KM19
.P8
L31
v.3

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA

1020013431

A. Sánchez Fuentes

Biblioteca Particular
del Lic.
ANDRES SANCHEZ FUENTES.
Volumen No.....
Estante..... Casillero.....

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

A377

PRINCIPIOS
—DE—
DERECHO CIVIL FRANCES

POR

F: LAURENT

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GANTE

OBRA PREMIADA EN EL CONCURSO QUINQUENIAL DE LAS CIENCIAS MORALES Y POLITICAS

TOMO III.

MEXICO—1897.
BARROSO HERMANO Y COMP. (SUCESORES), EDITORES.
Puente de Monzón núm. 10.
Sucursal en Puebla: Morados núm. 11.—Apartado 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
ACERVO JURIDICO
111439
23175

BIBLIOTECA

TITULO V.

DEL MATRIMONIO.

(Continuación).

CAPITULO IV.

NULIDAD DEL MATRIMONIO.

(CONTINUACIÓN).

SECCION V.—De la prueba del matrimonio.

§ 1.° DEL ACTA DE CELEBRACION.

1. El art. 194 dice que «nadie puede reclamar el título de esposo y los efectos civiles del matrimonio, si no presenta una acta de celebración inscripta en los registros del estado civil.» Para completar el sentido de esta disposición, es necesario agregar el art. 195, según cuyos términos «la posesión de estado no puede dispensar á los pretendidos cónyuges que la invocan respectivamente, de presentar el acta de celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil.» El principio asentado por el código de Napoleón es, pues, el de que el matrimonio se aprueba con el acta que el oficial civil debe levantar inmediatamente después de haberlo celebrado (art. 75), y que la posesión de estado

no puede invocarse para suplir esta acta. ¿Qué se entiende por posesión de estado, y por qué la ley no la admite como prueba de matrimonio? El art. 319 define la posesión de estado de hijo legítimo; y la establece en una reunión suficiente de hechos que indican la relación de la filiación y de parentesco entre un individuo y la familia á la que pretende pertenecer. Esos hecho son que el individuo ha llevado siempre el nombre del padre de quien pretende ser hijo: que el padre lo ha tratado como su hijo, y provisto en calidad de tal á su educación, conservación y establecimiento; que le ha reconocido constantemente como tal en la sociedad y en la familia. Por analogía, debe decirse que la posesión de estado de esposo se funda en una reunión suficiente de hechos que indiquen que la cohabitación es el objeto de un matrimonio legal. Esos hechos son, por lo mismo, que la mujer haya llevado siempre el nombre de esposa de aquel que se dice ser su esposo, y que siempre ha sido tratada como su esposa; que el hombre por su parte haya llevado siempre el nombre de esposo de aquella que se dice ser su esposa; y que ambos hayan sido siempre reconocidos por esposos en la sociedad, y reconocidos como tales en sus familias respectivas. La ley admite la posesión de estado como prueba de la filiación de los hijos legítimos. ¿Por qué la rehusa tratándose de probar el matrimonio? Tronchet explicó las causas de esta prohiqición. «En las grandes ciudades, dice, no es raro encontrar individuos que, sin ser casados, se forman, relativamente al matrimonio, una suerte de posesión de estado, y algunas veces hasta la confirman con un contrato de matrimonio y con las cualidades que observan en los actos.» Admitir la posesión de estado como prueba de matrimonio, sería por lo mismo facilitar y alentar en cierto modo el concubinato: Cuando son los pretendidos esposos los que piden probar

su unión, hay un motivo más para desechar la posesión de estado; porque no pueden ignorar el lugar donde se casaron, y es justo por lo mismo exigir que presenten el acta que debió levantarse de la celebración de su pretendido matrimonio. (1)

2 Estándose á la letra del art. 194 se podría creer que la regla que establece no se aplica más que á los cónyuges. Sin embargo, se admite que este principio es general, y se aplica á los hijos y á todas las personas interesadas, lo mismo que á los esposos. Creemos que debe distinguirse. Si se trata de probar el matrimonio con el objeto de invocar los efectos civiles que de él se derivan, es necesario que la prueba se haga con el acta de celebración, inscripta en los registros del estado civil. Esto resulta de los principios generales sobre la prueba. El código de Napoleón contiene todo un título sobre los actos del estado civil; y quiere por lo mismo que los hechos que constituyen el estado de las personas se prueben con las actas que levantan los oficiales establecidos con este objeto. Esas actas no conciernen únicamente á las personas cuyo estado comprueban; porque están destinadas á probarlo respecto de la sociedad toda entera. Este es el motivo porque son públicos. De ahí se infiere que las actas levantadas por el oficial civil son la prueba normal y regular del estado de los hombres. No hay más excepciones de esta regla que las que la ley tiene á bien sancionar.

De esta manera, ¿cuando llega á morir uno de los pretendidos cónyuges, ó cuando se entabla un litigio entre los herederos del difunto y el supérviviente sobre la existencia del matrimonio, los herederos pueden exigir que éste pruebe, con el acta de celebración, el matrimonio que ale-

1 Sesión del Consejo de Estado, de 6 Brumario, año X (Locré, tomo II, pág. 355, núm. 20).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ga? La afirmativa no es dudosa, porque en vano diría el superviviente que el art. 195 no concierne más que á los pretendidos cónyuges, como expresa la ley; pues los herederos responderían que la causa de la ley es general y que interesa impedir que el concubinato usurpe los honores y derechos debidos al matrimonio legítimo. ¿Se quiere un argumento de texto para combatir los de los arts. 194 y 195? El 197 corta toda dificultad, porque no concede á la posesión de estado de los pretendidos cónyuges el efecto de suplir el acta de celebración, sino en el caso en que ambos han fallecido, y únicamente en favor de los hijos nacidos de su cohabitación. Esta excepción confirma la regla que no es otra sino la de que el matrimonio solamente se prueba con el acta de celebración. (1)

3. Pero si solamente se trata de probar el hecho del matrimonio sin que el estado de las personas esté en causa, entonces ya no hay lugar para que se aplique la regla establecida en el art. 194, y lo prueba el texto mismo de la ley. Cuando el *título de esposos* y los *efectos civiles* del matrimonio son el objeto del pleito, el código exige la presentación del acta inscripta en el registro del estado civil. Si simplemente se exige que se pruebe el matrimonio como hecho, ya no se está ni en los términos ni en el espíritu de la ley. Dos esposos se divorcian por consentimiento mutuo; y por los convenios prevenidos que se acordaron entre ellos, conforme al art. 280 del código de Napoleón, se estipuló que el marido pagará á la mujer una pensión que ésta dejará de percibir si vuelve á casarse. El marido divorciado sostiene que la mujer se ha vuelto á casar; pero le es imposible presentar el acta de celebración, porque ignora el lugar donde se celebró el matrimonio, y se está

1 Merlín, *Repertorio*, palabra *Matrimonio*, sec. V, pfo. 2, núm. 9 (t. XIX, pág. 460).

al juramento de la demanda. ¿El matrimonio, como un hecho, puede probarse con el juramento decisorio? La corte de Bruselas decidió que el juramento podía diferirse. Merlín aprueba esta decisión, y está fundado en principios verdaderos. En la especie, el estado de las personas no es el objeto del debate, no se trata ni del título de esposos, ni de los efectos civiles del matrimonio, sino de un simple hecho, que indudablemente debe ser comprobado con una acta; y en general, se puede pedir la presentación de ella, pero sólo en los límites de los principios generales sobre la prueba. Ahora bien, conforme á esos principios, el demandante no puede ser obligado á presentar un escrito cuando le ha sido imposible procurarse una prueba literal del hecho que alega. La ley admite entonces la prueba testimonial (art. 1,348), y á falta de testigos, hay lugar para aplicar el art. 1,358, que permite diferirse al juramento decisorio sobre alguna especie, cualquier pleito. (1)

4. ¿Del principio asentado en el art. 194, debe inferirse que se requiere para la validez del matrimonio el acta de celebración? Pothier dice que éste se perfecciona con el consentimiento que las partes otorgan en presencia de su cura antes de que se extienda el acta, y de aquí se infiere, agrega, que esta no es de la esencia del matrimonio y que no se exige sino para la prueba. De ahí infiere Pothier, que cuando es imposible probar el matrimonio con el acta de celebración, es justo recurrir á pruebas de otra naturaleza. (2) Esos principios son también los de nuestra legislación moderna. No hay disposición alguna del códi-

1 Sentencia de la Corte de Bruselas, de 20 de Enero de 1807 (Merlín, *Repertorio*, palabra *Matrimonio*, sec. V, pfo. 2, núm. 3, tomo XIX, pág. 433).

2 Pothier, *Tratado del Contrato de Matrimonio*, núm. 378.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

go que exija como condición para la validez del matrimonio el acta de celebración; y ningún artículo declara la nulidad de él por falta del acta. El silencio de la ley en materia de nulidad de matrimonio basta para decidir la cuestión y en vano se invocaría el art. 194, colocado en el capítulo de las nulidades. Este artículo no dice que el matrimonio es nulo cuando no hay acta; sino solamente que no se pueden reclamar el título de esposo y los efectos civiles del matrimonio sino presentando el acta de celebración: lo que es una cuestión de prueba y no de la validez del matrimonio. se dirá que es una disputa de palabras, no pudiendo ser reclamados los efectos del matrimonio, sino cuando haya acta, y que esto en definitiva es como si no hubiera habido matrimonio. Responderémos con Pothier que hay otras pruebas y lo dice el mismo art. 194, remitiéndose al 46. Vamos á ver cuáles son esas pruebas.

5. Hay en este punto dos clases de ideas que debe cuidarse de confundir, pues la confusión debe ser muy natural, supuesto que la jurisprudencia y la doctrina se han engañado con tanta frecuencia. Es necesario distinguir las condiciones requeridas para la validez del matrimonio, y las prescriptas para la del acta que comprueba la celebración. ¿Existen formalidades prescriptas, bajo pena de nulidad, para la celebración del matrimonio? Con anticipación respondímos á la cuestión. Entre las formalidades que deben observarse en la celebración del matrimonio, las hay que la ley sanciona con la pena de nulidad, y son las concernientes á la publicidad y á la competencia del oficial civil (art. 191). Hay otras que deben llenarse para que exista el matrimonio; cuando éste no se ha contraído ante un oficial del estado civil, cuando las partes no han declarado su consentimiento en presencia del oficial público, y cuando éste no ha pronunciado que están unidas en matrimonio, no lo hay (1). Esta doctrina está sancionada en una sentencia de la corte de casación, la cual falló que: «la declaración de las partes que comprueba su consentimiento libre y voluntario, y la del oficial del estado civil que declara, en nombre de la ley, que está formada la unión conyugal, son formalidades sustanciales, sin cuyo cumplimiento no podrá haber matrimonio.» La suprema corte infirió de ahí que si el acta extendida por el oficial civil hace mención de que se observaron esas formalidades, y que si las partes pretenden que no se llenaron, hay lugar para admitirles la prueba de falsedad; y casó una sentencia de la corte de Riom que desechó la demanda como improcedente 2).

