

## CAPITULO IV.

### DE LA SEPARACION DE CUERPO (1).

---

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

313. Dicese que la separación de cuerpo es el divorcio de los católicos. Esto es cierto, en el sentido de que los autores del código Napoleón lo admitieron por respeto á las creencias de los católicos á quienes su religión no permite pedir el divorcio. Ya en el discurso en donde expone la teoría general del código civil, Portalis decía que, con las leyes que autorizan la libertad de cultos, no debía colocarse á un hombre fiel á su religión entre la desesperación y su conciencia. Treillard repitió casi las mismas palabras en el discurso que pronunció ante el Cuerpo legislativo para defender la institución del divorcio. «La separación de cuerpo la proponen aquellos cuya creencia religiosa repelería el divorcio; no se debía exponerlos sin recurso á los intertunios de un yugo demasiado insoportable, y dejarlos entre la desesperación y la muerte (2).

1 Massol, "Tratado de la separación de cuerpo."

2 Discurso pronunciado en la sesión del Cuerpo legislativo, del 23 ventoso, año XI, núm. 6 (Loché t. II, p. 609).

De esto la doctrina y la jurisprudencia han sacado una consecuencia gravísima. El código no contiene más que seis artículos sobre la separación de cuerpo. Llénause los numerosos vacíos que contiene por este principio de interpretación, que siendo la separación el divorcio de los católicos, deben aplicarse, por analogía, á la separación las disposiciones de la ley acerca del divorcio, siempre que puedan asimilarse con la separación y que, por otra parte, ningún texto expreso impide que se les apliquen. Este principio parece muy sensato á M. Vallette (1). M. Demolombe confiesa sus dudas y escrúpulos (2). ¿Principio de tal interpretación no debe fundarse en la voluntad del legislador? ¿Y si ese hubiese sido su pensamiento no debería haberlo manifestado, sea por un texto, sea en los trabajos preparatorios? ¿Pero podía el legislador establecer semejante principio? Nada más ruinoso como las bases en las cuales se asienta. Se invocan razones de analogía. La separación de cuerpo, se dice, es el divorcio de los católicos. Esto puede decirse por vía de comparación y en un discurso de aparato; pero como regla jurídica es un contrasentido. ¿Se puede hablar de un divorcio de los católicos, cuando el catolicismo rechaza el divorcio como un atentado contra la palabra de Dios? Así, pues, asimilar las dos instituciones, es ir abiertamente contra la intención del legislador católico que introdujo la separación de cuerpo precisamente porque no quería el divorcio; es ir contra las intenciones del código civil, que la ha mantenido como institución religiosa.

Aplicar las disposiciones del código sobre el divorcio á la separación de cuerpo, es suponer que hay analogía, es decir, que hasta hay motivo para decidir. Las analogías que

1 Vallette, "Explicación sumaria del libro I del código civil" página 138.

2 Demolombe, "Curso del código Napoleón," t. IV, ps. 464 y siguientes, núms. 364 y 365.

existen entre las dos instituciones son debilísimas, mientras que las diferencias que las separan son radicales. Las causas son las mismas, se dice. Sí, en el sentido de que la separación de cuerpo y el divorcio se fundan en una violación de los deberes conyugales. Pero ya desde aquí hay una diferencia considerable: la ley no admite la separación de cuerpo por consentimiento mutuo. La analogía reduce, pues, á esto, que el legislador religioso y el legislador civil han buscado un remedio á un mal que hace insupportable la vida común. Pero los dos remedios difieren de todo á todo: el uno conserva el matrimonio, el otro lo desvincula. Esta diferencia domina toda la materia y excluye toda analogía. Y por lo mismo es muy problemático razonar de un caso para el otro por identidad de motivos. Este procedimiento viene á parar en hacer la ley. ¿Quién nos garantiza, en efecto, que las razones analógicas hubiesen decidido al legislador, cuando las dos instituciones tuvieran á sus ojos un valor muy diferente? El legislador prefería el divorcio, y no ha admitido la separación de cuerpo, sino á pesar suyo y cediendo á creencias que consideraba como preocupaciones.

Los verdaderos principios, en materia de interpretación de las leyes, conducen á una regla diferente. No hay analogía entre el divorcio y la separación de cuerpo; así, pues, no se puede razonar de un caso al otro por identidad de motivos. En la institución que se trata de interpretar es en donde deben buscarse las razones para decidir. Un solo caso existe en que la aplicación analógica de las disposiciones sobre el divorcio sea admisible, y es cuando dichas disposiciones no hacen más que consagrar principios generales de derecho ó consecuencias que se derivan de tales principios. Si la doctrina y la jurisprudencia van más allá, es porque á menudo hay vacíos y no se sabe cómo colmarlos. Esto con-

firma lo que acabamos de decir; bajo la forma de interpretación analógica, los intérpretes hacen realmente la ley en esta materia.

*SECCION II.—De las causas de la separación de cuerpo.*

§ 1.º DE LAS CAUSAS DETERMINADAS Y DEL  
CONSENTIMIENTO MUTUO.

314. El art. 306 establece: «En los casos en que haya lugar á la demanda de divorcio por causa determinada, los cónyuges estarán en libertad para formular demanda de separación de cuerpo.» Así, pues, en este punto hay analogía legal, y se debe, en consecuencia, aplicar á la separación de cuerpo todo lo que hemos dicho del divorcio por causa determinada (1). El art. 307 agrega que la separación no puede tener lugar por el consentimiento mutuo de los cónyuges. Hé aquí una diferencia radical que prueba que el legislador no se resuelve en esta materia por motivos de analogía.

Quando se lee la exposición de motivos de Treilhard, se nota que se encuentra muy embarazado para explicar esta diferencia considerable que el código civil establece entre el divorcio y la separación de cuerpo. Dice que el procedimiento del divorcio por consentimiento mutuo, se ha erizado de dificultades y de sacrificios, para hacer que caiga una acción que no debe admitirse, si no es necesaria; mientras que la acción de separación es una acción ordinaria que se sustancia como todas las demás, y, cuyas formas, en consecuencia, no habrían ofrecido ninguna garantía contra los abusos de esta causa. El orador del gobierno deduce de esto que la separación por consentimiento mutuo habría sido

1 Véanse los núms. 179 y 197 de este tomo.

amplísima, puerta siempre y enteramente abierta al capricho, á la ligereza, sin ninguna especie de preservativos contra sus efectos (1). ¡Singular conclusión! Habría que intentar, por el contrario, que siendo de temerse el abuso, en el caso de separación como en el caso de divorcio, convenia prescribir las mismas formas como garantía contra el abuso. La analogía era evidente aquí, y sin embargo, el legislador no lo ha querido.

Los autores están tan embarazados como Treilhard. Durantou discute extensamente las razones que se han dado para justificar la diferencia que el art. 307 establece entre el divorcio y la separación de cuerpo; las combate todas, ¡pero cosa singular! la que propone es todavía peor que las que rechaza. ¿Para qué, dice, organizar un dilatado procedimiento para permitir á los cónyuges que vivan separadamente cuando están de acuerdo? ¿No son libres para romper la vida común? ¿Por qué habían de ir a pedir á la justicia lo que pueden hacer por su propia voluntad (2)? M. Valette abunda en este sentido: «El principal motivo, dice, por el cuál no se permite la separación de cuerpo por consentimiento mutuo, es porque sería inútil. En efecto, si los cónyuges quieren únicamente vivir separados, pueden hacerlo, sin intervencióu de la justicia (3)» ¿Cómo unos jurisconsultos pueden usar semejante lenguaje? ¡Cómo! ¿Los cónyuges son libres para vivir separadamente cuando se les ocurra? ¿Y qué viene á ser, pues, la obligación de la vida común consagrada por el código Napoleón (art. 214)? Si la vida común es una obligación, la separación voluntaria, es, por eso mismo, nula, radicalmente nula, porque es una

1 Treilhard, discurso pronunciado en la sesión del Cuerpo legislativo, de 23 ventoso año XI, núm. 6, Leccré, t. II, p. 609.

2 Durantou, *curso de derecho francés*, t. II, ps. 481 y 486 núms. 529 y 531.

3 Valette, sobre Proudhon, *Del estado de las personas* t. I, p. 534 nota a.

convención que deroga una ley de orden público. Esto es elemental, y es casi inútil agregar que la jurisprudencia ha consagrado esos principios (1). Ciertamente es que á veces los cónyuges convienen en vivir separadamente, pero estas convenciones no tienen ningún valor; el día mismo en que ellas intervienen, uno de los cónyuges puede obligar al otro á restablecer la vida común. ¡Y en este caso sería la separación lo que hiciese inútil la separación judicial por consentimiento mutuo! La separación pronunciada en justicia habría dado á los cónyuges el derecho de vivir separadamente; este es el objeto de la separación de cuerpo. Es, pues, una herejía jurídica, afirmar que la separación voluntaria equivale á la separación de cuerpo.

Proudhon ha dado una razón histórica de la anomalía consagrada por el art. 307 del código Napoleón. La separación de cuerpo ha sido establecida por la Iglesia católica; pero el derecho canónico no la admitía, sino por causas determinadas y no por el consentimiento mutuo de los cónyuges. Por respeto á la libertad de conciencia, es por lo que los autores la han restablecido, porque el legislador revolucionario la había abolido. Por esto es que ellos debían mantenerla tal como la Iglesia la había organizado; debían, pues, rechazar la separación por consentimiento mutuo (2). La razón es bastante plausible, pero no es decisiva; permitir la separación por consentimiento mutuo, no es forzar á los católicos á pedirla por esta causa. Por otra parte, la separación por consentimiento que el derecho canónico repelía, era la separación que no tenía más motivo que la voluntad de los cónyuges. Tal no ha sido el pensamiento que presidió al divorcio por consentimiento mutuo; así, pues, tal

1 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núms. 14 y 15.

2 Proudhon, *tratado sobre el estado de las personas* t. 1º, p. 532.

no habría debido ser la separación por consentimiento mutuo; esto habría sido una separación por causa legítima, pero que los cónyuges tienen interés en ocultar.

No hay, en definitiva, más que una sola razón que explica, pero sin justificarla, la disposición del art. 307. Treilhaad ya la indicó. La separación de cuerpo implica separación de bienes. Si pudiera verificarse por mutuo consentimiento, dos cónyuges de mala fe podrían abusar de ella para defraudar los derechos de sus acreedores. Esto supone que los acreedores no tienen el derecho de intervenir en la instancia de separación de cuerpo. ¿Pero qué es lo que podría impedir al legislador el darles el derecho de intervenir, á fin de prevenir separaciones fraudulentas? Habrían sido admitidos, no para combatir la separación verdadera, sino la separación pedida en fraude de sus derechos. Nada había en esto contrario á los principios.

Ahora se comprenderá el embarazo de los autores para justificar el art. 307. No podían dar una buena razón, supuesto que no la hay. Hay que decir más. Desde el momento en que se admitiese el divorcio por consentimiento mutuo, sería preciso, con mayor razón, autorizar la separación de cuerpo por esta causa. El legislador supone que, cuando los cónyuges piden el divorcio por consentimiento mutuo, cuando se someten á las formalidades y á los sacrificios que les impone, existe una causa legítima para romper el matrimonio; pero el interés de los cónyuges, el interés de los hijos y de la familia exigen que esta causa quede oculta. ¿Acaso unos cónyuges que piden la separación de cuerpo no estarían interesados en ocultar la verdadera causa por la cual quieren y deben romper la vida común? Su interés es mucho mayor, supuesto que el matrimonio subsiste; así, pues, si hay un hecho vergonzoso, criminal, afecta más profundamente á los cónyuges separados que á

los divorciados. La sociedad está, además, más interesada en que las causas de la separación queden ignoradas del público; en efecto, ella espera y desea que los cónyuges simplemente separados restablezcan la vida común. ¿Y cómo se quiere que los esposos se reúnan cuando la publicidad ha envenenado sus discusiones, cuando ha tornado irreconciliable su aborrecimiento? ¿No es esto una prueba evidente de que el legislador no procede en esta materia por identidad de razones?

315. Las causas determinadas por las cuales el divorcio y la separación de cuerpo pueden pedirse siendo las mismas, los cónyuges tienen la elección para intentar la acción en divorcio ó la acción en separación. Una vez intentada la acción, su elección queda determinada; ¿pueden todavía, después de esto, volver sobre su demanda y cambiarla? No vemos ningún principio que á ello se oponga en teoría. Objétase el adagio que dice que el que escoge una de las vías que la ley le ofrece, renuncia á la otra (1). Nosotros respondemos, que la renuncia implica una caducidad; y para pronunciar una caducidad, sería preciso un texto de ley. Por otra parte, ni aun puede comprenderse la renuncia, porque no puede renunciarse un derecho que atañe al orden público. Hay, pues, que admitir que una demanda en divorcio puede convertirse en una demanda de separación de cuerpo, y recíprocamente. Pero en la aplicación del principio encontramos una dificultad. El procedimiento de divorcio es enteramente especial, mientras que el procedimiento de separación está regido por el derecho común. Se concibe, pues, que la acción de divorcio se convierta, en cualquier estado de la causa, en una acción de separación de cuerpo, supuesto que esto es retornar al derecho común. Pero si el cónyuge ha pedido la separación de cuerpo, no

1 "Electa una vía, exclusivè ab altera," (Artuz, "Curso de derecho civil," t. I, p. 231, núm. 445).

puede convertir esta demanda en una acción de divorcio, supuesto que ha abandonado el derecho común para entrar en una vía excepcional; fuerza es que se desista de su primera acción para intentar otra nueva.

Nosotros suponemos que la instancia está pendiente todavía. Si se ha intentado un acto que admita la demanda ó que la deseche, en este caso no podría ya tratarse de cambiarla. Si se ha desechado, queda resuelto que no hay causa determinada que autorice el divorcio, y por lo mismo, la separación de cuerpo, supuesto que las dos acciones tienen una causa idéntica. Si es admitido, el debate queda terminado, ya no hay demanda, y así, pues, no se puede cambiarla. Hay, no obstante, una diferencia entre el divorcio y la separación. El divorcio es la disolución del matrimonio; la separación lo deja subsistente; puede producirse, durante la separación, una causa nueva que autorice al cónyuge separado para pedir el divorcio (1). La corte de Aix había fallado en sentido contrario, invocando una de esas máximas banales, que lo más á menudo llevan al error; decía que la separación de cuerpo se había establecido para hacer las veces del divorcio con aquellos cuya conciencia no admite la disolubilidad del matrimonio: que según el espíritu y la letra del código, el divorcio y la separación eran dos vías paralelas que jamás podían encontrarse: que así, pues, el cónyuge que había optado por la separación de cuerpo había renunciado á usar la ley del divorcio. Este fallo fué casado. La corte no se había apercebido de que creaba un fin de no recibir que ninguna ley establecía. En cuanto á la máxima que la corte invocaba, era excelente para las antiguas causas que habían servido de base á la primera demanda, pero no podía ser opuesta

1 Zachariae, traducción de Massó y Vergé, t. I, pa. 233, y siguientes.

al marido cuya mujer separada se entregaba á nuevos desbordamientos y comprometía el honor de su nombre. Este es el inconveniente de la separación de cuerpo; no hay más remedio contra el mal que el divorcio.

