art. 212 la que subsiste en provecho del cónyuge inocente. Pero la obligación no puede tener más extensión después del divorcio de la que tenía durante el matrimonio. La muerte pone fin á las obligaciones que el matrimonio produce; el cónyuge superviviente no puede reclamar alimentos de los herederos del finado; ¿por qué el cónyuge divorciado había de tener este derecho? En vano se buscaría la razón.

## § II.—DIVORCIO POR CONSENTIMIENTO MUTUO.

312. Según los términos del art. 279, los cónyuges han debido normar sus respectivos derechos antes de pedir el divorcio por consentimiento mutuo. Este divorcio produce un efecto muy importante en cuanto á los bienes de los cónyuges. Los priva de la mitad de su patrimonio (art. 305), que de pleno derecho adquieren los hijos. Ya hemos tratado esta materia (núm. 298).

---