Si se ha cumplido con las formalidades esenciales al tiempo de celebrarse el matrimonio, éste es válido, aun cuando el acta extendida por el oficial público no haga mención de ellas, ó la mención esté incompleta. Nace entónces la cuestión de saber si el acta, como tal, es válida, es decir, si puede servir de prueba. Este equivale á preguntar si la ley prescribe, para la redacción de las actas del estado civil, las formalidades que deben observarse para que el acto exista ó para que sea válido. Hemos examinado esas cuestiones en el título de las Actas del estado civil (3); y bastará por lo mismo aplicar al acta de matrimonio los principios generales que hemos asentado. La ley no declara la nulidad en esta materia, y se ha fallado que las formalidades prescritas bajo pena de nulidad por la ley de 25 ventoso, año XI sobre el notariado, son extrañas al acta de celebración del matrimonio, lo mismo que á toda

1 Véase el tomo II de mis *Principios* núm. 279.
2 Sentencia de 22 de Abril de 1833 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 567).
3 Véase el tomo II de mis *Principios*, núms. 21 y 17.

acta del estado civil (1). El código de Napoleón es el único que rige las actas destinadas á comprobar el estado de los hombres, y el Código no sanciona con la pena de nulidad las formalidades que establece.

Es distinta la cuestión de saber si hay formalidades de tal manera sustanciales que, sin su cumplimiento, no hay acta. Hemos decidido la cuestión afirmativamente. Sobre este punto reina una grande incertidumbre, tanto en la doctrina como en la jurisrpudencia. No está firmada el acta por el oficial público. En opinión nuestra, una acta no firmada por el oficial que tiene la misión de hacerla auténtica con su firma, no es una acta, ni puede por lo mismo servir para probar el matrimonio. Esto no impedirá que el matrimonio exista y sea válido, si se llenaron las con liciones prescriptas por la ley. Pero ¿cómo se probará en defecto del acta de celebración? ¿Es este el caso de aplicar el art. 46, como enseña M. Demolombe? Nos remitimos á la explicación que hemos dado de esta disposición en el título de las Actas del estado civil (2).

¿Puede servir de prueba el acta del matrimonio inscrita en una hoja suelta? Está muy debatida esta cuestión. Hay autores que enseñan que el acta inscrita en una hoja suelta tiene la misma fuerza probatoria que si estuviera inscrita en el registro del estado civil. El texto del art. 194 rechaza esta opinión, pues exige formalmente para que el conyuge pueda reclamar los efectos civiles del matrimonio, que el acta esté inscrita en los registros (3). Demante dice: que el acta de celebración extendida en una hoja suelta ser-

1 Sentencia de Tolosa de 26 de Marzo de 1824 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 447).

2 Véase el tomo II de mis *Principios*, núm. 25. Consúlteso á Demolombe, t. III, p. 328, núm. 213.

3 Ducaurroy, Bermier y Roustain, *Comentarios del código civil*, t. I, p. 213, núm. 338.

virá de principio de prueba por escrito, y que por consiguiente el matrimonio podría probarse con testigos (1). Eso es inadmisible, porque el Código asienta principios especiales sobre la prueba del matrimonio; y desde luego las reglas generales establecidas en el título de las obligaciones nó pueden aplicarse en esta materia. Esto es mezclar y confundir principios de una naturaleza del todo diferente. De esta manera, según los términos del art. 1348, siempre que no haya sido posible al acreedor procurarse una prueba literal de la obligación contraida para con él, se le admite probarla con testigos. ¿Se dirá que en virtud de esta disposición, á cualquier tercero se le admitirá probar el matrimonio con testigos? No, es necesario dejar allí el título de las Obligaciones, que arregla los intereses pecuniarios, mientras que el matrimonio es esencialmente de órden público. En materia de matrimonio no hay acreedor ni deudor, hay esposos ó terceros que pretenden que se celebró un matrimonio. Y bien, la ley quiere que presenten el acta de celebracion inscrita en los registros. ¿Cuál, es, pues, el efecto del acta extendida en una hoja suelta? No es una acta, es un delito. Veremos al instante la acción que de ahí resulta en beneficio de los cónyuges (art. 198) (2).

6. El art. 196 dice: «cuando hay posesión de estado y se ha presentado *el acta de celebración* del matrimonio ante el oficial del estado civil, los cónyuges no son respectivamente inadmisibles para pedir la nulidad de *esta acta*.» Esta disposición dió lugar á numerosas dificultades. Se pregunta si se aplica á la nulidad del matrimonio. Merlin dice muy bien que el texto responde á la cuestión. El

1 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 382, núm. 277, *bis*.

2 Véase el tomo II de mis *Principios*, núm. 24. Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 355

artículo dice formalmente que se trata del *acta de celebración*, que *esta acta* no pueden atacarla los cónyuges cuando hay posesión de estado. La parte final de no admitir, no se dirige por lo mismo á la acción de nulidad del matrimonio, ni aun en razón de fondo (1). Marcadé completó esta demostración y le fué suficiente para ello copiur los arts. del 194 al 197. ¿De qué tratan esas disposiciones? Se encuentran, en verdad, en el capítulo intitulado: *De las demandas de nulidad de matrimonio;* pero la clasificación defectuosa adoptada por los autores del Código Civil, no puede alterar los textos ni cambiar su sentido. Ahora bien, ¿qué dice el art. 149? Que no se puede reclamar el título de cónyuge, si no se presenta una acta de celebración inscrita en el registro del estado civil. Se trata por lo mismo de probar que un matrimonio se ha celebrado; y también el artículo agrega: *salvo en los casos previstos en el art. 46*. ¿Cuáles son esos *casos*? Cuando no existen registros ó se han perdido, *puede probarse* el matrimonio tanto por los documentos emanados del padre y de la madre difuntos, como por testigos. ¿Hay otra prueba? Aquí distingue la ley: los cónyuges no pueden alegar la posesión de estado, dice el artículo 195, para eximirse de presentar *el acta de celebración;* mientras que los hijos pueden invocar la posesión de estado, y si la tienen, no se puede, dice el art. 197, disputar su legitimidad con el único pretexto de falta de presentación del *acta de celebración*. Sin embargo, la posesión de estado produce un efecto entre esposos, y este es el de que no son admisibles á pedir la nulidad del *acta de celebración*. ¡Siempre el *acta!* ¡Siempre una cuestión de *prueba!* Viene por último el art. 198, que pronuncia la palabra decisiva: la *prueba* de una

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, sección IV, § 2, art. 184, cuestión 5ª (t. XIX, p. 515).

celebración legal del matrimonio puede adquirirse por el resultado de un procedimiento criminal. Luego, en todos esos artículos, comprendiéndose en ellos el nuestro 196, no se trata sino de la *prueba de celebración de matrimonio;* ¿y qué es lo que tiene de común la *prueba* con la *validez del matrimonio* (1)?

Merlin asentó que el art. 196 es extraño á la nulidad del matrimonio. ¿Se osaría sostener, dice que á los esposos no se les permitiría atacar un matrimonio nulo por causa de incesto, porque hubiera una acta de celebración y posesión de estado? Y sin embargo, tal sería la consecuencia del art. 196, si quisiera aplicarse á las nulidades de fondo. Con toda la jurisprudencia y la mayor parte de los autores confunden la nulidad del acta de celebración con la nulidad del matrimonio, y Merlin ha caido en la misma confusión (2).

La Corte de Casación ha admitido esta errónea interpretación; pero, cosa notable, su fallo dá testimonio contra la doctrina que consagra, por que altera el texto. "Atendido, dice la Corte que el art. 196 del Código Civil declara no deber aceptarse á demandar la *nulidad de su matrimonio* á los esposos que tienen una acta de celebración y posesión de estado conforme á este título (3)." No, la ley no dice esto; el art. 196 habla de la nulidad del *acta de celebración;* ahora bien, el *acta* puede ser nula, y válido, sin embargo, el *matrimonio*. Puesto que la Corte Suprema consagra la confusión que acabamos de señalar, creemos deber insistir sobre esta materia, á fin de restablecer los verdaderos principios.

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 503, art. 196, núm. 1. Consúltese á Duranton, t. II, p. 107, núm. 252.

2 Ved las cuestiones sobre el art. 196 en el *Repertorio* en la palabrara *matrimonio*, sección VI, § 2 (t. XIX, t 529 y siguientes).

(3) Sentencia de 25 de Febrero de 1839 (Dalloz, en la palabra *matrimonio* núm. 527.

Demolombe y Dalloz después dan de lleno la confusión. "Desde que una acta cualquiera de celebración existe, dice Demolombe pedir la nulidad de esta *acta* ¿no equivale á pedir también la nulidad del *matrimonio* (1)? ¡Cómo la nulidad en un escrito importa la nulidad derecho jurídico que está destinado á probar! ¿Pedir la nulidad del escrito que comprueba una venta, es pedir la nulidad de la venta misma? ¿No es un principio elemental en materia de prueba, que el escrito puede ser nulo sin que lo sea también el hecho jurídico? Otra cosa sucede, á no dudarlo, en los contratos llamados solemnes; la nulidad del acta de donación importa la nulidad de la donación misma. Así, en esta clase de contratos, se dice con toda verdad, que pedir la nulidad del acta, es pedir la nulidad de la donación. Pero el Código no sigue estos principios en materia del matrimonio. La celebración de éste es solemne: pero el acta redactada por el Oficial público no es un acto solemne. Nuestro art. 196 mismo lo prueba, puesto que supone que el acta otorgada por el Oficial público es nula. ¿Se deducirá de aquí que el matrimonio es nulo? Lejos de esto, él no permite ni aun pedir la nulidad del escrito, cuando hay posesión de estado; luego la nulidad del acta no importa la nulidad del matrimonio, luego no se puede aplicar á este los principios que rigen las donaciones; luego pedir la nulidad del acta de celebración, no es pedir la nulidad del matrimonio.