316. Del principio que las causas de la separación y del divorcio son idénticas, se sigue, además, que debe aplicarse á la prueba de los hechos en que descansa la demanda de separación, lo que hemos dicho de las pruebas en materia de divorcio. Así es, que notablemente la confesión del reo no puede ser invocada por el cónyuge actor en la separación, á menos que no tenga en su apoyo otras pruebas: la simple confesión propia, en efecto, conducir á una separación por consentimiento mutuo, que el código civil prohíbe formalmente. ¿Debe extenderse esta decisión á la prueba testimonial, tal como el código Napoleón la organiza en el capítulo del divorcio? El art. 231 es una derogación del derecho común, al decidir que los parientes y los criados no son tachables en razón de esa calidad. Esta es una disposición excepcional; ¿y es permitido aplicarla en la separación, por vía de analogía? Sin duda que en este caso hay la misma razón para resolver, pero las excepciones no se extienden por vía de analogía. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia están unánimes en admitir esta extensión. Nosotros creemos que éste es uno de los casos en que hay vacío en la ley, vacío que sólo el legislador podría colmar. Proudhon ha tratado de justificar la opinión general. El actor en separación, dice, tenía el derecho de intentar por la misma causa una acción de divorcio; si había actuado en divorcio, habría podido hacer oír como testigos á sus parientes y criados; debe conservar el mismo derecho si opta por la separación de cuerpo. ¿Quién no ve que Proudhon confunde las causas con el procedimiento? Las causas son las mismas; pero el procedimiento difiere

¿No debe, pues, aplicarse el art. 307, por cuyos términos la demanda de separación de cuerpo debe instruirse de la misma manera que cualquiera otra acción civil? Trátase de hacer á un lado esta disposición, diciendo que la calidad de los testigos depende del fondo más que de la forma. Esta es una de tantas sutilezas que se imaginan por las necesidades de la defensa: las tachas de los testigos son ciertamente una cuestión de procedimiento, como todas las reglas establecidas para las diligencias de averiguación. Confesémoslo, la fuerza de las cosas ha llevado á los intérpretes á hacerse legisladores.

317. Admitese, además, que los fines de no recibir establecidos en materia de divorcio por los arts. 272 y 274, se aplican á la separación de cuerpo. Nosotros así lo creemos, no como se dice, porque la intención del legislador hubiese sido extender á la separación lo que dice del divorcio; porque en parte ninguna vemos vestigio de semejante intención. Se invoca el art. 306, que permite al cónyuge pedir la separación por las mismas causas que autorizan la demanda de divorcio; pero una cosa son las causas y otra cosa son los fines de no recibir. En la naturaleza de éstos es en donde debemos buscar la razón para decidir. Se trata de la reconciliación que extingue la acción, porque borra la injuria, fundamento de la acción. Este principio se desprende de la naturaleza del perdón; es, pues, un principio general que los arts. 272-274 no han hecho más que aplicar al divorcio, y que el intérprete habría podido aplicar, aun cuando esas disposiciones no se hallasen en el código civil. Así es que la aplicación del mismo principio á la separación de cuerpo no permite duda alguna. Por la misma razón, debe aplicarse á la separación de cuerpo lo que hemos dicho de la prescripción y de la compensación en materia de divorcio.

*SECCION III.—De las medidas provisionales y de conservación.*

318. El código Napoleón contiene una sección especial sobre las medidas provisionales á que puede dar lugar la demanda de divorcio por causa determinada. En el capítulo de la separación de cuerpo, nada dice de estas medidas. El código de procedimientos ha colmado en parte este vacío, en lo que concierne á la residencia provisional de la mujer y á la provisión á que tiene derecho mientras dure la instancia (art. 978). ¿Qué debe decirse de las otras medidas autorizadas por el código civil en el proceso de divorcio? Según los principios, la cuestión es muy sencilla. Cuando las medidas provisionales ó de conservación son la aplicación del derecho, no es necesario decir que se aplican también á la separación de cuerpo; pero desde el momento en que se apartan de los principios generales, no se puede extenderlas de un caso al otro, aun cuando fuese por razón de analogía. Esta es una regla elemental de interpretación. No obstante, hánse desviado de ella en materia de separación, siempre para colmar vacíos que en rigor no corresponden al intérprete colmar. Importa hacerlo notar, á fin de evitar el error, en el cual la jurisprudencia ha acabado por caer, asimilando completamente el divorcio y la separación de cuerpo, y aplicando casi indistintamente á la separación, lo que el legislador ha dicho del divorcio. Comprendemos que la necesidad haya obligado al juez á sobrepasar los límites de su poder, pero que el intérprete se detenga al menos en el límite de la necesidad.

## § 1º RESIDENCIA PROVISIONAL DE LA MUJER.

319. El art. 878 del código de procedimientos, dice que el presidente autorizará á la mujer para que provisionalmente se retire á la casa en la cual hayan convenido las partes, ó en la que dicho presidente indique de oficio. Se ha fallado que esta disposición se aplica tanto á la mujer reo como a la mujer actora (1). El motivo evidentemente, es el mismo en ambos casos. En cuanto al texto, habla, es cierto, de la mujer que está autorizada para *proceder en virtud de la demanda*; pero estas expresiones nó significan que la mujer sea actora, se refieren á la autorización que la mujer necesita para comparecer en juicio, sea que intente la acción, sea que conteste á ella. En la instancia de divorcio, el tribunal indica la casa en la cual estará obligada á residir. El código de procedimientos da este poder al presidente, lo que es más lógico, siendo la medida urgente por su propia naturaleza. Pregúntase si el mandamiento del presidente está sujeto á apelación. La cuestión es controvertida, como es del dominio del procedimiento nos ceñiremos á hacer patente la opinión que parece dominar en la jurisprudencia y que juzgamos la más jurídica. Por regla general, el mandamiento del presidente no está sujeto á apelación, porque es un acto de jurisdicción graciosa; pero la decisión tórnase contenciosa cuando ha sido puesta en duda por una de las partes; si, por ejemplo, el presidente expulsa al marido de la casa conyugal; ahora bien, desde el momento en que hay litigio, la apelación es de derecho (2). No se pone á discusión que el presidente pueda

1 Sentencia de la corte de casación del 26 de Marzo de 1828, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 133.

2 Sentencia de Gante, de 9 de Junio de 1866, *Pasierisia*, 1868, 2 279. Sentencia de la corte de casación de 15 de Febrero de 1859,

tomar, en la instancia de separación, las medidas que el tribunal puede tomar en la instancia de divorcio. Puede, pues, dejar á la mujer en la casa conyugal y asignar otra residencia al marido. Pero como estas medidas son, bajo ciertos respectos una derogación de la potestad marital, es justo que el marido pueda interponer la apelación.

320. Aunque el código de procedimientos conceda al presidente el poder de fijar una residencia á la mujer, tambien es cierto que el tribunal tiene este derecho. Puede suceder que las partes no hayan pedido sino que se señale á la mujer una residencia provisional; y aun ha acontecido que el presidente haya rehusádose á fallar sobre la demanda de la mujer. Si la vida común, en estos casos, presenta inconvenientes ó riesgos, es preciso naturalmente que el tribunal intervenga (1). Aún hay más: estas medidas, por su naturaleza, son provisionales y en consecuencia sujetas á modificación. El Tribunal, pues, en el curso de la instancia, señalará otro domicilio á la mujer si las circunstancias lo exigen (2).

321. El presidente, al autorizar á la mujer para que se retire á la residencia que él le indica, ordena al mismo tiempo que se le entreguen los efectos que son de su uso cotidiano. En cuanto á las demandas de provisión, el artículo 878 quiere que se presenten á la audiencia. Hay que aplicar aqui lo que hemos dicho de la provisión en la instancia de divorcio. Esta es aplicación de los principios generales que rigen los alimentos.

Daloz, 1859, 1, 201. Sentencia muy bien motivada de la corte de Colmar, de 23 de Mayo de 1868, Daloz, 1860, 2, 200. Hay sentencias en sentido contrario, Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 144.

1 Sentencia de París de 2 de Agosto de 1811. (Daloz, 1849, 2, 45, en nota.)

2 Sentencia de Douai, de 6 de Abril de 1853 (Daloz, 1856, 2, 145.)

322. El art. 269 establece que la mujer actora en divorcio está obligada á justificar su residencia en la casa que el tribunal le ha indicado, y que á falta de esta justificación, el marido podrá rehusar la provisión alimenticia y hacerla declarar inaceptable para continuar sus diligencias. Pregúntase si tal disposición es aplicable en materia de separación de cuerpo. La cuestión es muy discutida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. No vacilamos en enseñar la negativa. El art. 269 establece una doble sanción. Hablaremos desde luego del fin de no recibir que el marido puede oponer á la mujer. Este fin es únicamente concierne á la continuación de las diligencias, por lo que es una cuestión de procedimiento. Ahora bien, el art. 307 dice que la demanda de separación está sometida á las reglas generales prescritas para todas las acciones civiles. Así, pues, en el código de procedimientos es en donde hay que buscar exclusivamente los fines de no recibir; ahora bien, este código no establece ninguno contra la mujer que abandona la residencia que el presidente le ha señalado. Esto decide la cuestión.

En vano se dice que la obligación impuesta á la mujer de residir en la casa indicada quedará sin sanción. ¿Y qué importa? No se trata de saber si debe haber una sanción; todo lo que al intérprete corresponde averiguar es si el legislador ha establecido alguna. Ahora bien, el art. 878 del código de procedimientos no sólo no contiene sanción alguna, sino que ni aun puede decirse que prescriba una obligación. Pongamos en presencia los términos del artículo 878 y los de los arts. 268 y 269. Estos dicen que el tribunal indicará la casa en la cual la mujer estará *obligada* á residir, y que la mujer estaría *obligada á justificar* su residencia. Mientras que el art. 878 dice simplemente, que el presidente *autorizará* á la mujer á que se retire

provisionalmente á aquella casa en donde las partes hayan convenido ó que se le señale de oficio. Así es que se trata de una simple autorización; una autorización no se sanciona; así es que del art. 878 no hay una sola palabra que se asemeje á una sanción. En vano se objeta que es el mismo el mandamiento que autoriza á la mujer á proceder y á retirarse á la casa señalada; y que, en consecuencia, el permiso para proceder es condicional, y que no se concede sino con la condición de la residencia. Nosotros contestaremos que la ley no habla de condición, como tampoco de obligación. Se invoca el espíritu de la ley: es fuerza, se dice, que el marido pueda vigilar á su mujer; si ella se sustrae á su vigilancia, falta á su deber. Esto es cierto, pero la observación se dirige al legislador: pedidle una sanción, pero no la establezcáis.

El art. 269 dice también que el marido podrá rehusar la provisión alimenticia, si la mujer no justifica su residencia en la casa señalada. Esta sanción lo mismo que la otra no puede pronunciarse contra la mujer en la sustancia de separación de cuerpo. Hay, no obstante, un motivo para dudar. ¿No puede decirse que la residencia señalada por el presidente hace veces para la mujer de residencia conyugal? Ahora bien, cuando ella abandona la casa conyugal, no puede reclamar alimentos. Nosotros contestamos que la asimilación es demasiado absoluta: la mujer jamás puede abandonar el domicilio del marido, mientras que ella puede tener buenas razones para abandonar la residencia que le han señalada. Pero que ella tenga ó no tenga buenas razones, la ley no pronuncia sanción, y esto decide la cuestión.

## § II.—DE LAS MEDIDAS DE CONSERVACION.

323. El art. 270 permite á la mujer actora ó demanda-

da en divorcio requerir, para la conservación de sus derechos, la fijación de los sellos sobre los efectos mobiliarios de la comunidad. Pregúntase si la mujer tiene el mismo derecho en separación de cuerpo. La afirmativa se admite unánimemente por la doctrina y por la jurisprudencia (1). Esta opinión se funda en la pretendida analogía que existe entre el divorcio y la separación. El legislador, dice la corte de Lyon, ha puesto la demanda de separación de cuerpo en la misma línea que la demanda de divorcio por causa determinada, proporcionando la primera vía á los que repugnasen valerse de la segunda; de donde concluye que todas las disposiciones sobre divorcio, aplicables á la separación, son comunes á las dos instituciones (2). Como nosotros no admitimos el principio, debemos rechazar la consecuencia. El art. 270 no consagra una medida de derecho común; por el contrario, deroga los derechos del marido como jefe de la comunidad, derechos que los cónyuges ni siquiera pueden derogar por contrato de matrimonio (artículo 1388). En efecto, por los términos del art. 270, el marido está obligado á hacer inventario y debe volver á presentar las cosas inventariadas, ó responder del valor de ellas como depositario judicial. De aquí resulta que el marido pierde el derecho de disponer de los efectos mobiliarios de la comunidad, derecho que tiene como jefe. Esto es un atentado indirecto á la potestad marital. Si el marido puede ser privado de su derecho de disposición, con mayor razón puede quitársele la administración. Esto es lo que ha decidido la corte de Douai (3). En verdad que esas son me

1 Véanse los autores y las sentencias citadas en Dalloz. en la palabra "separación de cuerpo," núm. 159. M. Valette sólo dice que la opinión general es dudosa (Nota sobre Proudhon, "Del estado de las personas," t. I, p. 537).

2 Sentencia de Lyon, de 12 de Abril de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 145).

3 Sentencia de 6 de Abril de 1853 (Dalloz, 1856, 2, 145).

didas enteramente exorbitantes del derecho común. Sin duda que el legislador habría podido autorizarlas, y aun habría debido hacerlo, para impedir que el marido arruinase á la mujer y á los hijos. Pero lo que habría debido y podido hacer, no lo ha hecho. La dificultad se reduce, pues, á saber si el intérprete puede colmar el vacío en una materia que concierne al orden público, supuesto que se halla en causa el poder marital. Planteada de este modo la cuestión, ciertamente que debe resolverse negativamente. Si los tribunales se han pronunciado en favor de la mujer, es porque la necesidad, la fuerza de los hechos los han arrastrado hasta ese punto. Pero esta misma razón no es decisión. Porque todos admiten que la mujer puede pedir la separación de bienes concurrentemente con la separación de cuerpo, y en la instancia de separación de bienes, las medidas de conservación son de derecho.