Si el art. 196 se aplicara al fondo, sería preciso decir que la nulidad resultante del incesto y de la bigamia se cubre por la posesión apoyada en una acta de celebración doctrina monstruosa que nadie osa sostener. Pero si el art. 196 no se aplica á todos los casos de nulidad, queda por sa-

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón* t. III, p. 516, núm. 318.

ber á qué nulidades se le puede aplicar. Se responde que hay que aplicarlo á la nulidad procedente de falta de publicidad ó de la incompetencia del oficial Civil (1). ¿Sobre qué se funda esta distinción, y que autoriza á los autores ha introducirla en la ley? La distinción es arbitraria desde el punto de vsta de los textos, y no tiene razón de ser. En vano se dice que el art. 196 se refiere al art. 193, pero los textos dan un mentís á esta interpretación, solo imaginada por las necesidades de la causa. ¿De qué habla el art. 193? De la nulidad del matrimonio, fundada sobre la clandestinidad. ¿De qué habla el art. 196? De la nulidad del *acta* redactada por el oficial público. ¿Qué relación hay entre estas dos disposiciones? Ninguna. Ni aun se puede invocar el lugar que ellas ocupan en el Código; porque á partir del art. 194, comienza una materia nueva, la de la prueba del matrimonio, y la prueba no tiene nada de común con la validez del acto.

7. El art. 196 debe, pues, ser limitado á la nulidad del acta de celebración, es decir á la nulidad resultante de la inobservancia de las formas prescritas por la ley. Pero aquí se presento una nueva dificultad? ¿Cuáles son las formas cuya inobservancia importa la nulidad del escrito redactado por el oficial público? Se responde que no existen, y que, por tanto, el art. 196 no puede jamás recibir aplicación; lo que equivaldría á decir que no tiene sentido (2). Esto es grave y de ser verdad lo que se dice, se veria uno tentado de dejar allí el texto, para agruparse á la opinión que acabamos de combatir. Es cierto que la inobservancia de las formas prescritas por el Código de Napoleón para la redacción de las actas del estado civil no es sancionada por la la nulidad; pero la doctrina admite, y es nuestra opinión,

1 Dalloz, según Demolombe, en la palabra *Matrimonio*, núm. 526.
2 Mourlon, *Repeticiones* t. I, p. 356 y nota.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que hay formas requeridas para la existencia misma de estas actas tales son la firma del oficial público y la inscripción sobre un registro. ¿No se podría aplicar el art. 196 á estas hipótesis? La Corte de Casación lo ha hecho. Un matrimonio había sido celebrado en el Brasil, ante el Cura, según la ley del país. El Cura redactó una acta de celebración; pero no la firmó ni la inscribió sobre el registro. Lo mismo sucedió con todas las actas de matrimonio otorgadas en la época por el mismo ministro del culto. Vino después un nuevo Cura; el Obispa le ordenó que firmase todas las actas que habían quedado irregulares, y clasificase por sus fechas en forma de registros. Del acta así regularizada se produjo testimonio delante de la Corte de París. El acta fué atacada, porque no llevaba la firma del Cura que, según se decía, había celebrado el matrimonio, pués no se mencionaba en ella ni aun su nombre. La Corte decidió que era de aplicarse el art. 196, porque el matrimonio, realmente celebrado, tenía en su favor una larga posesión de estado. Habiéndose interpuesto casación, se falló que el art. 196 debe ser aplicado en todos los casos en que el acta es nula, cualesquiera que sean los vicios de forma que la infectan, porque la posesión de estado los cubre á todos (1).

Hay una objeción contra esta interpretación. Se podría decir que una acta sin firma, ni inscrita sobre un registro, es más que nula, por que es inexistente, y que los actos de esta especie no pueden producir ningún efecto (art. 1131). La objeción está fundada, en el rigor de los principios; pero no lo está sobre los textos, ni en el espíritu de la ley. En efecto, esta es general, como lo nota la Corte de Casación; el art. 196 habla de la nulidad del acta de celebración, sin distinguir entre la nulidad propiamente dicha y

1 Sentencia de 26 de Julio de 1865 (Dalloz, *Recopilación Periódica* 1865, I 493).

la inexistencia del acto. Esta distinción no se halla consagrada por ningún texto en materia de actas del estado civil, por lo cual debe creerse que es puramente doctrinal. Resulta sobre la discusión sobre el título: *de las Actas del Estado Civil,* que los autores del Código han supuesto que podría haber causas de nulidad. Se puede, pués, decir con la Corte de Casación que la falta de firma es uno de estos casos, y que tal nulidad queda cubierta por la posesión de estado.

§ II. DE LA POSESION DE ESTADO.

8. La regla establecida por el art. 194 tiene muchas excepciones: desde luego los casos previstos por el art. 46, que hemos ya explicado (1). El art. 197 consigna una segunda excepción en provecho de los hijos. Cuando son éstos los que piden probar la celebración del matrimonio de sus padres, la ley se muestra menos severa que respecto de los esposos, que no pueden jamás invocar la posesión de estado, mientras que la ley permite á los hijos prevalerse de ella, cuando sus padres han muerto. ¿Cuál es la razón de este favor? Los cónyuges, dice Portalis, no pueden razonablemente ignorar el lugar en que han celebrado el acto más importante de su vida; pero, después de su muerte, todo cambia. [Al contrario, hijos, frecuentemente abandonados desde su primera edad por los autores de sus dias, ó trasportados á lejanos países, no conocen, ó al menos no pueden conocer lo que ha pasado antes de su nacicimiento. ¿Cuál será su recurso? La jurisprudencia no los condena á la desesperación, puesto que los admite á probar que los autores de sus dias vivian como esposos y teniau la pose-

1 Ved el tomo II de mis *Principios*, p. 62 y siguientes, núms. 43 á 53.

que hay formas requeridas para la existencia misma de estas actas tales son la firma del oficial público y la inscripción sobre un registro. ¿No se podría aplicar el art. 196 á estas hipótesis? La Corte de Casación lo ha hecho. Un matrimonio había sido celebrado en el Brasil, ante el Cura, según la ley del país. El Cura redactó una acta de celebración; pero no la firmó ni la inscribió sobre el registro. Lo mismo sucedió con todas las actas de matrimonio otorgadas en la época por el mismo ministro del culto. Vino después un nuevo Cura; el Obispa le ordenó que firmase todas las actas que habían quedado irregulares, y clasificase por sus fechas en forma de registros. Del acta así regularizada se produjo testimonio delante de la Corte de París. El acta fué atacada, porque no llevaba la firma del Cura que, según se decía, había celebrado el matrimonio, pués no se mencionaba en ella ni aun su nombre. La Corte decidió que era de aplicarse el art. 196, porque el matrimonio, realmente celebrado, tenía en su favor una larga posesión de estado. Habiéndose interpuesto casación, se falló que el art. 196 debe ser aplicado en todos los casos en que el acta es nula, cualesquiera que sean los vicios de forma que la infectan, porque la posesión de estado los cubre á todos (1).

Hay una objeción contra esta interpretación. Se podría decir que una acta sin firma, ni inscrita sobre un registro, es más que nula, por que es inexistente, y que los actos de esta especie no pueden producir ningún efecto (art. 1131). La objeción está fundada, en el rigor de los principios; pero no lo está sobre los textos, ni en el espíritu de la ley. En efecto, esta es general, como lo nota la Corte de Casación; el art. 196 habla de la nulidad del acta de celebración, sin distinguir entre la nulidad propiamente dicha y

1 Sentencia de 26 de Julio de 1865 (Dalloz, *Recopilación Periódica* 1865, I 493).

la inexistencia del acto. Esta distinción no se halla consagrada por ningún texto en materia de actas del estado civil, por lo cual debe creerse que es puramente doctrinal. Resulta sobre la discusión sobre el título: *de las Actas del Estado Civil,* que los autores del Código han supuesto que podría haber causas de nulidad. Se puede, pués, decir con la Corte de Casación que la falta de firma es uno de estos casos, y que tal nulidad queda cubierta por la posesión de estado.

§ II. DE LA POSESION DE ESTADO.

8. La regla establecida por el art. 194 tiene muchas excepciones: desde luego los casos previstos por el art. 46, que hemos ya explicado (1). El art. 197 consigna una segunda excepción en provecho de los hijos. Cuando son éstos los que piden probar la celebración del matrimonio de sus padres, la ley se muestra menos severa que respecto de los esposos, que no pueden jamás invocar la posesión de estado, mientras que la ley permite á los hijos prevalerse de ella, cuando sus padres han muerto. ¿Cuál es la razón de este favor? Los cónyuges, dice Portalis, no pueden razonablemente ignorar el lugar en que han celebrado el acto más importante de su vida; pero, después de su muerte, todo cambia. [Al contrario, hijos, frecuentemente abandonados desde su primera edad por los autores de sus dias, ó trasportados á lejanos países, no conocen, ó al menos no pueden conocer lo que ha pasado antes de su nacicimiento. ¿Cuál será su recurso? La jurisprudencia no los condena á la desesperación, puesto que los admite á probar que los autores de sus dias vivian como esposos y teniau la pose-

1 Ved el tomo II de mis *Principios*, p. 62 y siguientes, núms. 43 á 53.

sión de su estado.» Hay que añadir que la doble posesión que los hijos invocan, no es obra suya; no se puede, en consecuencia, ni sospechar que se han creado un título ellos mismos. Tales consideraciones justifican la excepción que la ley reconoce en favor de estos seres; sin embargo ellas no son decisivas, porque otros parientes y aun los extraños podrían igualmente invocar la imposibilidad en que están de presentar el acta de celebración, ya que también dirían, con verdad, que ignoran el lugar en que el matrimonio se celebró; y sin embargo la ley no les permite prevalerse de la posesión de estado. Es, pués, una disposición de favor establecida en el interés de los hijos; puede dar lugar á error, es posible que la doble posesión de estado no sea la expresión de la verdad; pero la legitimidad de los hijos es tan digna de favor que el legislador ha preferido reconocer como legítimos hijos que no lo son, á colocarlos á todos en la imposibilidad de probar su estado, porque no tienen actas inscritas sobre los registros.

9. ¿Bajo qué condiciones gozan los hijos de este favor? Es necesario desde luego que *ambos* padres hayan muerto, dice el art. 197. Si uno de ellos vive todavía, los hijos pueden saber por él en qué Municipalidad fué celebrado el matrimonio, por consiguiente no hay ya razón para dispensarlos de presentar el acta de celebración. Hay sin embargo un caso en que surge la duda: el superstite contradice al hijo. Evidentemente, entonces el hijo se halla en la misma imposibilidad que si sus dos padres hubiesen muerto. ¿Se reconocerá esta excepción á la ley, admitiendo al hijo á probar legitimidad por la posesión de estado, aunque uno de los su pretendidos esposos viva todavía? No, porque no pertenece al intérprete el derecho de crear excepciones, la ley acuerda un favor al hijo, pero es bajo las condiciones que ella determina; cuando estas condiciones no se cumplen, el hijo no puede invocar el beneficio de la ley. Hay una sentencia de la Corte de Tolosa en este sentido (1). Se ha objetado que semejante sistema ponía al hijo á merced de un padre desnaturalizado. La Corte responde que la objeción es pura dirigida al legislador, quien de dos males ha escogido el menor. Sin duda, puede suceder que un padre sea bastente desnaturalizado para repudiar á su hijo; pero podría también suceder que un aventurero invocase la posesión de estado para reclamar á aquel á que no tiene ningún derecho; si la prueba de testigos procediese; habría peligro de sorpresa. He aquí por que el legislador quiere que por regla general el hijo presente el acta de matrimonio, y sería tan inconveniente como poco jurídico extender la excepción que por favor admite la ley, cuando no hay imposibilidad legal de procurarse el acta.