324. Hánse apoderado del artículo 869 del código de procedimientos, que consagra este principio para sostener que la mujer puede, en la instancia de separación de cuerpo, provocar medidas de conservación diversas y más eficaces que las que autoriza el código civil. En efecto, se dice, la separación de cuerpo implica separación de bienes; luego toda demanda de separación de cuerpo es una demanda de separación de bienes, y por lo mismo hay lugar para aplicarle el art. 869 (1). Nosotros contestamos que esta es una nueva confusión de dos instituciones esencialmente diversas. ¿Quién puede pedir la separación de bienes? La mujer solamente. Así, pues, ¿cuando el marido actúa en separación de cuerpo, se dirá que su acción tiende á la separación de bienes que ni siquiera tiene el derecho de pedir? Y si

1 Demolombe, "Curso del código Napoleón," t. IV, p. 574, número 465. Esta opinión la siguió la jurisprudencia. Véanse sentencias de Gaute de 7 de Febrero de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 75), y de Lieja, de 25 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 399).

la acción del marido no tiende á la separación de bienes, tampoco tiende la de la mujer, supuesto que es una sola y misma acción. Si la separación de cuerpo acarrea la separación de bienes, es por una razón muy diversa que la que autoriza la acción directa de separación de bienes. La disolución de la vida común, en cuanto á las personas, debe también acarrear la disolución de su sociedad en bienes. Mientras que la separación de bienes tiene por causa el desorden de los negocios del marido; las medidas de conservación autorizadas por el art. 869 tienen por objeto impedir la ruina de la mujer; su objeto es, pues, muy diferente del que el legislador se propuso en el art. 270. No es por razón del desorden de los negocios del marido por lo que el código civil permite á la mujer ciertos actos de conservación, sino con motivo de las malas pasiones que animan á los cónyuges. ¿Cómo, pues, confundir dos órdenes de cosas tan diferentes?

325. El art. 271 da á la mujer la acción de nulidad contra los actos que el marido ha ejecutado con fraude de los derechos de aquella. ¿Esta disposición es aplicable á la separación de cuerpo? Sí, y sin duda alguna, supuesto que no hace más que aplicar al divorcio un principio de derecho común, el de la acción pauliana. Entendido en este sentido, el art. 271 es hasta inútil. Así es que de él no puede sacarse ningún argumento contra la mujer actora ó reo en separación de cuerpo.

### § III.—DE LOS HIJOS.

326. Por los términos del art. 267, la administración provisional de los hijos quedará al marido actor ó reo en divorcio. Es evidente, como lo expresa M. Demolombe, que esta disposición es aplicable á la instancia de separa-

ción de cuerpo, supuesto que no hace más que mantener la potestad marital. El art. 267 agrega: «A menos que el tribunal ordene otra cosa para mayor ventaja de los hijos.» ¿Esta segunda parte del artículo es también aplicable á la separación de cuerpo? La afirmativa está universalmente admitida. Si combatimos la opinión general es por honra de los principios. Conviénese que la disposición es una excepción al derecho común. Pero, dícese, esta excepción es tan moral, tan necesaria, que, sin vacilación, debe extenderse á la demanda de separación de cuerpo (1). Preguntaremos qué desde cuando los tribunales tienen el poder de derogar las leyes de orden público, en nombre de la moral ó de la necesidad. El art. 267 se los permite en materia de divorcio; extender esta excepción á la separación de cuerpo, es hacer la ley bajo la forma de aplicación extensiva. Esto no puede ser respecto á las excepciones, y en verdad que no las hay más graves que las que atentan contra la potestad paternal. Bajo el punto de vista de los principios, esto decide la cuestión. Lejos estamos de discutir las cuestiones morales que se hacen valer en contra del padre y á favor de los hijos; pero esas consideraciones se dirigen al legislador. ¡Cosa notable! Háse ocupado éste de las medidas provisionales concernientes á la mujer (código de procedimientos, art. 878), y nada dice de los hijos. ¿No es significativo este silencio? ¿No equivale esto á decir que como la separación de cuerpo deja subsistir el matrimonio y como el marido conserva la potestad marital, debe también conservar la paternal? De todas maneras, lo cierto es que se necesitaría un texto para autorizar á los tribunales

1 Demolombe, "Curso del código Napoleón," t. IV, p. 561, número 451. Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 122. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica se halla en el mismo sentido (sentencias de Bruselas, de 15 de Julio de 1848, y de 13 de Agosto de 1868, *Pascrista*, 1849, 2, 177, y 1868, 2, 320).

para que notificasen la potestad paterna. Y es por llamar á los intérpretes al respeto de los textos por lo que insistimos en cuestiones definitivamente resueltas por la doctrina y por la jurisprudencia.

#### SECCION IV.—*Del procedimiento.*

##### § 1º—DE LA DEMANDA DE SEPARACION.

327. El art. 307 establece que la demanda de separación de cuerpo se intentará, instruirá y fallará del mismo modo que otra acción civil cualquiera. Esta disposición es una nueva prueba de que el legislador no procede, en materia de separación de cuerpo, por vía de analogía con lo que se ha resuelto en materia de divorcio. El ha erizado el procedimiento de divorcio de dificultades, de trámites, de obstáculos, con el objeto de que los cónyuges vuelvan á una reconciliación. ¿Importaba menos reconciliarlos cuando piden la separación de cuerpo? ¿Si la separación es el divorcio de los católicos, débese favorecer este divorcio facilitando la demanda de separación? Cuando se trata de una demanda de separación, la ley quiere que los debates permanezcan secretos por todo el tiempo que sea posible, porque á menudo sucedería que la publicidad dada á la ofensa, á la deshonra, haría imposible toda reconciliación. ¿Acaso no existía razón mas fuerte para mantener secretos los debates, cuando los cónyuges piden la separación de cuerpo? Se puede siempre esperar la reconciliación de los cónyuges separados, supuesto que tienen libertad para hacer cesar la separación reuniéndose. ¿No era ésta una razón decisiva para rodear la instrucción de un secreto impenetrable? Sin embargo, el legislador se vuelve hacia el derecho común, por lo que no se inspira en el mismo espíritu. Ya no son

las excepciones las que él quiere aplicar, sino los principios generales. Que el legislador haya ó no tenido razón para hacerlo, poco importa, supuesto que lo hizo; lo que atestigua contra el espíritu que se le supone y contra el principio de interpretación que los autores y la jurisprudencia siguen, principio que se pretende estar fundado en la ley.

El art. 307 ha sido modificado por el código de procedimientos, que contiene algunas disposiciones especiales en un título consagrado á la separación de cuerpo (arts. 875-880). Estas disposiciones están tomadas del procedimiento de divorcio, notoriamente la tentativa de conciliación y las medidas provisionales de las que ya hemos hablado. Así, pues, el código de procedimientos reconoce que hay cierta analogía entre ambas acciones, pero la limita á los puntos que define. ¿Si hubiese sido intención del legislador extenderla á todos los puntos, no lo habria expresado? En el estado actual de la legislación, los arts. 875-880 son excepciones al principio establecido por el art. 307 del código civil, y por lo mismo de estricta interpretación (1).

328. La ley no expresa ante cuál tribunal debe presentarse la acción de separación. Puede aplicarse á esto el artículo 234, porque es la aplicación de un principio general: la demanda debe formularse ante el tribunal de la circunscripción en la cual tienen los cónyuges su domicilio. Si la mujer es actora, esto es evidente; lo es tambien cuando el marido es actor, porque debe presentar su demanda al tribunal del domicilio de la mujer demandada; y la mujer no puede tener otro domicilio que el del marido. Según el derecho común, debe estar autorizada para actuar judicialmente. Ya hemos dicho que en la instancia de separación, el auto del presidente, después del ensayo de re-

1 Sentencia de Gaute, de 9 de Enero de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 8).

conciliación, hace veces de autorización; el art. 878 del código de procedimientos dice formalmente que el presidente «autoriza á la mujer á proceder respecto á la demanda» sin distinguir si es actora ó reo. Se concibe que en esta materia la autorización es de pura forma; el presidente no puede rehusarla, supuesto que la mujer usa de un derecho que la ley le otorga, y para cuyo ejercicio no podía ella, ciertamente, dirigirse á su marido. Sin embargo, la autorización tiene consecuencias muy importantes. Este es el caso de aplicar el principio de que la mujer autorizada para entablar un acto jurídico, es por esto mismo capaz de ejercer todos los que de aquél dimanen. Así, pues, la mujer autorizada para litigar en separación de cuerpo puede ejecutar todos los actos que son una consecuencia de la demanda y del juicio. No es necesario decir que ella puede sin nueva autorización tomar las medidas de conservación que la ley admite, y que, por consiguiente, puede diligenciar la ejecución del fallo que le otorga una provisión. La mujer puede, además, proseguir la ejecución del fallo que pronuncia la separación, en todas sus disposiciones, tanto las que conciernen á los hijos como las que conciernen á los bienes. La jurisprudencia es unánime en estos puntos.

329. Según el derecho común, las partes deben comparecer en conciliación ante el juez de paz. El art. 878 del código de procedimientos los dispensa del preliminar de conciliación, en el proceso de separación. Esto no da lugar á duda alguna, á pesar de una coma mal colocada que pudiera hacer creer lo contrario. La razón es muy sencilla. Hay una tentativa de conciliación ante el presidente, magistrado que, es de esperarse, tenga más influencia sobre los cónyuges. El cónyuge que quiere proveerse de separación de cuerpo debe presentar al tribunal de su domicilio una instancia que contenga sumariamente los hechos; esta

instancia se contesta con un auto que ordene á las partes comparecer ante el presidente el día que éste señale. Los cónyuges están obligados á comparecer personalmente, sin que puedan ser asistidos ni de abogados ni de consejos (artículos 875 877). Según los términos del ar. 878, el presidente debe hacer á los cónyuges las representaciones que juzgue á propósito para llevar á cabo una reconciliación. Si no puede lograr ésta, expide un segundo auto, diciendo que en virtud de no haber podido conciliar á las partes, las remite á que se provean sin previa citación á la oficina de conciliación.

330. La comparación de estas disposiciones con las que prescribe el código civil para la instancia de divorcio, prueba que el legislador se manifiesta severo respecto á la separación de cuerpo. Así el art. 236 quiere que el actor presente personalmente su instancia al presidente, mientras que el código de procedimientos dice sencillamente que el cónyuge actor en separación presentará instancia; se ha resuelto, por aplicación del principio que acabamos de establecer (núm. 327), que no podía aplicarse el art. 236 á la separación de cuerpo. Es evidente, sin embargo, la analogía de posición; si por analogía procediese el legislador, habría debido ordenar que el cónyuge se presentase personalmente, á fin de que el presidente le haga, desde este primer acto del procedimiento, las observaciones que crea convenientes. Esta primera tentativa de conciliación es la más importante, porque una vez que el cónyuge ofendido está en presencia del cónyuge culpable, casi no puede esperarse que el magistrado logre conciliarlos. ¿Por qué, á pesar de ser idénticos los motivos para decidir, el legislador da una resolución diferente? Sin duda, porque la separación de cuerpo deja subsistir el vínculo del matrimonio, mientras que el divorcio lo desata. ¿No debe inferirse de esto,

como ya lo hemos dicho, que no se puede aplicar á la separación de cuerpo lo que la ley dice respecto del divorcio?

Otra diferencia que resulta de los textos. El art. 236 dice: «Toda demanda de divorcio detallará los hechos.» Hemos dicho que la jurisprudencia aplica esta disposición con un rigor que parece excesivo. El art. 877 del Código de procedimientos se conforma con una exposición sumaria de los hechos, y se ha fallado que no era de aplicarse el art. 236 á la separación de cuerpo (1). En vano se pregunta la razón de esta diferencia, colocándose en el terreno de la analogía. ¿Acaso el reo en la separación no debe conocer los hechos tanto como el rec de divorcio? ¿Acaso la sociedad no está igualmente interesada en contener, en impedir las separaciones de cuerpo como los divorcios? Si fuese cierto que la separación es el divorcio de los católicos, el legislador debería aplicar aquí á la separación lo que del divorcio se dice. No lo hace ¿No debe inferirse que ese pretendido principio no es el del Código?

La jurisprudencia, olvidando la analogía, que establece como principio fundamental, procede como el legislador: tanto como es severa en materia de divorcio, se manifiesta indulgente cuando se trata de la separación de cuerpo. Permite precisar los hechos en el curso de la instancia; (2) permite presentar una nueva instancia en la cual el actor desarrolle los hechos que no hizo más que indicar en la primera; (3) permite articular hechos nuevos acaecidos durante la instancia; y aun más, permite invocar hechos anteriores á la demanda, sea que el actor los haya ignorado, sea que por una razón cualquiera haya descurrido mencionarlos en su instancia, cosas todas que no se permiten en el

1 Sentencia de Bruselas, de 18 de Abril de 1855 (Daloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 100).

2 Sentencia de Douai, de 9 de Abril de 1825 (Daloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 100.)

3 Sentencia de París, de 28 de Julio de 1809 (Daloz, *ibid*).

divorcio. Nosotros admitimos la doctrina consagrada por la jurisprudencia, hasta hemos tratado de aplicar el principio al divorcio (núm. 227). De todas maneras resulta que la jurisprudencia no es fiel al principio que generalmente la guía en esta materia, y ¿puede llamarse principio el que se abandona y vuelve á tomarse según las necesidades de la causa?

Se ha fallado aún que el cónyuge actor podía articular en apelación nuevos hechos, sean antiguos pero que no se indicaron en la instancia, sean ocurridos durante la instancia. Como lo dice muy bien la corte de Bruselas, la demanda de separación de cuerpo está sometida á las reglas generales del procedimiento, y aunque el art. 875 del Código de procedimientos prescribe que se indiquen sumariamente los hechos, ninguna disposición legal se opone á que el cónyuge articule otros hechos, aun cuando sea en apelación: rechazar la prueba de tales hechos equivaldría á crear un fin de no recibir que los textos repelen, y que la razón no admite. Objétase que esto sería en cierto modo salvar y eludir el primer grado de jurisdicción. La objeción confunde la causa con los medios que las partes hacen valer en apoyo de sus pretensiones. Esto evidentemente, que no es una nueva demanda que el cónyuge produce en apelación ¿por qué el actor no había de poder invocar un medio nuevo? Diariamente acontece que en apelación los litigantes cambian sus medios de ataque ó de defensa; y bien, un hecho nuevo es como un nuevo argumento. Cuando el hecho nuevo ha sobrevenido después del fallo que ha desechado la demanda, ya no puede haber duda alguna, y la jurisprudencia admite la prueba en apelación. ¿Si, en este caso, se pueden articular hechos en apelación, aun cuando no hayan sido sometidos al primer juez, por qué no habría de poderse si los hechos son anteriores?