10. ¿Qué debe decidirse si los padres ó el superstite se hallan ausentes, ó en estado de demencia? Merlin hace, en este caso, el mismo razonamiento que acabamos de exponer. El art. 197 dice: "*Sin embargo* existen hijos nacidos de dos individuos que han vivido públicamente como marido y esposa, ambos ya difuntos." ¿Que significa la palabra *sin embargo*? Creemos que ella indica claramente una excepción, destinada á modificar, en favor de los hijos, la regla en virtud de la cual el matrimonio debe probarse por el acta de celebración. Esta excepción depende de muchas condiciones especificadas con cuidado siendo una de ellas que *ambos* padres hayan *muerto*. Luego si el padre ó la madre vive todavía en el momento en que se entabla el litigio sobre la legitimidad de los hijos, la excepción cesa, y estos caen bajo la regla general; por consiguiente no

1 Sentencia de 24 de Julio de 1826, (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 422).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pueden probar el matrimonio sino por el acta de celebración (1). Hay dos sentencias en este sentido (2).

La cuestión es muy dudosa, y preferimos la opinión contraria que sustentan Duranton y Demolombe (3). Se puede decir desde luego que la ley prevee el caso que se presenta de ordinario, la muerte de ambos padres; pero sin extender á excluir los otros casos en que habría tabimen imposibilidad para el hijo de saber por sus padres el lugar donde el matrimonio se celebró. Confesamos que esta razón no responde suficientemente al argumento de Merlin. Estamos en una materia excepcional, luego todo debe ser de rigurosa interpretación. El adagio es verdadero; pero no hay que exajerarlo; se dan casos en que la excepción misma forma una especie de regla en el sentido de que ella se deriva de un principio general (4). ¿Cuál es el principio de que hace aplicación el art. 197 al caso de muerte? Cuando el hijo tiene á sus padres, debe producir el acta de celebración de su matrimonio, porque puede saber por ellos dónde su unión fué celebrada. Esto supone que los padres pueden manifestar su voluntad; pero si están ausentes ó se encuentran en estado de enagenación mental, ¿cómo el hijo sabrá por ellos el lugar donde se casaron? Hay aquí una imposibilidad legal, tan grande como la que resulta de al muerte. Luego el hijo debe tener el derecho de invocar el beneficio de la ley, en caso de ausencia ó de demencia, lo mismo que en el caso de muerte. Esto no es extender la excepción, sino aplicarla.

1 Merlin, *Repertorio* en la palabra *Legitimidad*, sección 1, § 2, cuestión II, (t. XVII, p. 357).

2 Sentencia de Tolosa de 24 de Junio de 1820, de Paris de 23 de Febrero de 1822, (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 333, 2°, y 312).

3 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. 2, p. 211, núm. 255.—Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. 3, p. 576, núm. 396.

4 Ved el tomo 1° de mis *Principios*, núm. 277, p. 353.

A primera vista se podría creer que hay contradicción entre esta decisión y la que hemos admitido en el caso en que el superstite de los padres es el adversario del hijo. Pero no, ambos casos difieren notablemente. Cuando el padre vive y es capaz de manifestar su voluntad, el hijo no puede ya decir que está en la imposibilidad legal de distinguirse á él, mientras que si se encuentra en esa imposibidad, cuando el padre está ausente ó demente lo mismo que cuando ha muerto.

11. La segunda conclusión éxijida por el art. 197, es que «el hijo haya nacido de dos individuos que han vivido públicamente como marido y esposa,» es decir, que aquellos de quienes se pretende el hijo legítimo tengan la posesión de estado matrimonial. En esto precisamente consiste el favor que la ley le acuerda. ¿Cuándo hay posesión de estado matrimonial? Es una cuestión de hecho que los tribunales decidirán según las circunstancias de la causa (1). Es necesario, además, que el hijo pruebe que él también tiene la posesión de estado de hijo legítimo. Sobre este último punto hay una pequeña dificultad de texto: «Siempre, dice el art. 197, que esta legitimidad esté probada por *una posesión de estado* á la cual no contradiga el acta de nacimiento.» La ley no dice formalmente que se trate de la posesión de estado del hijo; los términos *una posesión de estado* podrían en rigor aplicarse á los padres. Sin embargo, no hay duda que la ley exije una doble posesión de estado; desde luego la de los padres, y de ella se habla al principio del art. 197; después la del hijo, de que se trata al fin del mismo texto. Merlin establece este punto con un verdadero lujo de ciencia (2). Nos parece que el texto no

1 Ved las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 252.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Legitimidad*, sección I, § 2, cuestión VIII (t. XVII, p. 375).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

da lugar á ninguna duda seria, porque una posesión de estado, que puede ser contradicha por el acta de nacimiento, no puede ser sino la posesión de estado del hijo. La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en esta materia, y si Merlin no hubiera agitado la cuestión, apenas mereceria que nos ocupásemos de ella. Se explica fácilmente por que la ley se muestra tan rigurosa; hay que fiarse lo menos posible de la posesión de estado matrimonial, porque frecuentemente es la obra del padre; se quiere, pues, que esté confirmada por la posesión de estado del hijo; si esta doble prueba no impide el peligro, hay que confesar que al menos lo disminuye mucho.

12. Se pregunta ¿cómo el hijo probará su posesión de estado? Desde el punto de vista de los principios, la cuestión es complexa. La posesión de estado del hijo legítimo es definida por el art. 321, y se compone de un conjunto de hechos cuya prueba debe ser hecha por el hijo, prueba que por tratarse de hechos puros y simples, puede consistir en testigos. A creer á Portalis, bastará que el hijo presente su acta de nacimiento, si en ella es calificado de legítimo. Es este un error evidente, en el cual importa insistir, siquiera sea para demostrar que los trabajos preparatorios del Código no son un evangelio. «Basta, dice Portalis, que la posesión de estado de los padres esté enunciada en el acta de nacimiento de los hijos; esa acta es su título. Es en el momento de esa acta cuando la patria los ha marcado con el sello de sus promesas; bajo la fe de esa acta ellos han existido siempre en el mundo; con esa acta pueden presentarse y hacerse reconocer; esa acta comprueba su nombre, su origen, su familia; esa acta, en fin, les da una ciudad y los pone bajo la protección de las leyes de su país. . . Su destino ha quedado irrevocablemente fijado por el acta inscrita en los registros que la ley misma ha

establecido para comprobar el estado de los ciudadanos y ser, por explicarlo así, en el orden civil el libro de los destinos» (1).

Merlin dice que cuesta trabajo creer que Portalis haya profesado esta doctrina en la tribuna del Cuerpo legislativo; supone que hay un error que sólo podrá explicarse por la ceguera casi completa del autor. Pero el pensamiento aparece tan diluido, que es difícil atribuirlo á cualquier equívoco. Siempre resulta, pues, que la opinión expresada en la Exposición de Motivos está en oposición con el texto del art. 197 y con los principios más elementales del derecho. El Código exije imperiosamente la prueba de una doble posesión de estado, aun cuando haya una acta de nacimiento. Sin duda ella es la prueba por excelencia de la filiación de los hijos legítimos; pero es necesario que el matrimonio de sus padres esté probado, y cuando no lo está por el acta de celebración, la ley quiere que lo esté por una doble posesión de estado. La jurisprudencia y la doctrina son unánimes en este punto (2).

13. El art. 197 exije además una tercera condición. Es necesario que «la posesión de estado no sea contradicha por el acta de nacimiento.» Se pregunta si el hijo debe presentar una acta de nacimiento. El texto no lo exije y el intérprete no puede establecer condiciones que la ley no prescribe para el ejercicio de un derecho. En el caso, esto no consiente la menor duda. El proyecto decía: «Siempre *una acta de nacimiento apoyada en la posesión de estado*, prueba la legitimidad.» Por manera que los autores del Código querían que el hijo tuviese una acta de naci-

1 Exposición de Motivos, núm. 55 (Loeré, t. II, p. 394).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Legitimidad*, sección I, § 2 cuestión VI (t. XVII, p. 369). La jurisprudencia está uniforme. Ved las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 320.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

miento, apoyada en la posesión de estado; pero esta redacción no fué admitida y se la reemplazó por otra que quiere solamente que la posesión de estado no sea contradicha por el acta de nacimiento. El cambio es radical. No se necesita, pues, acta de nacimiento, sino que basta que ella si existe, no contradiga la posesión de estado. La interpretación que seguimos está en armonía con el espíritu de la ley. ¿Por qué se dispensa al hijo de la presentación del acta de matrimonio? Porque puede ignorar el lugar donde sus padres se han casado, como ignora también el lugar en donde ha venido al mundo. El hijo no está, pues, obligado á presentar su acta de nacimiento por sólo el hecho de que sus padres hayan muerto. Si el adversario del hijo sostiene que la posesión de estado aparece en contradicción con el acta de nacimiento, es á él á quien toca presentarla. Habría contradicción si el acta expresase que el hijo es natural; pero no la habría si se limitase á decir que el hijo ha nacido de padres desconocidos (1).

14. ¿Cuál será el efecto de la prueba que el hijo presente de la doble posesión de estado, prescrita por el art. 197? La ley dice que «su legitimidad no podrá ser negada bajo el *solo pretexto* de falta del acta de celebración.» Merlin deduce de aquí que el hijo tiene en su favor una *presunción* de legitimidad. La palabra es repetida por Demolombe y por la jurisprudencia (2). ¿Es exacta? La ley no la pronuncia, y á decir verdad, no puede tratarse en esto de una verdadera presunción. La hay, en términos generales, cuando de un hecho conocido la ley saca una consecuencia

1 Valette sobre Proudhon, *Tratado del estado de las personas*, t. II, p. 72, nota.—Zacharias, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 187, nota 12, y los autores citados por Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 330.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Legitimidad*, sección II, § 2, cuestión 9 (t. XVII, p. 380).—Demolombe, t. III, p. 586, núm. 406.

relativa á un hecho desconocido (art. 1,349). En el caso, el legislador no procede por vía de razonamiento, pues admite al hijo á probar su legitimidad por la posesión de estado, siendo naturalmente el resultado de la prueba que la legitimidad del hijo quede establecida. ¿Estará ella al abrigo de toda denegación? El art. 197 dice que la legitimidad puede ser puesta en duda, pero no bajo el solo *pretexto* de falta de presentación del acta de celebración. Esto quiere decir que la prueba por posesión de estado hace las veces para el hijo, de una acta de matrimonio. Ahora bien, ésta puede ser combatida por cualquiera prueba contraria; se puede sostener que el matrimonio es nulo ó inexistente.