331. El art. 868 del código de procedimientos prescribe la publicidad de las demandas de separación de bienes. Como la separación de cuerpo implica separación de bienes, se ha sostenido que debía también hacerse pública. Pero esta opinión no ha sido favorecida, y con razón. La demanda de separación de bienes interesa á los terceros que tratan con los cónyuges, y por lo mismo debe publicarse. Mientras que el objeto directo de la acción de separación de cuerpo es desatar el vínculo del matrimonio; la publicidad, lejos de desearse, sería un obstáculo para la reconciliación. Esto prueba que no se pueden aplicar á la demanda de separación de cuerpo los principios que rigen la separación de bienes por más que la separación de cuerpo traiga consigo la separación de bienes; las dos acciones tienen un objeto diferente; y por consiguiente las dos disposiciones del código civil y del de procedimientos que les son relativas, están concebidas con un espíritu diferente. Nosotros hemos hecho ya esta observación, que tiene su importancia en una materia en que la doctrina y la jurisprudencia buscan en todas partes razones de analogía. Veremos algunas consecuencias de este principio en el contrato de matrimonio.

332 A instancia presentada por el actor, el presidente expide un mandamiento en que previene á las partes que comparezcan ante él; el código de procedimientos quiere que los cónyuges comparezcan personalmente, sin asistencia de abogados ni de consejos (art. 877). Esta prohibición de hacerse asistir por curiales es esencial; tiene por objeto sustraer á los cónyuges á toda influencia extraña, y dejarlos entregados á sus propias impresiones. ¿Debe inferirse de esto que hay nulidad si uno de los cónyuges ó los dos se ven asistidos de consejeros? Nó, porque la ley no pronuncia la nulidad; y como la instancia de separación de cuerpo se norma por el derecho común, hay lugar para aplicar la regla

general establecida por el art. 1030 del código de procedimientos, en virtud del cual ningún acto de procedimiento puede declararse nulo, si la nulidad no la pronuncia la ley (1). Esta es una nueva diferencia entre el divorcio y la separación. En el procedimiento de divorcio, los tribunales pronuncian la nulidad por inobservancia de la menor formalidad, considerándose todas las formas como de rigor, porque tienden á poner obstáculos al divorcio. La analogía exigiría que fuese lo mismo en la instancia de separación; cierto es que milita la misma razón, pero el art. 1030 no permite que se decida por identidad de razón. Así, á cada paso encontramos diferencias entre las dos instituciones, hasta cuando la analogía las condena. Estas diferencias, desechadas por la analogía, condenan al mismo tiempo la doctrina de los autores y las sentencias que aceptan la analogía como principio de sus decisiones.

333. ¿Si el actor no comparece, puede continuar la instancia? Nó, ciertamente, porque se entiende que renuncia á la acción por el hecho sólo de su ausencia. Otra cosa es cuando el demandado es el que no comparece; el presidente fallará en su ausencia. Puede objetarse que, en este caso, la tentativa de conciliación se vuelve imposible y que esta tentativa es esencial, supuesto que es la única que la ley prescribe. Nosotros contestamos que la tentativa de reconciliación se hará en los límites de lo posible; el presidente hará al actor las observaciones que juzgue convenientes, después expedirá su mandamiento, si el cónyuge persiste. No puede admitirse que dependa del demandado impedir la acción del actor, el no comparecer ante el presidente (2). Por otra parte, hay que hacer notar una vez más, que pare-

1 Sentencia de Bruselas, de 9 de Agosto de 1848. *Pasierisia*, 1848, 2, 310.

2 Esto es de jurisprudencia, Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 109.

ce que la ley da menos importancia á esa comparecencia de las partes en caso de separación, que en caso de divorcio. El art. 239 quiere que el juez levante una acta, mientras que el código de procedimientos no prescribe tal formalidad; de donde se sigue que no se puede exigirla. Siempre diferencias, á pesar de la analogía completa de posición.

334. El código de procedimientos dice en su art. 878 que si el presidente no logra reconciliar á los cónyuges, los despide para que se provean.

Pregúntase si debe despedirlos inmediatamente ó si puede ordenar un sobreseimiento. La jurisprudencia decide que el juez puede sobreseer. «Considerando, dice la corte de París, que ninguna disposición legal impone al presidente, en el caso de no haber conciliación, remitir inmediatamente al actor en separación ánte el tribunal para formular su demanda (1).» ¡Singular razonamiento! La ley encarga al presidente una misión de conciliación; ella no habla de una sola comparecencia de las partes, después agrega que si el presidente no consigue reconciliar á los cónyuges, los despide para que se provean. Desde ese momento su misión está cumplida, y por lo mismo no tiene derecho para ordenar un sobreseimiento. No tiene este derecho, porque la ley no se lo dá; la jurisprudencia, al concedérselo, hace la ley. ¿Se quiere una prueba? ¿Cuál es el plazo de sobreseimiento que el presidente puede ordenar? Se ha fallado que un plazo de seis meses era ilegal (2). ¿Por qué seis meses más bien que cuatro ó cinco? ¿No es evidente que sólo la ley puede fijar los plazos? Y lo habría hecho, si hubiese querido conceder tal derecho al presidente. En vano se dice que este sobreseimiento es una remisión de causa (3).

1 Sentencia de 20 de Mayo de 1844, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 111.

2 Sentencia de París, de 15 de Julio de 1844. Dalloz, 1849, 2, 45.

3 Demolombe, *Curso del código Napoleón*, t. IV, p. 555 y siguientes, núms. 441 y 442.

Todavía no hay causa, supuesto que no hay acción intentada. Hay una tentativa de conciliación; y como la ley no prescribe más que una sola, quiere que el actor pueda intentar su acción. Este es un derecho. Para impedir su ejercicio, habría necesidad de un texto que no existe.

## § II.—DE LA INSTRUCCION.

335. El art. 879 del código de procedimientos, dice: «Se instruirá la causa en las formas establecidas para las otras demandas, y juzgada en virtud de las conclusiones del ministerio público.» De aquí resulta que la instrucción oral es pública, salvo que el tribunal ordene que sea á puerta cerrada, si la discusión pública pudiese ocasionar un escándalo ó graves inconvenientes (cod. de proced., art. 87). La corte de casación ha resuelto que habría lugar para ordenar que se cerrasen las puertas, en un caso en que la demanda de separación se fundaba en violencias, sevicias y ultrajes. Se lee en la sentencia que la discusión absolutamente pública de agravios de esta naturaleza no haría más que ofender las costumbres, sin ofrecer una garantía más á los litigantes; que la presencia de las partes y de sus acesores da á los debates toda la publicidad que la ley apetece; que no se viola la ley cuando se la concilia con las aspiraciones de la moral y el verdadero interés de las partes (1). Nada tan cierto como esto, pero esto equivale á hacer la crítica del código. En el procedimiento del divorcio, el legislador mantiene las puertas cerradas, hasta que se haya perdido toda esperanza de reconciliación entre los dos cónyuges. Cuando estos piden la separación de cuerpo, existe todavía aquella esperanza; era, pues, preciso, establecer como regla, que las puertas quedasen cerradas, en lugar de admitirla co-

1 Sentencia de 21 de Enero de 1812, Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 319,

mo excepción. Ciertamente que si nunca hubo analogía entre el divorcio y la separación de cuerpo, es en este caso: y hay que agregar, además, que las razones para hacer secretos los debates, son más poderosas cuando se trata de una demanda de separación, como ya lo hemos dicho. En cuanto al interés de la moral pública, invocado por la corte de casación, existe en toda demanda de separación, y cualquiera que sea la causa. ¡Hé aquí, pues, al legislador que echa á un lado la analogía cuando la razón y la moral exigen imperiosamente tenerla en cuenta!

336. Hay una analogía incontestable entre el procedimiento de divorcio y el procedimiento de separación de cuerpo, y es que el tribunal no está obligado á ordenar una inquisición, si los hechos están suficientemente probados por los documentos de la causa. El art. 247 lo expresa formalmente respecto al divorcio; se puede y se debe aplicar esta disposición á la separación de cuerpo, porque ella no hace más que consagrar un principio general, que el buen sentido dicta á falta de ley. Como lo expresa la corte de casación, el legislador no impone un deber á los magistrados de recurrir á las vías legales de instrucción, sino cuando en los documentos de la causa no encuentran elementos suficientes de convicción. Así, pues, cuando los hechos están establecidos, sea por la correspondencia epistolar de las partes, sea por sus confesiones cuando éstas confirman hechos ya probados, el tribunal puede y debe inmediatamente pronunciar la separación de cuerpo (1).

337. Hé aquí una nueva diferencia inexplicable cuando se parte del principio de analogía entre el divorcio y la separación de cuerpo, y hasta injustificable en cualquier otro sistema. Los arts. 259 y 260 permiten al juez que pronuncie una separación provisional, durante la instancia de

1 Sentencia de la corte de casación, de 29 de Abril de 1862, Dalloz, 1862, 1, 515.

divorcio, año de prueba que, es de esperarse, calmará las pasiones y acarreará la reconciliación de los cónyuges. Pregúntase si el juez podría también pronunciar una separación provisional en la instancia de separación de cuerpo. La negativa casi no permite duda; la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, y lo mismo la doctrina, salvo algunas disidencias que no han encontrado favor. No corresponde á los tribunales impedir el ejercicio de un derecho; y, desde el momento en que hay una causa legal de separación, es un derecho para el cónyuge obtenerla. Sin embargo, el sobreseimiento, autorizado para la demanda de divorcio, habría debido serlo también para la acción de separación. Tiende á impedir el divorcio. ¿Y acaso no importa también impedir la separación de cuerpo? Dicese en vano que los cónyuges separados de cuerpo pueden reunirse cuando les plazca. La experiencia está allí para atestiguar que una vez pronunciadas las separaciones son casi siempre irrevocables. Lo que prueba que el sobreseimiento no sería inútil, es que en el antiguo derecho se admitían las separaciones provisionales y aun las separaciones por cierto tiempo (1). Por esto es que los autores que enseñan el principio de analogía extrañan que el código no permita aplicar á la separación de cuerpo lo que para el divorcio autoriza (2). ¿No es esto una nueva prueba de que el legislador ignora el principio de analogía que se le atribuye, á pesar de las veces que él mismo desmiente este pretendido principio?

338. El art. 335 quiere que la acción de divorcio se suspenda, cuando los hechos alegados por el cónyuge actor dan lugar á una inquisición criminal. Esta disposición recibe su aplicación, á la instancia de separación de cuer-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *separacion de cuerpo*, pfo. III, núms. 11 y 12.

2 Demolombe, *Curso de código Napoleon*, tít. IV, p. 587, núm. 486.

po, porque no hace más que consagrar una disposición de derecho común. Hay pues que aplicar aquí lo que hemos dicho en el capítulo del divorcio (220).

### § III.—DEL JUICIO.

339. El código de procedimientos quiere que sea público el juicio que pronuncia la separación de cuerpo. El fallo se escribe en una tabla expuesta durante un año, en el auditorio de los tribunales de primera instancia y de comercio del domicilio del marido, aun cuando éste no sea comerciante; y si no hay tribunal de comercio, en el salón principal de la casa común. Un extracto igual debe insertarse en la tabla expuesta en la cámara de los abogados ó notarios. ¿Cuáles son los motivos de tal publicidad? La separación de cuerpo interesa á los terceros que se hayan en el caso de tratar con los cónyuges. Aunque el matrimonio subsista, la vida común cesa, y en consecuencia la mujer ya no es mandataria de su marido para los gastos de la casa conyugal. Cada uno de los cónyuges vive separadamente y tiene casa propia. Están, además, separados en bienes; de donde se sigue que el marido ya no disfruta de los bienes de la mujer, mientras que ésta recobra la administración de su patrimonio, y tiene también el goce de éste. La separación de cuerpo altera, pues, el crédito del marido, y da á la mujer una capacidad excepcional. De aquí la necesidad de poner en conocimiento de los terceros el cambio que se ha verificado en la posición de los cónyuges (código de procedimientos, art. 872 880; y código civil, art. 1445).

340. En cuanto á las vías de recurso, síguese el derecho común. En materia de divorcio y apartándose del derecho común, el proveído en casación es suspensivo (art. 263).

Hemos dicho que esta disposición excepcional está fundada en los efectos que el divorcio produce; disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden volver á casarse; era, pues, preciso impedir que el divorcio admitido por juicio produjese sus efectos durante el proveído, supuesto que puede ser anulado por la suprema corte. Como la separación de cuerpo deja subsistir el matrimonio, no había razón para extender al fallo que la pronuncia la excepción establecida por el art. 263. Esto ha sido fallado de esta manera, y es verdad que no había la menor duda (1).

341. El divorcio debe pronunciarse por el oficial del estado civil. No pasa lo mismo con la separación de cuerpo. El matrimonio subsiste; únicamente que los cónyuges están autorizados para vivir separadamente. Basta para esto que exista un fallo; no hay ninguna razón para hacer intervenir al oficial del estado civil.

#### § IV.—DE LAS DEMANDAS RECONVENCIONALES.

342. Las demandas reconvenzionales se admiten en la instancia de separación de cuerpo, como en la instancia de divorcio (núms. 270-272). Esto es la aplicación de un principio general. ¿El cónyuge demandado en separación puede formular su demanda reconvenzional en apelación? Nó, porque es de regla que en causa de apelación no puede formularse ninguna otra demanda, á menos que ella sea una defensa en la acción principal. Ahora bien, una demanda reconvenzional no es una simple defensa. Esto es de jurisprudencia, y no podía dar lugar á duda, siendo formal el art. 464 del código de procedimientos (2). Existen, sin em-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 307.

2 Véase las sentencias en Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 278.

bargo, algunas sentencias en sentido contrario, y Demolombe prefiere esta última opinión, bien que no da ninguna razón de esta preferencia (1).