Se pregunta: ¿qué clase de prueba es admisible? Puesto que la ley no contiene ninguna disposición especial á este respecto, hay que decidir que la prueba se producirá según los principios generales. La posesión de estado se prueba por testigos. Según el derecho común, las presunciones son admisibles cuando la prueba testimonial lo es. Se sigue de aquí que el adversario del hijo podrá proponer presunciones graves, precisas y concordantes para combatir la posesión de estado (art. 1,353). Los principios generales tienen en esta materia toda su aplicación, puesto que se trata de probar hechos. Demelombe rechaza las presunciones, pero sin dar motivos en apoyo de su opinión, y después añade, que es fácil comprender por qué pertenece á los Magistrados, en realidad, apreciar el carácter y la fuerza de las diferentes pruebas que pueden ser producidas (1). Este sistema defiende el sí y el no en un mismo punto. La ciencia del derecho exije más rigor y precisión. Si es ver-

1 Demelombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 585, núm. 405.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dad que la ley rechaza las presunciones, hay que mantener la regla que establece y decir que los Tribunales no tienen el derecho de admitirlas. Sin duda, les pertenece un cierto poder de apreciación en materia de pruebas; pero este poder no vá hasta poder recibir una que la ley rechaza.

15. La jurisprudencia ha consagrado una doctrina mucho más favorable al hijo (1). Parte del principio formulado por Merlin, de que el art. 197 establece una presunción de legitimidad en provecho del hijo; de que la presunción puede, ciertamente, ser combatida por una prueba contraria; pero esta prueba debe ser directa y decisiva, sin que pueda consistir en otras presunciones oponibles á las de la ley. Merlin apoya esta doctrina sobre la autoridad de D'Aguesseau y de Voet (2). Pero para que se pueda recurrir á los antiguos principios, es necesario probar que el Código los ha mantenido. Suponiendo, lo que no admitimos, que el art. 197 cree una verdadera presunción, habría lugar á aplicar la regla que admite la prueba contraria; ahora bien, el art. 1,352, que autoriza la prueba contra las presunciones legales, no limita estas pruebas, y por lo mismo las admite todas, bajo las condiciones determinadas por la ley, y esto excluye la doctrina enseñada por Merlin. Además, la presunción no es sino un simple razonamiento. ¿Por qué no se podría combatir por pruebas legales un razonamiento fundado sobre probabilidades? En el caso, la presunción es, se dice, que hay matrimonio. ¿Qué quiere decir esto? Es probable que haya matrimonio, pero es posible también, y ha sucedido más de una vez que, á pesar de la doble posesión de estado, no lo haya. ¿Por qué no permitir la prueba? La jurisprudencia la admite, pero exije que sea directa; por ejemplo, dice la Corte de París, la prueba de la celebración de otro matrimonio de cada uno de los padres, ó de uno de ellos, con otra persona. En verdad que, cuando una tal prueba existe, el hijo no puede ya prevalerse del art. 197; la probabilidad cede á la certidumbre resultante de una acta auténtica (1). Pero ¿es necesaria, de toda necesidad, esta prueba directa y auténtica? Sería ir más allá de la ley, y á fuerza de favorecer la legitimidad, llegaríamos á favorecer el concubinato (2). La Corte de Lyon y la de Casación han aplicado el art. 197 en un caso en que había un contrato de matrimonio celebrado ante Notario, y además posesión de estado. Todos los parientes declaraban que la promesa de matrimonio no había sido realizada (3). Estos casos se presentan todos los días, se dice, en las grandes ciudades, y hé aquí por qué se hace bien al rechazar la posesión de estado como prueba del matrimonio. La ley la admite en favor de los hijos; pero no hay que llevar la indulgencia hasta el exceso; de lo contrario, el concubinato se convertirá en la prueba del matrimonio, con sólo que se tenga cuidado de dar una apariencia de legitimidad á relaciones culpables.

Un otro caso, había habido un matrimonio religioso celebrado por el ministro protestante, en virtud de una circular del Ministro de Justicia, según la cual los extranjeros que se quisieran casar en Francia, podían hacerlo según las las leyes de su país. Esta acta de celebración fué presentada; sin embargo, la Corte de París y la de Casación decidieron que era de aplicarse el art. 197. El matrimonio era evidentemente nulo, en otros términos, estaba demostrado

1 Sentencia de París de 18 de Diciembre de 1837, (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 580, 1º)

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *legitimidad*, sección I, § 2, número 9.

1 El caso se ha presentado. Ved una sentencia de Donai, de 8 de Mayo de 1845, (Dalloz, 1845, 2, 163).

2 Es la opinión de Foullier, (t. II, núm 878).

3 Sentencia de la Corte de Casación de 8 de Mayo de 1810, (Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 320, 2º)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que los pretendidos esposos, á los ojos de la ley, habían vivido en concubinato. ¿No debía esta prueba destruir lo que se llama la presunción de legitimidad, resultante del art. 197? No, dijo la Corte de París, porque el acta irregular de celebración del matrimonio no prueba que los esposos no hayan reparado el vicio original, celebrando su matrimonio por ante el oficial del estado civil (1). Es verdad que la prueba no es absoluta; pero se trata de saber si la probabilidad de que ha habido matrimonio no es destruida por la presentación de una acta que las partes interesadas, extranjeras, debían creer válida, en presencia de una circular emanada del Ministerio de Justicia. Ciertamente la presunción resultante de la celebración del matrimonio en estas circunstancias era más fuerte que la pretendida presunción del art. 197. Esto supuesto, ¿no había que aplicar el texto mismo de este artículo, que implica que la posesión de estado alegada por el hijo puede ser combatida?

Un caso absolutamente singular se ha presentado ante la Corte de Burdeos. Se contrajo el matrimonio, en presencia de dos familias, ante un Notario; después los pretendidos esposos celebraron su matrimonio religioso, y vivieron como marido y mujer, gozando sus hijos de la posesión de estado. Sin embargo, al proceder á un segundo matrimonio, el marido califica de hijo natural al que había tenido de su primer matrimonio, el cual era evidentemente nulo. Esta declaración, emanada del padre ¿no probaba que el vicio del primer matrimonio no había sido reparado; y que, por consiguiente, la posesión de estado aparente ocultaba un verdadero concubinato? La Corte, sin embargo, aplicó el art. 197 al hijo nacido de este concubinato (1). Aun aceptando la doctrina de Merlin y la jurisprudencia, se puede sostener que en el caso había una prueba directa de la inexistencia del matrimonio; esa prueba resultaba del acta otorgada por ante Notario, combinada con la declaración del padre mismo cuando su segundo matrimonio. Así se ha decidido, en un caso análogo, por la Corte de París. Había posesión de estado de los espos y posesión de estado del hijo; pero, por un lado, esa posesión no pareció bastante caracterizada, y por el otro, aparecía destruida por una acta en que la madre calificaba á su hijo de natural. En nuestra opinión, esta sentencia consagra la verdadera doctrina (2), y es conforme á las enseñanzas de Toullier (3).

1 Sentencia de París de 18 de Diciembre de 1837, (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 590, 1°), y sentencia de la Corte de Casación de 11 de Agosto de 1841, (Dalloz, en la palabra *paternidad*, número 323).

§ III. DE LA PRUEBA RESULTANTE DE UN PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

16. El arta. 198 dice que la prueba de una celebración legal del matrimonio puede hallarse en el resultodo de un procedimionto *criminal*. ¿Cómo debe entenderse esta expresión? La palabra *criminal* es siuónima de *penal*; se aplica, pues, á toda especie de contravención punible con una pena. Un procedimiento criminal puede suministrar la prueba de que un matrimonio se celebró. Así, supóngase que el acta de celebración ha sido destruida ó falsificada (4). El autor del crimen es perseguido, el hecho queda establecido; se prueba que un matrimonio fué celebrado, y una acta redactada por el oficial público; pero que esta acta fué destruida ó falsificada por el acusado. En este caso, la

1 Sentencia de Burdeos de 28 de Enero de 1835, (Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 327).

2 Sentencia de París de 18 de Mayo de 1816, (Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 328).

3 Toullier, *Derecho Civil Francés*, t. II, núm. 878, p. 107.

4 Código Penal belga, arts. 537, 194-196.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que los pretendidos esposos, á los ojos de la ley, habían vivido en concubinato. ¿No debía esta prueba destruir lo que se llama la presunción de legitimidad, resultante del art. 197? No, dijo la Corte de París, porque el acta irregular de celebración del matrimonio no prueba que los esposos no hayan reparado el vicio original, celebrando su matrimonio por ante el oficial del estado civil (1). Es verdad que la prueba no es absoluta; pero se trata de saber si la probabilidad de que ha habido matrimonio no es destruida por la presentación de una acta que las partes interesadas, extranjeras, debían creer válida, en presencia de una circular emanada del Ministerio de Justicia. Ciertamente la presunción resultante de la celebración del matrimonio en estas circunstancias era más fuerte que la pretendida presunción del art. 197. Esto supuesto, ¿no había que aplicar el texto mismo de este artículo, que implica que la posesión de estado alegada por el hijo puede ser combatida?

Un caso absolutamente singular se ha presentado ante la Corte de Burdeos. Se contrajo el matrimonio, en presencia de dos familias, ante un Notario; después los pretendidos esposos celebraron su matrimonio religioso, y vivieron como marido y mujer, gozando sus hijos de la posesión de estado. Sin embargo, al proceder á un segundo matrimonio, el marido califica de hijo natural al que había tenido de su primer matrimonio, el cual era evidentemente nulo. Esta declaración, emanada del padre ¿no probaba que el vicio del primer matrimonio no había sido reparado; y que, por consiguiente, la posesión de estado aparente ocultaba un verdadero concubinato? La Corte, sin embargo, aplicó el art. 197 al hijo nacido de este concubinato (1). Aun aceptando la doctrina de Merlin y la jurisprudencia, se puede sostener que en el caso había una prueba directa de la inexistencia del matrimonio; esa prueba resultaba del acta otorgada por ante Notario, combinada con la declaración del padre mismo cuando su segundo matrimonio. Así se ha decidido, en un caso análogo, por la Corte de París. Había posesión de estado de los espos y posesión de estado del hijo; pero, por un lado, esa posesión no pareció bastante caracterizada, y por el otro, aparecía destruida por una acta en que la madre calificaba á su hijo de natural. En nuestra opinión, esta sentencia consagra la verdadera doctrina (2), y es conforme á las enseñanzas de Toullier (3).

1 Sentencia de París de 18 de Diciembre de 1837, (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 590, 1°), y sentencia de la Corte de Casación de 11 de Agosto de 1841, (Dalloz, en la palabra *paternidad*, número 323).

§ III. DE LA PRUEBA RESULTANTE DE UN PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

16. El arta. 198 dice que la prueba de una celebración legal del matrimonio puede hallarse en el resultodo de un procedimionto *criminal*. ¿Cómo debe entenderse esta expresión? La palabra *criminal* es siuónima de *penal*; se aplica, pues, á toda especie de contravención punible con una pena. Un procedimiento criminal puede suministrar la prueba de que un matrimonio se celebró. Así, supóngase que el acta de celebración ha sido destruida ó falsificada (4). El autor del crimen es perseguido, el hecho queda establecido; se prueba que un matrimonio fué celebrado, y una acta redactada por el oficial público; pero que esta acta fué destruida ó falsificada por el acusado. En este caso, la

1 Sentencia de Burdeos de 28 de Enero de 1835, (Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 327).

2 Sentencia de París de 18 de Mayo de 1816, (Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 328).

3 Toullier, *Derecho Civil Francés*, t. II, núm. 878, p. 107.

4 Código Penal belga, arts. 537, 194-196.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sentencia que impone la pena, atestigua al mismo tiempo la celebración del matrimonio. El fallo será inscrito sobre los registros del estado civil y hará las veces del acta que ha sido suprimida ó falsificada.

El art. 198 tiene también aplicación, cuando el oficial público inscribió el acta de celebración sobre una hoja volante (Cod. Pen. art. 263). Una hoja volante no es una acta. Las partes interesadas no tienen sino un medio legal de procurarse una prueba del matrimonio: perseguir al oficial del estado Civil é inscribir la sentencia sobre los registros. Se podía objetar que el art. 198 supone un *crimen*, pues habla de un procedimiento *criminal*. Pero la objeción no tendrá ningún valor. La distinción legal entre los crímenes, los delitos y las contravenciones no ha sido introducida sino por el Codigo Penal de 1810, siendo absolutamente desconocida, cuando la publicación del Codigo Civil. Si quedara una duda acerca de esto, se desvanecería por la discusión. El proyecto preveía únicamente el caso de la inscripción del acta del matrimonio sobre una hoja volante; el texto fué generalizado hasta comprender todo procedimiento intentado con motivo de cualquiera infracción de una ley penal. Es de toda evidencia, por lo demás, el sentido general del art. 198; las partes interesadas no deben sufrir por la contravención, ni por el delito ó crimen, que se les arrebate la prueba de un matrimonio realmente celebrado (1).

El art. 200 dice: "Si el *oficial público* ha muerto al descubrirse el *fraude*." ¿Quiere esto decir que las partes interesadas no pueden invocar el beneficio del art. 198, sino cuando la infracción ha sido cometida por el *oficial del estado civil?* La ley así interpretada no tendría sentido. ¿Qué importa a las partes interesadas quien sea el culpable?

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 589, núm. 409.

La ley habla del *oficial público*, porque de ordinario es él el autor de la infracción; es, pues, enunciativa y no restrictiva, y es lo primero también, al hablar del *fraude*. Puede no haber fraude alguno, ni aún intención de dañar. El oficial civil que redacta el acta de matrimonio sobre una hoja volante; no es culpable, en general, sino de negligencia. Sin embargo, no es menos verdadero que ha contravenido á la ley y que puede ser perseguido; por consiguiente, la sentencia que lo condenare, hará veces de acta.

17. ¿Por quién la acción puede ó debe ser intentada? Toda infracción de una ley penal da lugar á dos acciones: la acción pública, que tiene por objeto la imposición de la pena, es ejercida, en general, por el Ministerio Público; la acción civil, que tiende á la reparación del daño cuando por el delito, es entablada por las partes interesadas. Cuando se trata de un crimen propiamente dicho, la parte ofendida solamente puede querellarse y constituirse parte civil, si el Ministerio Público persigue; mientras que, si se trata de un delito ó de una contravención, la parte ofendida puede deducir su acción ante el tribunal de represión. Tales son los principios del derecho común. ¿Han sido derogados por el Código Civil? La cuestión no carece de dificultades. Todos los autores lamentan la mala redacción de los arts. 198 á 200. Nos parece que una mala redacción no puede prevalecer sobre las reglas esenciales que rigen la acción pública y la acción civil, á menos que el legislador las hubiera derogado formalmente. Veamos sobre que recae la derogación.

El art. 199 parece no dar acción al Ministerio Público, sino cuando los esposos ó uno de ellos han muerto, sin haber descubierto el «fraude.» Este texto dice, en efecto, que en este caso «la acción criminal puede ser intentada por el

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

procurador imperial.» ¿Debe inferirse de esto que el Ministerio Público no puede obrar en vida de ambos esposos? No podría comprenderse la ley siendo así interpretada. ¿Por qué la acción pública quedaría en suspenso por el silencio de las partes interesadas? ¿Se concibe que un crimen quede impune por que no place á las partes interesadas querellar e? Esto sucede á veces por razones particulares. En el caso ¿hay una sombra de razón para suspender la acción del Ministerio Público en tanto que los dos esposos vivan, para abrirla cuando uno de ellos muera? Es, pues, imposible que la palabra *sí* exprese aquí una condición La ley prevee el caso ordinario. Cuando los esposos tienen conocimiento del delito que les quita la prueba de la celebración del matrimonio, se apresurarán á querellarse ó á obrar ellos mismos. Después de su muerte ó de la de uno de ellos, surgen nuevos intereses y es al Ministerio Público á quien corresponde tomar la iniciativa. Pero de que las cosas pasen ordinariamente así ¿vamos á deducir que el Ministerio Público no puede perseguir á un falsario ó al mismo oficial civil que ha inscrito todas sus actas sobre hojas volantes, porque las partes interesadas, negligentes é ignorantes nada hacen?

El Ministerio Público obra, pues, cuando quiere. ¿Tiene la acción civil? No; esta acción, dice el Código de instrucción criminal, se ejercita por aquellos que han sufrido el daño causado por el crimen (art. 1). En esto hay, sin embargo, una derogación formal del derecho común. "Si el oficial público, dice el art. 200, ha muerto cuando el descubrimiento del fraude, la acción será dirigida en lo civil contra sus herederos por el procurador imperial, en presencia de las partes interesadas y mediante su denuncia." Así, en este caso, la parte civil denuncia, y el Ministerio Público

obra en lo civil. Es una disposición absolutamente excepcional. ¿Cuál es su motivo? El legislador ha temido que hubiese conclusión entre los derechos del culpable y los demandantes para obtener la prueba de un matrimonio que jamás hubiera existido. La colusión es de temerse de parte de los herederos que no son punibles, sino en los daños y perjuicios; pero no es de suponerse de parte del oficial civil que tiene que defender su honor.

18. ¿Cuándo y por qué vía las partes interesadas pueden obrar? No hay ninguna dificultad en cuanto á los esposos, quienes pueden obrar desde que tienen conocimiento de la infracción. Pueden obrar directamente mientras el culpable vive; después de su muerte, deben limitarse á denunciar el hecho al Ministerio Público, quien obrará, en lo civil, en la presencia suya. Así lo expresan los arts. 199 y 200. Pero ¿qué decidir en orden á las otras partes interesadas? Si nos atenemos á los términos del art. 199, se debe decir que, en vida de los esposos, ellos solos pueden obrar, que la acción de las otras partes interesadas no se abre sino "cuando los esposos ó uno de ellos han muerto sin haber descubierto el fraude." Esta opinión es enseñada por excelentes autores, que invocan no sólo él texto, sino también el espíritu de la ley. En tanto que los esposos viven, dicen, ellos sólos tienen derecho de obrar, porque su interés domina y absorve el interés de los terceros. Si los esposos se callan, hay que creer que no existe matrimonio. (1) Esta explicación nos parece poco satisfactoria, pues desde luego supone que el Ministerio Público no puede obrar en vida de los esposos, lo que es inadmisible. Desde entonces el artículo no puede ya ser interpretado en un sentido res-

1 Marcadé, *Curso Elemental*, t. I, p. 512, art. 199, núm 3.—Zachariæ, t. III, p. 225, pfo. 452.—Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 435.

trictivo. Además, la razón que se da para justificar el art. 199, no explica por qué las partes interesadas pueden obrar cuando uno de los esposos ha muerto, ¿no se puede decir del esposo supérstite lo que se dice de los dos cónyuges, ó sea que su interés absorbe el de las otras partes interesadas? Si el art. 199 permite la acción á todos los interesados, á la muerte de uno de los esposos, ¿no será porque la ley supone que, en vida de los dos esposos, no hay otra parte interesada por ellos, mientras que si uno muere sus herederos tienen interés en obrar? El espíritu de la ley será, pues, abrir la acción desde que nace un interes cualquiera. Desde entonces es necesario permitir también la acción en vida de ambos esposos, si, por excepción, existe un interés antes de su muerte. Esta interpretación concilia el texto con los principios generales; allí donde hay un derecho, un interés que vigilar, debe haber también una acción. No se puede admitir que la ley niegue la acción en justicia, sino en el caso en que la rehuse en términos formales.