343. La demanda reconvenzional formulada en primera instancia da lugar á una dificultad acerca de la cual se halla muy dividida la jurisprudencia. ¿Debe estar precedida del ensayo de conciliación prescrito por el código de procedimientos? (arts. 875, 878). Hay una razón para dudarlo. Las demandas incidentales se formulan por un simple acto y están, en consecuencia, dispensadas del preliminar de conciliación. ¿Y la demanda reconvenzional en separación acaso no es una demanda incidental? Por otra parte, ¿la tentativa de conciliación prescrita por el código de procedimientos no hace veces de preliminar de conciliación ante el juez de paz? (2). Admitimos que la demanda reconvenzional es incidental, y ¿quiere esto decir que pueda hacerse por acto simple, según el derecho común? (código de procedimientos, art. 337). El verdadero nudo de la dificultad está en el ensayo de conciliación que debe preceder á la demanda en separación. ¿Es cierto que tenga el mismo carácter que el preliminar de conciliación ante el juez de paz al que están sometidas las acciones ordinarias? No hay más que leer el art. 48 del código de procedimientos para convencerse de lo contrario. Para que haya lugar á este preliminar, se necesita que las partes sean capaces de

1 Demolombe, "Curso de código Napoleón," t. IV, núm. 437.

2 Véanse en este sentido las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 116. Hay que agregar las sentencias de Nancy, de 16 de Diciembre de 1859 (Dalloz, 1860, 5, 351, núm. 4); de Pau, de 19 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 226); de Orleans, de 29 de Julio de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 228); de Paris, de 13 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 9); de Agen, de 30 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 12); de Burdeos, de 23 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 90), y de Aix, de 11 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 91). Véase en el mismo sentido, Demolombe, t. IV, p. 553, núm. 436.

transigir y que el objeto del litigio pueda ser materia de una transacción. Trátase, pues, ante el juez de paz de transigir respecto á intereses pecuniarios. ¿Y acaso es éste el fin principal de la intervención del presidente, cuando un cónyuge pide la separación de cuerpo? ¿Se puede transigir sobre la separación? Nó, ciertamente; no puede transigirse sobre el matrimonio, que es esencialmente de orden público. Así, pues, según el derecho común, la demanda de separación de cuerpo ni aun habría debido someterse al preliminar de conciliación. Así es que si la ley quiere que los cónyuges se presenten ante el presidente, es por otras razones, y mucho más graves, razones de orden público. El legislador quiere que la separación de cuerpo se impida, porque de hecho tiene los efectos desastrosos del divorcio. Se trata, pues, de mantener el matrimonio por interés de los hijos, por el de la familia, por el de la sociedad entera. Y por ello es necesario que toda demanda de separación esté sujeta á esa tentativa de conciliación. Ahora bien, la demanda reconventional, aunque hecha incidentalmente, es, en realidad, una demanda principal, supuesto que tiene el mismo objeto y que tendrá los mismos resultados. Esto decide la cuestión.

Se objeta que esta tentativa de conciliación es inútil, supuesto que los dos cónyuges han debido ya presentarse ante el presidente y que en el ensayo de reconciliación ha fracasado. Infiérese de esto que el art. 875 no recibe su aplicación sino en la primera demanda. Nó, no se puede decir, *á priori*, que una tentativa de reconciliación sea inútil porque la primera no tuvo éxito. En la instancia de divorcio la ley multiplica los ensayos de conciliación; no desespera, aun después de repetidos fracasos, de volver á unir á los cónyuges. Hay, por otra parte, un hecho nuevo, la demanda del reo, que puede hacer entrar en reflexión

al actor, puesto que va á hallarse expuesto á los efectos que la separación produce contra el cónyuge culpable. Después de todo, la consideración de la utilidad ó de la inutilidad de la tentativa de conciliación se dirige al legislador y no al intérprete. Lo que la ley ha resuelto, porque el artículo 873 no distingue, se aplica á todo cónyuge que quiere proveerse en separación de cuerpo. Para dispensar al cónyuge de esta tentativa de reconciliación, sería necesario un texto que hiciese excepción á este artículo.

Se pretende encontrar este texto en el art. 307 del código civil combinado con el art. 307. Según el art. 307, la demanda de separación de cuerpo se intenta, instruye y falla de la misma manera que cualquiera otra acción civil; y por ello, dicese, se debe aplicar el art. 337. El mismo código de procedimientos nos proporciona una respuesta perentoria á esta objeción. En efecto, se ha separado del código civil en lo concerniente á la manera de intentar la acción; así es que ya no se puede invocar el art. 307. También el art. 379 dice que la causa *se instruirá* en las formas prescritas para las otras demandas; ya no dice, como el código civil, que *se intentará* conforme á las reglas generales; ¿y cómo habría podido decirlo, cuando acababa de derogar el derecho común en los artículos que preceden? Estamos, pues, en una materia excepcional y de orden público. Esto es decisivo (1).

#### SECCION IV.—*De los efectos de la separación de cuerpo.*

##### § 1º—EN CUANTO A LOS CONYUGES.

344. Marcadé dice que el código no da á conocer *uno solo* de los efectos directos de la separación de cuerpo; so-

1 Marcadé, "Curso elemental de derecho civil francés," t. 1º, t. 608, art. 311, núm. 1.

lamente en el art. 311 se halla una disposición que establece que la separación de cuerpo trae siempre consigo la separación de bienes; pero, cosa extraña, esta disposición no es más que una consecuencia del efecto primero que quedó subentendido. ¿Cómo explica Marcadé este silencio? La explicación es más extraña que el pretendido vacío de la ley; según él, la *separación de cuerpo* no es, en la mente del legislador, más que el mismo divorcio reducido á lo que permite el catolicismo; bastaba, pues, haber hecho conocer los efectos del divorcio propiamente dicho; éstos se aplican en todo derecho á la separación de cuerpo, suprimiendo lo que prohíben las ideas católicas. Y bien, ¿qué es lo que prohíben las ideas católicas? La disolución del matrimonio; por lo que debe rechazarse esta disolución con todos los efectos que son su consecuencia; todas las otras disposiciones nos darán los efectos *legales* de la separación de cuerpo (1).

*¡Efectos legales sin ley!* ¡Cosa extraña en derecho! Sin *ley* hemos dicho. Porque no hay una palabra en los textos ni una sola en las discusiones en la cual pueda apoyarse este sistema de interpretación; es una teoría imaginaria forjada por las necesidades de la causa, es decir, para aplicar á la separación de cuerpo las disposiciones penales de los arts. 299 y 300. Esto no es decir lo bastante. El legislador ha dado suficientemente á conocer su intención; no sólo no quiere que la separación y el divorcio produzcan los mismos efectos, sino que ni siquiera extiende á la separación las disposiciones concernientes al divorcio, en los casos en que la analogía lo exigía hacerlo. Inútil es repetir lo que acabamos de decir. Hemos seguido paso á paso á los autores del código hasta en los menores detalles

1 Marcadé, "Curso elemental de derecho civil francés," t. 1.º, t. 608, art. 311, núm. 1.

de la materia, y en todas partes hemos encontrado diferencias inexplicables bajo el punto de vista de la analogía.

En cuanto al vacío que parece tan extraño, no existe también sino en la imaginación de los intérpretes. ¿Qué es lo que dice el art. 1º de nuestro capítulo? «En los casos en que haya lugar á la demanda de divorcio por causa determinada, los esposos quedan en libertad para formular demanda de separación de cuerpo.» ¿Era necesario agregar que la *separación de cuerpo* tendrá el efecto de que los cónyuges queden *separados de cuerpo*? En los manuales se encuentran estos *truismes*, como dicen los ingleses; pero el legislador no se entretiene en decir cosas que son mas claras que la luz del día. ¿Por qué habia de haberse tomado la molestia de decir que la *separación de cuerpo separa á los esposos en el cuerpo* cuando la palabra misma lo expresaba enérgicamente? Pues bien, esa es toda la separación.

Los cónyuges están separados de cuerpo, pero permanecen casados, el matrimonio subsiste. Hé aquí todavía algo más que el legislador no nos dice, pero habría hecho escolástica al decirlo. ¿No bastaba con decir que el matrimonio se disuelve por el divorcio? ¿Y la expresión *separación de cuerpo* no indica tan bien como lo habría hecho una disposición explicita del código, que los cónyuges están únicamente separados de cuerpo? Luego el matrimonio subsiste, y, en consecuencia, todos sus efectos, con excepción del único efecto que la separación destruye, y es que la obligación de la vida común cesa; en este sentido, los cónyuges están separados de cuerpo. Al cesar la vida común cesan todos los efectos que dimanen de la comunidad de existencia. Esto es toda la separación de cuerpo, y la palabra misma nos lo enseña.

345. Al decir que la vida común cesa, se dice ya que la

mujer puede escojerse una nueva residencia, y aun que ésta tendrá los efectos de un domicilio, en el sentido legal de la palabra (1). ¿Podrían los tribunales prescribir una residencia á la mujer, por el fallo que pronuncia la separación de cuerpo? Un tribunal así lo había hecho; la corte de apelación había confirmado la decisión y la mujer había consentido. Esta debía habitar en la casa de sus padres. El fallo era evidentemente ilegal. En el curso de la instancia de separación, la ley permite al presidente, y, en consecuencia, al tribunal, indicar á la mujer una residencia provisional; pero una vez que la separación se ha pronunciado, es un derecho para la mujer elegir su residencia; y ninguna ley, ningún principio autoriza al juez para restringir este derecho (2). No obstante, se ha resuelto que si la mujer culpable de adulterio se instala en la casa de su cómplice, el marido puede hacer que se la sentencie á pago de daños y perjuicios solidariamente con dicho cómplice. La mujer, se dice, aunque separada de cuerpo, debe siempre fidelidad al marido; está, pues, obligada á respetar los deberes de decoro, y si no lo hace causa á su marido un daño moral y hasta material, en lo que se refiere al establecimiento de sus hijos; lo que constituye un delito civil, según los términos del art. 1382 (3). Aplaudimos el sentimiento moral que ha dictado esta decisión, ¿pero está fundada en derecho? Sin duda alguna que la mujer separada de cuerpo permanece obligada á guardar fidelidad; si la viola, puede ser perseguida, por adulterio, y ésta es la única sanción legal del deber de fidelidad. En el caso de que se trata, el marido no alegaba adulterio, sino una conducta escandalo-

1 Véase el tomo II de mis *Principios*, núm. 115.

2 Sentencia de Dijón, de 28 de Abril de 1807 (Daloz, en la palabra *domicilio*, núm. 751).

3 Sentencia de Tolosa, de 29 de Junio de 1861 (Daloz, 1864, 2, 174).

sa. Para semejante mal no hay más remedio que el divorcio, el cual hizo mal el legislador francés en abolir. En vano se invoca el art. 1382; éste no se aplica al *danc ave* resulta del ejercicio de un derecho; ahora bien, es incontestable el derecho que tiene la mujer para elegir domicilio. Tan cierto es esto que en el caso que tratamos, el marido no se atrevió á pedir que el tribunal señalase otra residencia á la mujer. Ahora bien, desde el momento en que la mujer tiene derecho á hacer lo que hizo, ya no puede tratarse ni de delito ni de cuasi-delito.

Por la misma razón, el marido separado de cuerpo puede tener una concubina en la casa que antes del fallo era la conyugal, sin que haya adulterio en el sentido legal de la palabra. En efecto, á contar del fallo que pronuncia la separación de cuerpo, ya no hay domicilio conyugal, supuesto que ya no hay vida común. Sin duda que hay escándalo, inmoralidad y el marido falta al deber de fidelidad. ¿Puede decirse que hay delito civil, hecho indemnizable? No, el marido podría contestar con la ley en la mano, que no es culpable á los ojos de la ley sino cuando guarda á una concubina en la casa común; fuera de esto está en su derecho, legalmente hablando. ¡Triste legalidad que habla contra la ley y que aboga en pró del divorcio; pero así es la ley!

¿Quiere esto decir que sea absoluto el derecho de la mujer para elegir domicilio? El derecho de la mujer puede hallarse en colisión con un derecho del marido, y cuando dos derechos están en conflicto, el ejercicio de uno de ellos no puede impedir el del otro: es decir que el uno es restrictivo del otro. Hé aquí un conflicto que se ha presentado. Los hijos se han confiado á la mujer separada de cuerpo, en virtud del art. 382; pero el art. 303 agrega que el padre conserva el derecho de vigilar el mantenimiento y

educación de sus hijos, cualquiera que sea la persona á quien se hayan confiado. Este derecho que se reconoce al padre puede hallarse en colisión con el derecho que tiene la madre á elegir su domicilio. La corte de casación ha juzgado que por efecto de la separación de cuerpo, la mujer ha adquirido el derecho de fijar su residencia sin consultar más que las conveniencias de su posición y de su interés personal; que este derecho no podría someterse á una restricción sino cuando la mujer separada abusase de él con la intención manifiesta de sustraer á su hijo de la vigilancia paternal (1). Tales son los verdaderos principios.

346. El art. 212 dice que los cónyuges se deben naturalmente fidelidad, socorros, asistencia. Acabamos de decir, que el deber de fidelidad subsiste; luego, en caso de adulterio, la mujer puede ser perseguida á querrela del marido. Pero, cosa extraña y deplorable, el marido, por más que esté obligado á la fidelidad, no puede ya ser perseguido por adulterio, porque no es legalmente culpable, sino cuando guarda á una concubina en el domicilio conyugal, y después de la separación de cuerpo ya no hay hogar doméstico (2). ¡De este modo el adulterio viene á ser un derecho para el marido!

HAY otra disposición relativa al adulterio, que conduce igualmente á una inmoralidad legal. El art. 298 establece que en el caso de divorcio admitido judicialmente por causa de adulterio, el cónyuge culpable no podrá jamás volver á casarse con su cómplice. Esta disposición no está reproducida en el capítulo de la separación de cuerpo, por más que el art. 308 reproduzca la continuación del art. 298, en lo que concierne á la pena á que será condenada la mujer adúltera. La intención del legislador es evidente; no ha

1 Sentencia de 29 de Abril de 1862, (Daloz, 1862, 1, 518).

2 Daloz, *Repertorio*, en la palabra *adulterio*, núm. 64.

querido extender á la separación de cuerpo el impedimento al matrimonio que establece para el divorcio. Es cierto que no hay perfecta analogía; en caso de divorcio, el cónyuge culpable habría podido especular con la disolución del matrimonio que le había permitido reunirse á su cómplice. Este cálculo criminal se encontrará mucho menos frecuentemente en caso de separación, supuesto que ésta deja subsistente el matrimonio. Esto no impide que el matrimonio del cónyuge adúltero con su cómplice, después de la disolución del primer matrimonio por la muerte, no sea un ultraje á la moral (1). En vano se dice que debe darse á los culpables el medio de reparar su falta. Faltas hay, que legalmente no pueden repararse. ¿No es por esto por lo que el código Napoleón prohíbe el reconocimiento y la legitimación de los hijos nacidos de un comercio adulterino (2)?

Si el código mancilla estas vergonzosas relaciones en la persona de los hijos inocentes, con mayor razón debía reprobear la unión de los culpables

Otra consecuencia del deber de fidelidad que subsiste entre los cónyuges separados de cuerpo, es que el hijo concebido durante la separación, tiene por padre al marido, artículo 512. Más adelante insistiremos sobre este punto. Por el momento, nos limitamos á hacer notar que éste es uno de los efectos más deplorables de la separación de cuerpo. Si la separación se pronuncia por adulterio de la mujer, la ley parece darle plena latitud para adúlterar á su antojo por menos en el sentido de que los hijos, fruto de su mala conducta, llevarán el nombre del marido, el cual se verá cubierto de ignominia, sin ningún medio legal de proverse al abrigo de semejante infamia. Sólo un remedio hay para esto: el divorcio.

1 Demante, "Curso analítico," t. II, p. 33, núm. 26 bis.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *adulterio*, núm. 135.