El art. 199 suscita también otra dificultad, pues parece subordinar la acción de las partes inseresadas y del Ministerio Público á la condición de que los esposos ó uno de ellos hayan muerto *sin haber descubierto el fraude*. Respecto de esto, todo el mundo está de acuerdo para decir que no se puede tomar el texto al pie de la letra. En efecto, así la ley no tendría sentido, y basta para probarlo, recordar que los esposos pueden obrar contra el oficial del estado civil que ha inscripto el acta de matrimonio sobre una hoja volante. En este caso, como no hay *fraude*, de atenernos á la letra del art. 199, sería preciso decir que ni el Ministerio Público ni las partes interesadas pueden obrar. Para dar un sentido á la ley, es necesario comenzar por sustituir la palabra *delito* á la palabra *fraude*. Pero esto

no basta. Supóngase que los esposos hayan muerto, conociendo el delito y sin haber obrado. ¿Se deducirá de aquí que el Ministerio Público y las partes interesadas ya no podrían obrar? Esto es imposible, porque no tiene sentido. Se está, pues, de acuerdo en decir que los términos de la ley son explicativos. (1) Si la acción de las partes interesadas es siempre admisible después de la muerte de los esposos, hayan estos conocido ó no el delito ¿por qué no lo sería durante su vida? Y si se deben interpretar en un sentido explicativo las palabras: *sin haber descubierto el fraude*, ¿por qué no entender toda la frase de la misma manera? (2)

Queda una dificultad: ¿ante qué jurisdicción las partes interesadas intentarán su acción? Ellas pueden constituirse parte civil ante los tribunales criminales. Pero ¿pueden deducir su acción ante los tribunales civiles? Tal es el derecho común que aquí debe tener toda su aplicación, como en todos los casos en que la ley no lo deroga expresamente. Podemos prevalernos del texto de los arts. 198 y 199 para sostener que esa derogación no existe. En el art. 198 se trató de un procedimiento criminal; el art. 199 dice que la acción criminal puede ser intentada por todos aquellos que tienen interés, y el 200 parece decir que la acción no será entablada en lo civil sino cuando el autor del delito haya muerto. Pero contestamos: Sí, regularmente las cosas pasan de este módo. ¿Inferiremos que nunca las partes interesadas pueden obrar en lo civil durante la vida de los esposos ó después de su muerte? No; la palabra acción criminal, en el art. 199, se aplica á dos categorías de personas: las partes interesadas y el Ministerio Público. ¿Se rata de éste? Es evidente que su acción es deducible antes

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, pág. 592, número 412.

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. I, pág. 360.

los tribunales criminales; pero si las partes interesadas obran, pueden intentar la acción que nace del crímen, sea como partes civiles ante los tribunales criminales, sea ante los civiles; en un sentido lato, su acción es criminal, porque nace de un crimen. En el sentido estricto de la palabra, la acción que nos ocupa no es criminal, porque dichas partes interesadas no pueden perseguir el crímen como tal. Esto brueba qne la expresión no debe ser tomada en este sentido. (1)

19. El art. 198 dice que "la inscripción de la sentencia sobre los registros del estado civil asegura el matrimonio, á contar desde el dia de su celebración, todos los efectos civiles, tanto respecto de los esposos, como de los hijos nacidos de él." Hé aquí todavia una mala redacción, según la cual parece que si un procedimiento criminal prueba que un matrimonio fué celebrado, se halla al abrigo de todo ataque. De seguro que no es esto lo que el legislador quiso decir. ¿De qué se trata? De las pruebas del matrimonio. Ahora bien, este acto debe probarse regularmente por una acta de celebración, inscripta sobre los registros del estado civil. Por excepción, puede probarse por un procedimiento criminal, cnyo resultado será, por lo mismo, no asegurar todos los efectos civiles al matrimonio, sino establecer que se celebró y que la prueba ha sido destruida, lo que quiere decir que la sentencia hará veces de acta.

Se presenta aquí una última dificultad. ¿Respecto de quién esta sentencia hará fe? ¿Solamente respecto de aquellos que han sido partes en litigio, ó también respecto de terceros en general? A primera vista, se estaria tentado de responder, como lo hacen muchos autores, que haciendo la sentencia veces de acta, debe tener la misma fuerza

1 La doctrina está dividida. Ved á Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm, 437.

probatoria que ésta; ahora bien, las actas del estado civil hacen fe ante la sociedad entera. Por esto es, en nnestra opinión, razonar mal; la ley no hace esta asimilación y los principios se rechazan. Si la sentencia ha sido pronunciada en lo civil, hay que aplicar los principios que rigen la cosa juzgada, y las sentencios no tienen efecto sino entre las partes; ninguno, respecto de terceros ni en su provecho. No se puede, pues, decir que la sentencia tiene la misma fuerza probatoria que el acta. ¿Qué importa que aquella sea inscripta sobre los registros del estado civil? Esta inscripción no transforma la sentencia en acta. Aquella sentencia queda, y sometida como tal, á las reglas de la cosa juzgada. Hay alguna duda, cuando la sentencia ha sido pronunciada por un tribunal criminal. Se podria decir que ha sido pronunciada en nombre de la sociedad, y que por tanto debe de hacer fe respecto de todos. Sin duda, hace fe respecto de todos, en tanto que comprueba la exitstencia de un delito y que aplica una pena. Pero en cuanto trata sobre intereses civiles, debe ser regida por los principios que gobiernan la cosa juzgada. Luego en todas las hipótesis, la sentencia no hará fe sino entre las partes. (1)

SECCION VI.—De los matrimonios contraidos en el extranjero.

§ 1.º PRINCIPIOS GENERALES.

20. Los franceses pueden contraer matrimonio en el extranjero. ¿Están sometidos á condiciones especiales? Según el art. 170, hay que distiuguir entre las formas requeridas para la celebración y las condiciones intrínsecas. En cuanto á las formas, el código dice que el matrimonio con

1 Demolombe, t. III, pág. 599, núm. 419.—Valette, *Explicación del libro* 1º, pág. 114.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

los tribunales criminales; pero si las partes interesadas obran, pueden intentar la acción que nace del crímen, sea como partes civiles ante los tribunales criminales, sea ante los civiles; en un sentido lato, su acción es criminal, porque nace de un crimen. En el sentido estricto de la palabra, la acción que nos ocupa no es criminal, porque dichas partes interesadas no pueden perseguir el crímen como tal. Esto brueba qne la expresión no debe ser tomada en este sentido. (1)

19. El art. 198 dice que "la inscripción de la sentencia sobre los registros del estado civil asegura el matrimonio, á contar desde el dia de su celebración, todos los efectos civiles, tanto respecto de los esposos, como de los hijos nacidos de él." Hé aquí todavia una mala redacción, según la cual parece que si un procedimiento criminal prueba que un matrimonio fué celebrado, se halla al abrigo de todo ataque. De seguro que no es esto lo que el legislador quiso decir. ¿De qué se trata? De las pruebas del matrimonio. Ahora bien, este acto debe probarse regularmente por una acta de celebración, inscripta sobre los registros del estado civil. Por excepción, puede probarse por un procedimiento criminal, cnyo resultado será, por lo mismo, no asegurar todos los efectos civiles al matrimonio, sino establecer que se celebró y que la prueba ha sido destruida, lo que quiere decir que la sentencia hará veces de acta.

Se presenta aquí una última dificultad. ¿Respecto de quién esta sentencia hará fe? ¿Solamente respecto de aquellos que han sido partes en litigio, ó también respecto de terceros en general? A primera vista, se estaria tentado de responder, como lo hacen muchos autores, que haciendo la sentencia veces de acta, debe tener la misma fuerza

1 La doctrina está dividida. Ved á Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm, 437.

probatoria que ésta; ahora bien, las actas del estado civil hacen fe ante la sociedad entera. Por esto es, en nnestra opinión, razonar mal; la ley no hace esta asimilación y los principios se rechazan. Si la sentencia ha sido pronunciada en lo civil, hay que aplicar los principios que rigen la cosa juzgada, y las sentencios no tienen efecto sino entre las partes; ninguno, respecto de terceros ni en su provecho. No se puede, pues, decir que la sentencia tiene la misma fuerza probatoria que el acta. ¿Qué importa que aquella sea inscripta sobre los registros del estado civil? Esta inscripción no transforma la sentencia en acta. Aquella sentencia queda, y sometida como tal, á las reglas de la cosa juzgada. Hay alguna duda, cuando la sentencia ha sido pronunciada por un tribunal criminal. Se podria decir que ha sido pronunciada en nombre de la sociedad, y que por tanto debe de hacer fe respecto de todos. Sin duda, hace fe respecto de todos, en tanto que comprueba la exitstencia de un delito y que aplica una pena. Pero en cuanto trata sobre intereses civiles, debe ser regida por los principios que gobiernan la cosa juzgada. Luego en todas las hipótesis, la sentencia no hará fe sino entre las partes. (1)

SECCION VI.—De los matrimonios contraidos en el extranjero.

§ 1.º PRINCIPIOS GENERALES.

20. Los franceses pueden contraer matrimonio en el extranjero. ¿Están sometidos á condiciones especiales? Según el art. 170, hay que distiuguir entre las formas requeridas para la celebración y las condiciones intrínsecas. En cuanto á las formas, el código dice que el matrimonio con

1 Demolombe, t. III, pág. 599, núm. 419.—Valette, *Explicación del libro* 1º, pág. 114.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

traido en país extranjero entre franceses y entre francés y extranjero, será válido si ha sido celebrado en las formas usadas en el país. Se enseña de ordinario que esta disposición es una aplicación del principio establecido por el art. 47; en los términos del cual "toda acta del estado civil de los franceses y de los extranjeros, otorgada en país extranjero, hará fe si ha sido redactada en las formas usadas en dicho país." (1) A decir verdad, es ésta una extensión más bien que una aplicación del principio. El adagio *locus regit actum* se refiere á las *actas*, es decir, á los escritos otorgados para comprobar un hecho jurídico; no se aplica, pues, sino al acta que el oficial público escribe después de haber celebrado el matrimonio. La celebración misma es un hecho diferente del acta, lo cual es tan verdadero, que hay países donde la celebración del matrimonio no es comprobada por escrito. Pero habrá la misma razón para aplicar al hecho de la celebración el principio que rige la forma de los escritos. Tal es el objeto del art. 170.

Se pregunta si los futuros esposos, cuando ambos son franceses, pueden contraer matrimonio ante los agentes diplomáticos de los Cónsules. Hemos enseñado la afirmativa en el título de las Actas del estado civil. Tal es, en efecto, la opinión general. Hay, sin embargo, una razón para dudarlo. El art. 170 no menciona á los agentes diplomáticos, y el 48 que se invoca, no concierne sino á las actas del estado civil propiamente dichas, es decir, á los escritos. Hay, pues, una laguna en la ley. ¿El intérprete puede colmarla por analogía? En estos términos debe ser propuesta la cuestión. Persistimos en creer que los agentes diplomáticos pueden celebrar el matrimonio de los franceses. Competentes en cuanto al acta de celebración en virtud del art. 48,

1 Lo hemos dicho nosotros también en el tomo II, núm. 11.

los son por lo mismo también para el hecho de celebración, que el acta tiene por objeto comprobar. En otros términos, tratándose de estos funcionarios, el hecho jurídico y el escrito se confunden. Sin embargo, hubiera sido muy regular decirlo, porque la competencia de los agentes diplomáticos en materia de estado civil es excepcional, y como tal debería haber sido definida por la ley.