347 ¿Los cónyuges separados se deben todavía auxilios y asistencia? En cuanto á los auxilios, no hay duda alguna, porque se trata de la obligación alimenticia, de la que nos ocuparemos desde luego. En cuanto á la asistencia, los autores están divididos. Demante enseña que la separación deja subsistir este mutuo deber en toda su fuerza; Zachariæ dice, por el contrario, que los cónyuges separados de cuerpo, ya no se deben ninguna asistencia personal. M. Demolombe opta que este deber, si no ha sido destruido, por lo menos ha perdido en *gran parte*, su carácter jurídicamente obligatorio; en seguida, agrega: ¿Cuidémonos mucho de pensar que la ley civil destingue á los cónyuges de este sagrado deber (1). Inútil es insistir en las singulares contradicciones que Demolombe acumula en algunas líneas; la cuestión, en sí misma es una sola. ¿Acaso la asistencia no supone cuidados personales dados á un consorte enfermo, consuelos otorgados á un cónyuge afligido? ¿Y acaso estos deberes no implican la unión de las almas? ¿Y puede seguirse hablando de la unión de las almas entre cónyuges sepultados de cuerpo, es decir, entre cónyuges á quienes el aborrecimiento divide? ¿Concíbese siquiera la posibilidad de tales atenciones delicadas cuando ya no hay vida común? La asistencia, es, pues, uno de esos efectos del matrimonio que cesan con la vida común que las origina.

348. Los cónyuges, dice el art. 212, se deben naturalmente auxilios; el art. 214 agrega, que el marido debe proporcionar á la mujer todo lo que es necesario para las necesidades de la vida, según sus facultades y su estado.

¿En estas disposiciones es en lo que se funda la obligación alimenticia que entre los cónyuges existe? ¿Y subsiste tal obligación después de la separación de cuerpo? La afir-

1 Demante, "Curso analítico," t. II, p. 38, núm. 30. Zachariæ, t. III, p. 571, pfo. 494. Demolombe, t. IV, ps. 302 y siguientes.

mativa no es dudosa. En efecto, tal obligación no se deriva de la vida común, sino del vínculo que el matrimonio establece entre los cónyuges, y puede muy bien ser cumplida por los cónyuges separados. Esto decide la cuestión. Tal es también la doctrina de los autores (1), y la jurisprudencia está de acuerdo (2). No há lugar á distinguir entre el cónyuge que ha conseguido la separación de cuerpo y aquel contra el cual se ha pronunciado; se habría necesitado una disposición formal para declarar al esposo culpable defraudado del derecho á los alimentos; porque esto habría sido una pena, y no hay pena sin ley penal. Supuesto que se trata de una obligación alimenticia, deben aplicarse los principios que rigen los alimentos. La corte de casación así lo ha hecho, decidiendo que al juez corresponde investigar desde luego si el que reclama los alimentos se halla en una desnudez real, ó si se halla en estado de proveer á sus necesidades por su trabajo ó por sus personales recursos, y que sólo después de haber reconocido la necesidad de los alimentos, los tribunales fijan su importe en virtud de las necesidades de quien las reclama y de las facultades de quien las debe. En el caso de que tratamos, la corte de Lyon había rehusado los alimentos al marido actor, comprobando que la situación en que se hallaba tenía por causa su mala conducta y sus desórdenes; que estando en la juventud y en buen estado de salud, podía proveer á sus necesidades por su trabajo. La corte suprema confirmó esta resolución (3).

La jurisprudencia avanza más; admite que hay lugar para aplicar á la separación de cuerpo la disposición del artí-

1 Zacharie, traducción de Massé y Vergé, t. 1, p. 280, nota 7. Demolombe, t. IV, p. 699, núm. 501.

2 Véanse las sentencias citadas en Dalloz. *Colección periódica*, 1850, 1, 225, nota; y sentencia de Gante, de 11 de Agosto de 1859 (*Fasirisia*, 1860, 2, 122); y sentencia de la corte de casación, de 30 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 68).

3 Sentencia de 8 de Julio de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 225).

culo 301, por cuyos términos el tribunal puede otorgar al cónyuge que ha obtenido el divorcio una pensión alimenticia á cargo de los bienes del otro cónyuge, y se decide que tal pensión no está sometida á los principios que rigen los alimentos, y notablemente que pasa á los herederos de quien debe pagarla (1). Ya hemos dicho (núms. 309-34), que, á nuestro juicio, el art. 301 no hacia más que consagrar los principios generales acerca de la deuda alimenticia. Nosotros agregamos que esta disposición no podría recibir aplicación en la separación de cuerpo. Hay acerca de esto una razón decisiva. El divorcio rompe el matrimonio y no deja subsistir entre los cónyuges divorciados ningún deber de auxiliarse mutuamente. Así es que la ley debería proveer á las necesidades de los cónyuges desde el momento en que se admite el divorcio. El código, por los motivos que hemos expuesto, no concede una pensión sino al cónyuge inocente que ha obtenido el divorcio, y no la concede al culpable. Ciertamente es que la disposición del art. 301, en tanto que es penal, no puede extenderse á la separación de cuerpo, porque las penas no se extienden sino por vía de analogía. Por otra parte, ninguna analogía existe entre el divorcio y la separación de cuerpo, en lo que á los alimentos se refiere. Los cónyuges separados se deben mutuamente auxilio, cuando uno de los dos está reducido á la necesidad; y por lo mismo era inútil fijar de antemano los derechos del cónyuge menesteroso, supuesto que en todo tiempo puede actuar contra el otro cónyuge (2). ¿Podrá alegarse con la jurisprudencia que el art. 305 hace más que conceder un derecho á los alimentos que otorga un

1 Sentencias de la corte de casación, de 2 de Abril de 1861 (Daloz, 1861, 1, 971); de Rouen, de 30 de Julio de 1862 (Daloz, 1864, 2, 238), y de Grenoble, de 11 de Julio de 1863 (Daloz, 1865, 2, 6).

2 Esta es opinión de todos los autores (Daloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 305).

crédito activo cóntra su cónyuge, crédito mucho más favorable que la obligación alimenticia? Si á tal sentido se presenta el art. 301, sostenemos que es imposible aplicarlo á la separación de cuerpo. Se pretende en vano «que no es seriamente discutible que las disposiciones legales que norman los efectos del divorcio puedan normar también los efectos de la separación de cuerpo;» debe por lo menos agregarse, como lo hace la corte de Grenoble: «siempre que no sean inconciliables,» es decir, en tanto que la naturaleza de las disposiciones no se oponga á esta extensión analógica. Ahora bien, así como se la interpreta, la disposición del art. 301 es una pena que la ley pronuncia en provecho del cónyuge inocente contra el culpable. Es una indemnización, se dice, 1.ª que aquella disposición otorga al que ha obtenido el divorcio; y una indemnización dada á uno de ellos y denegada al otro, es una pena del orden civil. De nuevo preguntamos ¿las penas acaso se extienden aunque sea por vía de analogía? Correspondía al legislador establecer esta paridad entre el divorcio y la separación de cuerpo; mucho se ha cuilado de hacerlo, porque quiere dejar abierta una puerta á la reconciliación, y es medio para producir ésta forzar á uno de ellos, al culpable, á que pague una pensión fuerte al inocente? ¿Y éste tendrá algún aliciente para reauudar la vida común cuando la separación le asegura una ventaja que la misma vida común no le daría, una pensión que no se extinguirá con la muerte de su consorte?

349 Por los términos del art. 308, la mujer contra quien se pronuncia la separación de cuerpo, será sentenciada por el mismo fallo, y á requisitoria del ministerio público, á la reclusión en una casa de corrección durante un tiempo determinado, que no podrá ser menos de tres meses, ni exceder de dos años. Esta es la reproducción del art. 298;

hay, pues, que aplicar aquí lo que hemos dicho en el capítulo del Divorcio (núm. 291).

El art. 309 agrega: «El marido será dueño de detener el efecto de esta sentencia, consintiendo en volver á admitir á su mujer.» Ateniéndose á los términos de la ley, podría creerse que basta con la voluntad del marido para que el efecto de la condena cese. Pero no es ese el sentido del texto. Cuando el código dice que el marido consiente en volver á admitir á su mujer, esto implica que los cónyuges restablecen la vida común; y para esto se necesita el consentimiento de la mujer, como más adelante lo diremos (núm. 357). Así, pues, cuando el marido ofrece á la mujer volver á admitirla ella puede rehusarlo. En este caso, la condena surtirá sus efectos y continuará la separación. Si la mujer acepta lo que se le ofrece, hay concurso de consentimientos, y en consecuencia la reclusión cesará tanto como la separación de cuerpo.

## § II.—DE LOS EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPO, EN CUANTO A LOS HIJOS.

350. El código civil no expresa á quién deben confiarse los hijos, sea durante la instancia, sea después del fallo que pronuncia la separación de cuerpo. ¿Qué debe inferirse de tal silencio? La conclusión jurídica sería la siguiente: La separación de cuerpo, á diferencia del divorcio, deja subsistente el matrimonio y todos sus efectos, con excepción de los que se refieren á la vida común. Ahora bien, la potestad paternal no atañe á la vida común, porque el art. 372 dice que el padre *sólo* la ejerce durante el matrimonio. El padre continuará ejerciéndola después de la separación de cuerpo; puede invocar el texto de la ley; habría necesidad de una disposición formal que derogase este texto, para

quitar al marido la potestad que á la ley debe. ¿En dónde está escrita semejante excepción? Invócase el art. 302 colocado en el capítulo del divorcio. ¿Pero puede aplicarse una disposición que supone la disolución del matrimonio, á un estado de cosas en las cuales subsiste el matrimonio? ¿Las disposiciones derogantes del derecho común se extienden por vía de analogía, sobre todo cuando el derecho común rige una materia de orden público tal como la potestad paternal?

Zachariae y sus anotadores han sentido la fuerza de este argumento. Dicen ellos que no puede aplicarse en pleno derecho á la separación de cuerpo lo que el art. 302 dice del divorcio. En efecto, esto sería contrario al principio fundamental en esta materia, de que el matrimonio subsiste con todos sus efectos, á pesar de la separación de cuerpo, con excepción de la vida común. De aquí concluyen que por regla general, los hijos deben dejarse al padre. Sin embargo, Zachariae agrega que es permitido á los tribunales modificar esta regla por interés de los hijos, en el sentido de que el tribunal puede confiarlos sea á la madre, sea á tercera persona (1). ¿Pero en qué funda tal excepción? Por una singular inconsecuencia, invoca el art. 302, que acaba de declarar inaplicable á la separación de cuerpo. ¿Si directamente no puede aplicarse, cómo habría de aplicarse por vía de analogía? La doctrina y la jurisprudencia son más lógicas: aplican el art. 312 por lo mismo que hay razón de decidir conforme á él.

Cierto es que el legislador habría debido modificar el ejercicio de la potestad paternal cuando hay separación de cuerpo, tanto como cuando hay divorcio. En efecto, la familia queda disuelta de hecho, aunque no de derecho. Cuando el matrimonio subsiste con todos sus efectos, la

1 Zachariae, trad. de Masco y Bergé, t. 1, p. 282, nota 12.

madre concurre á la potestad paternal por medio de sus consejos y de su influencia moral. Cuando los esposos viven separados, la madre no tendria ya acción si se dejase al padre el exclusivo ejercicio de la autoridad paternal. Este es un primer hecho que el legislador habria debido tener en cuenta. Hay un segundo igualmente considerable. Cuando la separación de cuerpo se pronuncia contra el padre, puede suceder que éste sea indigno de ejercer un poder que le habla concedido la ley, porque ésta presumia que él merecia la confianza que le manifiesta. ¿Podrá dejarse al padre una doncella cuando él mancha el hogar doméstico instalando á una concubina? Hé ahí, en verdad, razones suficientes para modificar el principio que asienta el art. 372; evidentemente que esta regla no se ha hecho sino para los matrimonios en los cuales el marido cumple con sus deberes, y no para aquellos en los cuales los viola. Pero el legislador no lo ha hecho ¿y lo que no ha hecho puede hacerlo el intérprete?

Conforme al rigor de los principios, nó. Los autores, custodios severos de la doctrina, no se atreven á decidir netamente la cuestión. Ya hemos oído las vacilaciones de Zachariæ; Demante se halla igualmente perplejo. Cierito es que concede á los tribunales un poder discrecional para tomar medidas por el interés de los hijos; pero el art. 302 va más lejos; quiere y ordena que se confien los hijos al cónyuge que haya obtenido el divorcio. Demante no cree que esta preferencia obligatoria puede trasladarse á la separación de cuerpo, porque, según él dice, necesitaríase para ello un texto (1). ¿Y no se necesitaría también para conceder á los tribunales el poder discrecional que se les reconoce? ¡Qué se observe bien! Se trata de modificar un texto de ley, el art. 372. ¿Tienen alguna vez los intérpre-

1 Demante, *Curso analítico* t. 1º, p. 30, núm. 31, *bis*.

tes el derecho de derogar una ley? Pueden hacerlo, en virtud de los arts. 267 y 302. Pero fuera de este caso ¿en dónde está el texto ó el principio que permite al juez modificar la potestad paternal, tal como la ley la organiza?

La jurisprudencia invoca la naturaleza de la potestad paternal, potestad de protección que debe ejercerse, en interés de los hijos y no en interés del padre; de donde se sigue que los tribunales deben tener el derecho de modificar los derechos del padre, cuando la mayor ventaja de los hijos lo exige. Examinaremos esta cuestión en el título de la potestad paterna; por el momento, nos repetimos la pregunta: ¿En dónde está el texto que autoriza á los tribunales para derogar el art. 372 cuando el matrimonio subsiste? Hay un argumento histórico que para nosotros tendría gran valor, si los textos permitieran emplearlo. En el antiguo derecho, los tribunales confiaban los hijos al cónyuge que les parecía más digno, y hasta á una tercera persona. En verdad que debería ser lo mismo en el código Napoleón, supuesto que la separación de cuerpo viene del antiguo derecho. Esto debería ser, sí; ¿pero lo es? El juez no estaba ligado en el antiguo derecho por un texto, como en nuestros días lo está por el art. 372. En definitiva, todas las razones que se alegan, se dirigen al legislador; en vano buscamos una base jurídica en la cual pueda apoyarse el intérprete. Confesémoslo, la fuerza de los hechos ha superado al rigor del derecho.

Se ha pretendido que el art. 302 no derogaba realmente la potestad paternal, supuesto que el derecho del padre queda intacto y que se trata únicamente de la guarda de los hijos (1). La corte de casación se ha mostrado más lógica. Ha resuelto que el art. 302 se aplica en toda su extensión á la separación de cuerpo; de donde se sigue, se-

1 Artaz, *Curso de derecho civil francés*, t. 1.º, p. 254 núm. 489.

gún ella, que los arts. 373 y 374 no reciben aplicación después de la separación. Rechazar los artículos que declaran que el padre sólo ejerce la potestad paternal durante el matrimonio, y que el hijo no puede abandonar la casa paterna sin permiso del padre, es ciertamente atentar al derecho del padre; éste subsiste, pero profundamente modificado (1). El padre no tiene ya la dirección de la educación de sus hijos; puede únicamente vigilar su mantenimiento y su educación, como lo expresa el art. 302. Siguese del mismo principio que los hijos deben confiarse al cónyuge que ha obtenido la separación de cuerpo, porque la ley está concebida en términos imperativos: «Se confiarán los hijos.» No hay más excepción que cuando la familia ó el procurador del rey piden que los hijos se entreguen al otro cónyuge ó á tercera persona; el tribunal decide, en este caso, conforme á la ventaja mayor de los hijos. No es, pues, justo, decir, como de constumbre, que el tribunal tiene, en esta materia, un poder discrecional. Se ha fallado, y con razón, que si el cónyuge actor está de acuerdo con el demandado para confiar el hijo de ambos á una casa de educación, el tribunal no puede ordenar que se entregue á otra persona (2). Los padres, conservan, en efecto, la potestad paternal; y si se ponen de acuerdo, ya no hay razón para derogar su autoridad. Esto prueba que el derecho de intervención de los tribunales es enteramente excepcional.

Si el art. 302 es aplicable á la separación de cuerpo, debe suceder lo mismo con el 303. Se debe, pues, aplicar aquí lo que hemos dicho en el capítulo del divorcio, (número 294). La corte de París ha fallado que los cónyuges separados de cuerpo, deben soportar los gastos de manten-

1 Sentencia de la corte de casación, de 17 de Junio de 1845, Dalloz, 1845, 1, 415.

2 Sentencia de la corte de casación, de 6 de Febrero de 1865, Dalloz 2865, 1, 218.

ción y educación de sus hijos; y que si uno de ellos los soporta solo, tiene recurso contra el otro, sin que pueda oponérsele la prescripción, supuesto que ésta no corre entre cónyuges (1). La jurisprudencia decide, además, que la obligación de los cónyuges es solidaria. En este punto, hemos hecho ya nuestras reservas, y las sostenemos (numero 43).

§ III.—EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPO EN CUANTO A LOS BIENES.

351. Por los términos del art. 311, la separación de cuerpo implica siempre la separación de bienes. El régimen ordinario que normaliza los derechos pecuniarios de los cónyuges, es el de la comunidad legal ó convencional. Sociedad de bienes es la que se forma entre los cónyuges, á un tiempo mismo que la sociedad de las personas, de la cual es una consecuencia. Como la separación de cuerpo pone término á la sociedad de las personas, supuesto que la vida común cesa, es natural que la sociedad de bienes cese igualmente. Viviendo cada uno de los cónyuges separadamente, justo es que cada uno administre sus bienes y disfrute de ellos. Este estado de cosas constituye lo que se llama la separación de bienes. La ley dice que la separación de cuerpo implica siempre la separación de bienes, sin duda para marcar que, sea cual fuere el régimen de los cónyuges, estarán separados en bienes desde el momento en que estén separados de cuerpo. En efecto, puede también haber separación de bienes en el régimen exclusivo de comunidad y en el régimen dotal (arts. 1531 y 1563). Tiene ella el efecto de que el marido cese de ser administrador y

1 Sentencia de Paris, de 26 de Julio de 1862, Dalloz, 1863, 2, 1121.

no usufructuario de los bienes de la mujer. Se concibe que, rompiendo la separación de cuerpo la vida común, el marido ya no puede administrar los bienes de su mujer, y mucho menos disfrutar de ellos; cuando ya no hay relaciones entre esposos, tampoco debe haberlas en cuanto á los bienes. Si jurídicamente la separación de bienes debe ser consecuencia de la separación de cuerpo, no es lo mismo bajo el punto de vista moral. El marido pierde el goce de los bienes de la mujer; esto es muy justo cuando la separación se pronuncia contra él, pero injusto cuando la separación se pronuncia contra la mujer; ésta gana en ello entónces, y por consiguiente el marido pierde. Sería, pues, de desear, que el cónyuge actor obtuviese una indemnización cualquiera del daño que sufre á causa de su cónyuge. La jurisprudencia, como acabamos de decirlo, ha buscado esta indemnización en el art. 304; pero esta disposición no habla de indemnización, sino que únicamente concede al cónyuge que consigue una pensión alimenticia, y en opinión unánime de los autores, ni siquiera se puede aplicarla á la separación de cuerpo. Hay un vacío en la ley, que no corresponde colmar al intérprete.

352. Al título del contrato de matrimonio, remitimos las cuestiones á que da lugar la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpo. Pregúntase si la separación no produce otros efectos pecuniarios. El art. 386 dice que el usufructo legal no tiene lugar en provecho de alguno de los padres de aquel contra el cual se ha pronunciado el divorcio. ¿Debe extenderse esa caducidad á la separación de cuerpo? Los autores enseñan la negativa, con excepción de Delvincourt (1). Esto es evidente en la opinión que profesamos acerca de la separación de cuerpo. Ninguna in-

1 Véanse las fuentes en Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 399.

fluencia tiene, á nuestro juicio, la separación sobre la potestad paternal; luego no debe arrebatarse el usufructo á aquel de los padres que tiene el ejercicio de dicha potestad. Por otra parte, el art. 386 establece una pena contra el cónyuge culpable, y las penas no se entienden de un caso á otro, por vía de analogía. Vamos á ver que la jurisprudencia no admite este principio para las liberalidades respecto á las cuales ha sido declarado caduco el cónyuge demandado en divorcio; aplica esta pena á la separación de cuerpo, y tal es también el parecer de muchos autores. En esta doctrina, habría que aplicar igualmente á la separación de cuerpo, la caducidad declarada por el art. 386; porque es el mismo el motivo para resolver. En vano se pretende establecer una distinción entre los efectos del divorcio expresados en el título del *Divorcio* y los que en otros títulos están establecidos, porque semejante distinción no tiene ningún sentido. Si la separación de cuerpo es el divorcio de los católicos, y si hay que aplicar á la separación los efectos que el divorcio produce, en tanto que son compatibles con la separación de cuerpo, no hay razón para distinguir entre los diversos efectos del divorcio, conforme estén establecidos en éste ó en aquel título. Esta es una de aquellas distinciones que han sido imaginadas por la necesidad de la causa, y que atestigua contra los que la invocan.

Se pregunta si el padre conserva la administración de los bienes de los hijos. Nos parece que la cuestión apenas sí puede plantearse. La administración más que un derecho, es un deber. ¿Y por qué la separación de cuerpo había de quitar al padre la carga de un deber? ¿Acaso cesa de ser padre? Hasta en la opinión que admite la aplicación de los arts. 302 y 303 de la separación de cuerpo, se enseña que el padre conserva la potestad paternal, salvo las modificaciones que tales disposiciones le imprimen, y, por lo mis-

mo, debe también continuar administrando los bienes de sus hijos, y sin distinguir, como se ha propuesto, si hay ó no usufructo (1).

353. El art. 767 dice que, cuando el difunto no deja ni parientes en grado de sucesión, ni hijos naturales, los bienes de sucesión pertenecen al cónyuge no *divorciado* que le sobrevive. Se pregunta si la separación de cuerpo hace también perder el derecho de sucesión. Nó, ciertamente. Si los cónyuges divorciados no heredan, es en razón de que no son esposos, y, por lo mismo, no tienen la calidad que para poder heredar se requiere. Los cónyuges separados siguen siendo esposos, así es que deben heredar, y sin distinguir entre el cónyuge inocente y el cónyuge culpable. Esto está por todos admitido. Resulta, no obstante, una singular anomalía, en la opinión consagrada por la jurisprudencia acerca de la revocación de las liberalidades hechas al cónyuge contra el cual se pronuncia la separación. Estas liberalidades, ora sean revocables, ora sean legadas, están revocadas de pleno derecho por la ley. ¡Y esta misma ley admite al cónyuge culpable á heredar á su consorte; Si es indigno recoger un legado, ¿por qué es indigno recoger toda la herencia?

354. Vamos á abordar esta cuestión, una de las más discutidas del derecho civil. El art. 299 establece que el cónyuge contra el que se pronuncia el divorcio, pierde todas las ventajas que le había creado el otro cónyuge. ¿Se debe aplicar esta disposición á la separación de cuerpo? Por el espacio de treinta años la corte de casación ha fallado, que el art. 299 no podía extenderse á la separación (2). En

1 *Mussol, tratado de la separación de cuerpo*, págs. 325 y siguientes.

2 Las sentencias principales se hallan citadas en Daloz en la palabra "separación de cuerpo," núm. 372. Esta opinión la profesa Merlín, *Repertorio*, en la palabra "separación de cuerpo," pfo. IV; núm. 5, y "Cuestiones de derecho," en la misma palabra, pfo. 1; Tou-

1845, las salas reunidas consagraron la opinión contraria, que da la de la mayor parte de las cortes de apelación. Nosotros sostenemos la primera doctrina, profesada por Merlin y Dupin, procuradores generales en la corte de casación, y la que ha sido seguida por las cortes de Bélgica. Escuchemos primero los motivos aducidos durante treinta años por la corte suprema en apoyo de esta opinión, y después examinaremos las razones que la han inducido á cambiar de jurisprudencia.

Dupin ha resumido la doctrina seguida hasta el año de 1845 por la corte de casación (1). La disposición del artículo 299 es excepcional, sea cual fuere el punto de vista bajo el cual se la considere. Ella revoca de todo derecho liberalidades que por su esencia son irrevocables; revoca, además, de todo derecho liberalidades que es cierto son revocables, pero únicamente á voluntad del donante. La ley las revoca de derecho pleno en caso de divorcio. Hay aquí una nueva excepción, en el sentido de que la ley establece una pena contra el cónyuge culpable. Ahora bien, es de principio que las excepciones son de estricta interpretación, y es de principio que las penas no se extienden de uno á otro caso. Esto no es bastante para decidir la cuestión. El poderoso argumento de Merlin: «No es posible, dice, sostener seriamente que el art. 299 revoque en pleno derecho, por una disposición que se dirige tan sólo al caso de divorcio, las donaciones por contrato de matrimonio entre cónyuges separados de cuerpo. Para ex

llie, t. II, núm. 780; Duranton, t. II, núm. 629, y t. VIII, núm. 572 Farard, ou la palabra "separación entre esposos," sección II, pfo. 3 Grenier, de las *Donaciones*, t. I, núm. 220; Zachariae y sus anotadores, Masé y Vergé, t. I, p. 281, nota 9; Demante, t. I, núm. 285; Pouljol, sobre el art. 950, núm. 8; Coin-Delisle, sobre el art. 959.

1 Dalloz, "Colección periódica," 1845, I, ps. 227 y siguientes.

tender de tal modo la disposición del art. 299, se necesitaría ser legislador (1).»

¿Qué es lo que contesta la corte de casación en su sentencia de 1845? (2). Directamente, nada. ¿Cómo negar lo que es tan claro como la luz? La corte sostiene lo que Merlin juzgaba imposible sostener con seriedad, que el artículo 299 es tan aplicable á la separación de cuerpo como al divorcio. Parte del principio de que como la separación de cuerpo forma parte del título de Divorcio, y sigue inmediatamente el que rige los efectos del divorcio, las disposiciones concernientes á estos efectos deben aplicarse á la separación en tanto que son conciliables con el mantenimiento del matrimonio. La corte invoca, en apoyo de este principio, la jurisprudencia que diariamente aplican á la separación de cuerpo los arts. 301, 302 y 303 relativos al divorcio. Nosotros en todo el curso de nuestro trabajo hemos puesto en tela de juicio semejante principio; hemos establecido que el legislador, lejos de seguir la regla de analogía, se aparta á cada paso de ella, hasta cuando habría un motivo para decidir. No es posible que se nos opongan los arts. 301-303, porque hemos rechazado su aplicación á la separación de cuerpo, y porque hemos probado que los tribunales la han admitido dominados únicamente por la necesidad. Pero no se trata de nuestra opinión, sino que debemos colocarnos en el terreno de la opinión general y escuchar lo que Dupin contestó de antemano á la argumentación de la corte suprema.

La corte de casación pretende que, conforme al espíritu de la ley, porque el texto en verdad que no lo expresa, los efectos del divorcio y de la separación de cuerpo son idénticos, en todos los casos en que se concilian con el mantenimiento

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra "separación de cuerpo," título XXX, p. 443, nota 2.

2 Sentencia de 23 de Mayo de 1845 (Daloz, 1845, 1, 230).

del matrimonio. Si así fuese, el legislador jamás habría debido declarar aplicables á la separación de cuerpo disposiciones que rigen los efectos del divorcio, cuando hay lugar á aplicarlas; y también habría debido, bajo cualquier hipótesis, poner la separación en la misma categoría que el divorcio, en tanto que no hay incompatibilidad. ¿Y esto lo ha hecho? Sólo seis artículos tenemos sobre la separación de cuerpo. Pues bien, uno de esos artículos (308) reproduce la disposición del 298. ¿Si se castiga á la mujer cuando el adulterio es la causa del divorcio, no es evidente que la mujer separada de cuerpo y culpable de adulterio, debe sufrir el mismo castigo? Ciertamente que en este caso hay identidad, y la conservación del matrimonio evidentemente que no se opone al castigo de la mujer adúltera. ¿Por qué, pues, el legislador repite en el art. 308 lo que ha expresado en el 298? ¿No será porque adopta un principio diametralmente contrario al que se le atribuye? Siempre que la ley quiere extender á la separación los efectos del divorcio, así trata de expresarlo.

Así pues el art. 1441 dice que la comunidad se disuelve por el divorcio y por *la separación de cuerpo*; en seguida el art. 1451 repite, que la disolución de comunidad verificada por el divorcio ó por *la separación de cuerpo*, no abre la puerta á los derechos de supervivencia de la mujer. El art. 1518 aplica este principio á la ventaja extraordinaria otorgada por el testamento á uno de los coherederos, repitiendo de nuevo, cuando la disolución de la comunidad se verifica por el divorcio ó por *la separación de cuerpo*, no ha lugar á la liberación actual de la ventaja testamentaria. Si en todo derecho lo que se dice del divorcio se aplica á la separación de cuerpo, ¿para qué repetir siempre la frase *separación de cuerpo* después de haber hablado del divorcio?

Por otra parte, la ley no aplica á la separación de cuerpo efectos que se derivan del divorcio, por más que haya analogía. Muchos ejemplos de ello hemos ya citado en lo poco que hemos dicho sobre la separación de cuerpo. Dupín cita los arts. 386 y 767 de que acabamos de hablar. El padre divorciado pierde el usufructo legal cuando contra él se ha pronunciado el divorcio, mientras que el padre separado de cuerpo lo conserva. Los cónyuges divorciados no heredan el uno al otro, mientras que los separados de cuerpo conservan su derecho de recíproca sucesión. Hé aquí una prueba legal de que no existe la pretendida analogía que se pretende hallar entre el divorcio y la separación de cuerpo. Por el contrario, hay diferencias esenciales que no permiten trasladar á la separación lo que del divorcio se dice: sólo el legislador tiene tal derecho.

La corte de casación invoca también el espíritu de la ley. ¿Por qué esta declara frustrado al cónyuge demandado en divorcio de las ventajas que el otro le ha procurado? Esto es, dice la corte, consecuencia de las faltas del cónyuge que tiene las ventajas y de allí nace una nueva indignidad. Ciertamente que esta causa de indignidad es la misma, sea que el cónyuge ofendido pida la separación de cuerpo ó el divorcio: ¿puede concebirse que por haber elegido la separación, no disfrute de un derecho que tendría si hubiese pedido el divorcio? Este argumento se ha reproducido bajo muchas formas. Las mismas causas, dice Proudhon, deben producir los mismos efectos; la ingratitud debe privar al cónyuge separado de las ventajas que se le han creado, tanto como al divorciado; de lo contrario, colocan al cónyuge católico entre su interés y su deber, di-ciéndole su conciencia que debe conformarse con la separación de cuerpo, y exigiéndole su interés que solicite el

divorcio (1) Demolombe clama contra la inconsecuencia; ¡el cónyuge culpable será un ingrato privilegiado! ¡se le recompensará su indignidad! (2). A todos estos reproches, nos limitaríamos á contestar con Merlin: ¡Dirigíos al legislador! No se trata de lo que el legislador ha debido hacer, sino de lo que ha hecho. Y, después, de todo, ¿lo que ha hecho es tan falto de razón? Cuando hay divorcio, los cónyuges están separados para siempre, y hasta les prohíbe el código que vuelvan á unirse. Cuando hay separación de cuerpo, el legislador espera siempre que los cónyuges se reconcilien de nuevo; ésta, se dice, es una de las ventajas de la separación. Hay que cuidarse de ponerle el menor obstáculo ¿y no equivaldría á ponerlo dar á uno de los cónyuges un interés pecuniario en mantener la separación? No hay, pues, inconsecuencia en atribuir al divorcio un efecto que la separación de cuerpo no debe producir. Así, pues, no es exacto decir que en donde hay una misma causa debe haber el mismo efecto. ¿Qué se dirá de esos pretendidos católicos que pudiendo ser dóciles con su conciencia, prefieren su interés? ¡Hay que remitirlos al Evangelio, que los enseñará á desdeñar los bienes de este mundo!

Poco valor damos á estas consideraciones morales, que siempre pueden contestarse con contrarias consideraciones; se deben abandonar al legislador y volver á los textos y á los principios. La corte de casación cita un texto que, á primera vista, parece favorecer su sistema, y es el artículo 1518: este pronuncia, implícitamente por lo menos, la caducidad de la ventaja extraordinaria testamentaria contra el cónyuge culpable, en caso de separación tanto como en caso de divorcio. Este argumento ha parecido decisivo á más

1 Proudhon, *tratado sobre el estado de las personas*, t. 1<sup>o</sup>, págs. 544-546.

2 Demolombe, *Curso de código Napoleon*, t. IV, págs. 330 y siguientes, núm. 523.

de un jurisconsulto (1). El art. 1518 presupone la caducidad, se dice, más bien que introducida, lo que indica que se refiere á un principio general, es decir al art. 299. Agrégase que esta disposición responde al argumento de Merlín, siendo el mismo legislador el que extiende á la separación de cuerpo una pena que ha establecido para el divorcio, ya no es posible prevalerse del principio de que las penas son inextensibles. Dupin ha contestado de antemano á la objeción. La ventaja testamentaria no es una donación, sino una convención de matrimonio, que tiene por base la colaboración de los cónyuges; y como esta colaboración cesa tanto por la separación como por el divorcio, el art. 1518 ha debido despojar del beneficio de aquella ventaja al cónyuge por cuya culpa cesa la vida común. ¿Se puede invocar una disposición que habla de un contrato á título oneroso, para inferir un principio concerniente á las liberalidades? Esto es poco lógico. Dicese en vano que de ahí resulta un argumento *á fortiori*: para establecer penas, se necesita una cosa más que los argumentos, se necesitan textos.

La autoridad de la corte de casación fallando en tribunal pleno ha dominado á la mayor parte de las cortes de apelación. Hay, no obstante, algunas sentencias disidentes. En ellas encontramos una respuesta á ciertos argumentos invocados por la corte de casación, á los que todavía no hemos contestado. La corte suprema dice que en el antiguo derecho que el cónyuge obtenía la separación de cuerpo tenía derecho para hacer que se pronunciase la revocación de las donaciones que á su cónyuge había otorgado; que el código ha hecho suya esta regla dándole una nueva fuerza, teniendo lugar la revocación de pleno derecho en virtud del art. 299. Este argumento histórico no tendría

1 Arntz, *curso de derecho civil*, tít. 1.º, págs. 257 y siguientes, núm. 493, Demolombe, tít. IV, p. 639, núm. 537.

más valor que si la antigua jurisprudencia hubiese consagrado en todo derecho la revocación, y si los autores del código hubiesen declarado que era su voluntad conservar la separación tal cual existía en otros tiempos. Ahora bien, ninguna de estas disposiciones es cierta. El Código Napoleón ha innovado, y esta innovación no concierne al divorcio. Así, pues, el derecho antiguo no puede tener ninguna influencia en la cuestión.

La corte de casación se ha prevalecido, además, de la jurisprudencia constante que aplica á la separación de cuerpo lo que la ley dice del divorcio en lo referente á los hijos. Según nuestro modo de pensar, hay también una especie de inconsecuencia en extender los arts. 301-303 á la separación, siendo así que se rechaza la aplicación extensiva del art. 299. La corte de Douai contesta á este reproche, que se trata de medidas de orden y de administración que puede el juez extender por vía de analogía; que si los tribunales lo han hecho, es dominados por una necesidad reconocida y urgente, no permitiendo la vida escandalosa de los cónyuges dejarles la dirección de los hijos. Esta respuesta no es buena sino en una suposición: si los tribunales tienen el derecho, por el silencio de la ley, de modificar el ejercicio de la potestad paternal para mayor ventaja de los hijos. Más adelante insistiremos en esta cuestión.

La cuestión que acabamos de examinar se ha presentado en Bélgica después de la sentencia dada por la corte de casación de Francia en 1845. Fué resuelta negativamente por el tribunal de Gante; esta decisión, confirmada en apelación (1), lo ha sido también por una sentencia de denegación de la corte de casación, dada en virtud de las conclusiones conformes del procurador general M. Leclercq (2).

1 Sentencia de Gante, de 1º de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 213).

2 Sentencia de 20 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 1, 1).

La corte de Bruselas ha fallado en el mismo sentido (1). Ningún argumento nuevo se encuentra en las sentencias de las cortes de Bélgica; el debate se había agotado por prolongadas discusiones á que había dado lugar la cuestión en Francia:

355. ¿El cónyuge que ha obtenido la separación de cuerpo puede pedir la revocación, á causa de ingratitud, de las liberalidades que ha creado á su cónyuge? Según la opinión consagrada por la corte de casación de Francia, esta cuestión ya no tiene interés, supuesto que la revocación tiene lugar en virtud de la ley, y aun á pesar del cónyuge donante. En cambio, es ella muy importante en la doctrina que hemos profesado. Nosotros lo examinaremos en el título de las Donaciones: Allí está el verdadero lugar de la materia.

356. En la doctrina de la corte de casación se presenta una nueva cuestión de grande importancia. ¿Si el cónyuge demandado muriese durante la instancia, el cónyuge actor puede proseguir la instancia para obtener la revocación de las ventajas que había creado á su cónyuge? Idéntica cuestión cuando es el actor el que muere durante la instancia ¿sus herederos podrán proseguirla? Hay que plantear la cuestión de una manera más general: ¿la muerte de uno de los cónyuges antes de que el fallo se pronuncie, extingue la acción de una manera absoluta? La jurisprudencia se ha pronunciado por la afirmativa y la mayor parte de los autores profesan la misma opinión (2). Nosotros la he-

1 Sentencia de Bruselas, de 23 de Mayo de 1861 (*Pasierisia*, 1362, 2, 115).

2 Véanse los autores y las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núms. 335-337. Hay que agregar las sentencias de Ronen, de 29 de Agosto de 1863 (Dalloz, 1865, 2, 119); de París, de 5 de Abril de 1864; de Metz, de 30 de Agosto de 1864, y de Caen, de 3 de Mayo de 1864 (Dalloz, *ibid.*).

mos enseñado en materia de divorcio (núm. 217). El mismo motivo hay para decidir respecto á la separación de cuerpo. El objeto principal, esencial de la acción, es la cesación de la vida común; pues bien, la muerte hace más que relajar el vínculo, lo rompe. ¿No sería un absurdo pedir á los tribunales la facultad de vivir separadamente cuando la muerte ha puesto fin al matrimonio? Y bien, si no es posible proseguir la instancia de separación, es, por lo mismo, imposible pedir que el juez rasuelva acerca de los efectos pecuniarios de la separación de cuerpo, ¿cómo habría de haber efectos en donde no hay causa? Se ha fallado que ni siquiera podían los herederos del actor volver á emprender la instancia, bajo la forma de revocación de las ventajas nupciales por causa de ingratitud (1). En efecto, la revocación que se funda en el art. 299 no da lugar á una acción; la ley la pronuncia sin previa demanda. Un motivo de duda ha dominado á los autores, y es que en el derecho antiguo los herederos eran admitidos á reanudar la instancia, con el objeto de conseguir la revocación de las ventajas creadas al cónyuge demandado. ¿Pero por qué se procedía así? No había revocación de pleno derecho, sino una acción de revocación fundada en la ingratitud. Así, pues, la antigua jurisprudencia no puede influir en la solución de la cuestión.

Todo lo que puede pedirse es que los jueces abocados al conocimiento de la demanda puedan resolver sobre los gastos. La jurisprudencia se halla dividida. La mayor parte de las cortes estatuyen sobre los gastos en el sentido de que los compensan (2). Nosotros con la corte de Caen, (3) cree-

1 Véanse los autores antiguos citados en Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 335.

2 Sentencias de París, de 5 de Abril de 1864, de Rouen, de 20 de Agosto de 1863, y de Metz, de 30 de Agosto de 1864, Dalloz, 1865, 2, 119.

3 Sentencia de Caen, de 3 de Mayo de 1864, Dalloz, 1865, 2, 119.

mos que los tribunales no pueden ya normalizar los gastos ni decidir sobre el fondo. En efecto, el código de procedimientos quiere (art. 130) que los gastos los soporte la parte que sucumbe. Y bien, ¿cómo saber quién habría sucumbido en la instancia de separación? Para esto sería necesario continuar la instancia, y ésta se ha extinguido. Así, pues, nadie sucumbe, y, por lo mismo, no hay lugar á aplicar el art. 130.

#### *SECCION IV.—Cesación de la separación de cuerpo.*

357. La separación de cuerpo cesa en el momento en que los cónyuges están de acuerdo para restablecer la vida común. No lo dice el código, porque no necesitaba decirlo. En efecto, el fallo que pronuncia la separación de cuerpo, no condena á los cónyuges á vivir siempre separados, únicamente les da el derecho para ello. Así, pues, están en libertad para renunciar un derecho que sólo por favorecerlos se ha establecido. Lejos de que el legislador impida la reunión de los cónyuges, la desea y la espera. Por esto es que no la somete á ninguna condición. Sólo un efecto de la separación de cuerpo puede cesar en virtud de ciertas condiciones, y éste es la separación de bienes. Hé aquí por qué el código habla en el título del Contrato del matrimonio (art. 1451).

Se ha sostenido que el consentimiento del cónyuge que ha obtenido la separación, es bastante para hacerla cesar (1). No vacilamos en decir que esto es un error. El fallo pronuncia la separación de cuerpo entre los dos cónyuges. ¿Qué quiere decir esto? Que los dos cónyuges están separados de cuerpo, es decir, que cada uno de ellos tiene

1 Esta opinión tiene á su favor un buen número de autores citados en Dalloz, en la palabra *separacion de cuerpo*, núm. 407.

derecho á vivir separadamente. Y si podemos renunciar á un derecho establecido en nuestro favor, ciertamente que no podemos privar, por esta renuncia, á un tercero del derecho que le corresponde. Esto decide la cuestión. Sin duda alguna que es importante poner fin á la separación y restablecer la vida común. ¿Pero forzar á los cónyuges á reunirse, sería restablecer la comunidad de vida y de sentimientos? Singular reconciliación la que se operase á pesar de uno de los cónyuges. Que éste sea culpable, poco importa; no por eso dejan de tener derecho á vivir separados (1).

Hay, sin embargo, un caso en el cual la separación de cuerpo puede cesar á pesar de uno de los cónyuges, y, cosa singular, al esposo culpable da la ley derecho para poner fin á la separación, pidiendo el divorcio. Nosotros hemos explicado el art. 310 en el capítulo del Divorcio, (números 198, 200, 303).

358. Cuando los cónyuges se vuelven á reunir, ¿pierde la separación de cuerpo todos sus efectos? Hay que distinguir: sí, en lo que concierne á los cónyuges y á los hijos; nó, en lo concerniente á los bienes. La vida común se ha restablecido, y el matrimonio produce de nuevo todos sus efectos, por lo que el marido recobra la plenitud de la potestad marital, y el padre la plenitud de la potestad paternal. No pasa lo mismo con la separación de bienes. Es bastante, en verdad, el consentimiento de los cónyuges para restablecer la comunidad, pero fuerza es que observen las condiciones y las formas que prescribe la ley (art. 1451). Insistiremos acerca de esto en el título del Contrato de matrimonio. El restablecimiento del matrimonio no es obstá-

1 Demolombe, t. IV, p. 650, núm. 352. Marcadé, t. 1<sup>o</sup>, págs. 616 y siguientes, núm. 5 del art. 311. Zachariæ, t. III, p. 378. nota 4, edición de Aubry y Rau.

culo para que uno de los cónyuges pida la separación de cuerpo ó el divorcio, si sobreviene nueva causa por la cual la ley autorice el divorcio ó la separación. En este caso habría motivo para aplicar por analogía el art. 273, que permite hacer uso de las causas antiguas para fundar la nueva demanda, cuando la primera se ha extinguido por la reconciliación. En efecto, el restablecimiento de la vida común se ha efectuado por una reconciliación; así, pues, se pueden aplicar los principios que rigen la reconciliación; lo que el legislador ha hecho en el caso del art. 273, el intérprete puede hacerlo en todo caso, supuesto que se trata de principios generales.