21. El art. 170 añade: "Con tal de que hayan precedido las publicaciones prescriptas por el art. 63." Esta disposición es especial y excepcional. Las publicaciones pertenecen á las formalidades requeridas para la celebración del matrimonio. Puesto que ésta es regida por la ley del país donde la unión es contraída, el legislador había debido referirse á la ley extranjera en lo que concierne para las publicaciones. ¿Por qué entonces querer que las publicaciones sean hechas en Francia? La publicidad del matrimonio es uno de los principios esenciales de nuestra legislación; las publicaciones tienen principalmente por objeto llevar el proyecto de matrimonio á conocimiento de todos aquellos á quienes interese oponerse á él y prevenir un matrimonio contrario á la ley. Por esta razón el código exije que el matrimonio, aunque contraído en el extranjero, tenga publicidad en Francia. En este sentido, la disposición del art. 170 es especial y excepcional. La publicidad de la celebración es regida por la ley del país donde el matrimonio se contrae; es siempre la ley extranjera la que decidirá si las publicaciones deben ser hechas en el extranjero; pero en todo caso debe haberlas en Francia. El matrimonio debe, pues, ser publicado en Francia, antes de poder ser celebrado en el extranjero. El legislador francés se reserva solamente el elemento de la publicidad. Resulta de esto que las publicaciones tienen más grande importancia para los matrimonios contraídos en el extranjero que para los cele-

brados en Francia. Cuando los futuros esposos se casan en Francia, su unión tiene una publicidad de hecho y de derecho independiente de las publicaciones; mientras que si se casan en el extranjero y no hacen publicaciones en Francia, su matrimonio será frecuentemente clandestino. En este sentido se puede decir que las publicaciones son de la esencia de los matrimonios contraídos en el extranjero.

22. El art. 170 quiere que el matrimonio sea precedido de las publicaciones prescriptas por el art. 63. Esta última disposición no dice dónde deben hacerse las publicaciones. El código arregla esta materia en los arts. 166 á 168. ¿Es necesario que las publicaciones se hagan conforme á estos artículos? Tal es la opinión general, que se funda sobre el texto y el espíritu de la ley. El art. 63, al cual remite el código de 1870, dice solamente lo que se entiende por publicaciones ó como deben hacerse; vienen después los arts. 166 á 168 que organizan el principio; remitir al art. 63, es, pues, remitir implícitamente á los arts. 166 á 168. Esto es tan verdadero que, de no aplicarlos á los matrimonios celebrados en el extranjero, no se sabría dónde deben hacerse las publicaciones prescriptas por el art. 170. El espíritu de la ley no deja lugar á duda. Ella quiere que el matrimonio contraído en el extranjero tenga publicidad en Francia; ahora bien, el único medio de hacerlo público, es proceder á las publicaciones, luego es necesario multiplicarlas, más bien que restringir su número.

Se pregunta si las publicaciones prescriptas por el art. 170 deben ser hechas siempre en Francia. Según el texto de la ley, la cuestión no puede ni aun ser propuesta, porque aquel es general y no consiente la menor excepción.

Es verdad que en el consejo de Estado se dijo que si los futuros esposos estaban establecidos desde largos años en el extranjero, sin haber conservado ninguna habitación en

Francia, no estaban obligados á hacer aquí publicaciones, á menos que fuesen menores, pues entonces debían hacerse en el domicilio de aquellos bajo cuyo poder se encontrasen. Pero no habiendo sido consagrados por el código estas afirmaciones, creemos que no hay que hacer ninguna cuenta de ellas. Las publicaciones deben hacerse siempre. Hay, sin embargo, una excepción que resulta de la fuerza de las cosas. Si los futuros esposos no tienen ya ni residencia de hecho, ni domicilio de derecho en Francia, y si son además mayores de edad en cuanto al matrimonio, las publicaciones se harían imposibles, porque no se sabría en qué lugar deben hacerse. (1)

23. El proyecto del código sometido á las deliberaciones del consejo de Estado contenía la siguiente disposición: "Sin embargo, el matrimonio contraído en país extranjero, entre franceses, no será válido sino en tanto que, antes de la celebración, una de las partes contratantes residiera allá desde seis meses." Esta disposición había sido propuesta por muchas cortes, principalmente por la de Bruselas, con el objeto de impedir la celebración del matrimonio en el extranjero, cuando las partes no tuvieran allí ni una residencia de algunos días. La disposición fué suprimida, como inútil, á propuesta del primer Cónsul. Las publicaciones deben hacerse siempre en Francia, si los futuros esposos han conservado aquí su residencia y su domicilio. Ahora bien, el objeto del legislador es dar publicidad al matrimonio en Francia, lo cual se consigue por las publicaciones. En cuanto al lugar donde el matrimonio puede ó debe celebrarse, cuando es contraído en el extranjero, pertenece evidentemente á la ley extranjera decidirlo, pues esto no interesa á la publicidad del matrimonio en Francia, siendo

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, pág. 336, número 221.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

para ello incompetente el legislador francés. Tal es también la opinión general. (1)

24. El art. 170 prescribe, además, otra condición para los matrimonios contraídos en el extanjero: dice que el matrimonio será válido con tal de que los futuros esposos, si son franceses no hayan contravenido á las disposiciones del art. 1° que prescribe las cualidades y condiciones necesrias para poder contraer matrimonio. Entre estas condiciones, hay una que no constituye sino un impedimiento prohibitivo: los actos respetuosos. Siendo generales los términos del art. 170, hay que decidir que los franceses que contraen matrimonio en el extranjero, deben pedir el consejo de sus ascendientes, aun cuando las leyes del país donde se casan, no exijan esta formalidad. Así nos parece indudable, y tal proceder sería de derecho, aun cuando el art. 170 no lo exigiera. En efecto, este texto legal no hace sino aplicar al matrimonio el principio establecido por el art. 3: "las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas rigen á los franceses, aun cuando residan en el país extranjero."

El capítulo 1°, al cual remite el art. 170, no habla de las formalidades relativas á la celebración del matrimonio, que es el objeto del capítulo 2°. Cuando el matrimonio entre franceses se celebra en el extranjero, es naturalmente la ley extranjera la que determina las formalidades que se deben observar para la celebración.

Es, pues, esta ley también la que debe decidir si el matrimonio se celebrará publicamente. Pero entonces aunque la ley extranjera no prescribiese la publicidad, los futuros esposos están obligados á hacer público su matrimonio en Francia por medio de las amonestaciones.

25. Surge ahora la cuestión sobre cuál es la sanción del art. 170. Cuando los futuros esposos han contravenido á

1 Dalloz, *Repertorio* en la palabra *Matrimonjo*, núm. 390.

una disposición del capítulo 1°, prescripta bajo pena de nulidad, entonces no hay ninguna duda; el matrimonio será nulo. Es una consecuencia evidente del pincipio establecido por el art. 3 del código civil respecto del estatuto personal. Pero entre estas disposiciones hay una que no está prescripta bajo pena de nulidad. Si los futuros esposos se casan en Francia, sin pedir el consejo de sus ascendientes por actos respetuosos, el matrimonio es, sin embargo, válido; ¿será nulo, si se casan en el extranjero con menosprecio del art. 151?

Una cuestión análoga se presenta para las publicaciones. En cuanto á las formalidades que deben ser observadas en el extranjero para la celebración del matrimonio, no hay dificultad. El matrimonio es contraído ante un agente diplomático; la ley francesa deberá ser observada, y, por consiguiente, la cuestión de validez del matrimonio se decidirá por el código civil. Si es el oficial extranjero quien ha celebrado el matrimonio, se seguirá la ley extrajera. Pero ¿qué decir de las publicaciones que, según el art. 170, deben hacerse en Francia? Si el matrimonio es celebrado en Francia, no será nulo por falta de publicaciones. (1) ¿Será nulo, si ha sido contraído en el extranjero, con menosprecio de los arts. 170 y 63? La cuestión es controvertida y dudosa.

§ II. SANCION DEL ART. 170.

26. A primera vista, se está tentado de creer que el texto del art. 170 decide las cuestiones que acabamos de proponer. El texto dice en efecto. "El matrimonio contraído en país extranjero *será válido, con tal de que* haya sido precedido de las publicaciones prescriptas por el art. 63, y que el francés no haya contravenido á las disposiciones contenidas

1 Ved el tomo II de mis Principios, pág. 606, núm. 478.

para ello incompetente el legislador francés. Tal es también la opinión general. (1)

24. El art. 170 prescribe, además, otra condición para los matrimonios contraídos en el extanjero: dice que el matrimonio será válido con tal de que los futuros esposos, si son franceses no hayan contravenido á las disposiciones del art. 1° que prescribe las cualidades y condiciones necesrias para poder contraer matrimonio. Entre estas condiciones, hay una que no constituye sino un impedimiento prohibitivo: los actos respetuosos. Siendo generales los términos del art. 170, hay que decidir que los franceses que contraen matrimonio en el extranjero, deben pedir el consejo de sus ascendientes, aun cuando las leyes del país donde se casan, no exijan esta formalidad. Así nos parece indudable, y tal proceder sería de derecho, aun cuando el art. 170 no lo exigiera. En efecto, este texto legal no hace sino aplicar al matrimonio el principio establecido por el art. 3: "las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas rigen á los franceses, aun cuando residan en el país extranjero."

El capítulo 1°, al cual remite el art. 170, no habla de las formalidades relativas á la celebración del matrimonio, que es el objeto del capítulo 2°. Cuando el matrimonio entre franceses se celebra en el extranjero, es naturalmente la ley extranjera la que determina las formalidades que se deben observar para la celebración.

Es, pues, esta ley también la que debe decidir si el matrimonio se celebrará publicamente. Pero entonces aunque la ley extranjera no prescribiese la publicidad, los futuros esposos están obligados á hacer público su matrimonio en Francia por medio de las amonestaciones.

25. Surge ahora la cuestión sobre cuál es la sanción del art. 170. Cuando los futuros esposos han contravenido á

1 Dalloz, *Repertorio* en la palabra *Matrimonjo*, núm. 390.

una disposición del capítulo 1°, prescripta bajo pena de nulidad, entonces no hay ninguna duda; el matrimonio será nulo. Es una consecuencia evidente del pincipio establecido por el art. 3 del código civil respecto del estatuto personal. Pero entre estas disposiciones hay una que no está prescripta bajo pena de nulidad. Si los futuros esposos se casan en Francia, sin pedir el consejo de sus ascendientes por actos respetuosos, el matrimonio es, sin embargo, válido; ¿será nulo, si se casan en el extranjero con menosprecio del art. 151?

Una cuestión análoga se presenta para las publicaciones. En cuanto á las formalidades que deben ser observadas en el extranjero para la celebración del matrimonio, no hay dificultad. El matrimonio es contraído ante un agente diplomático; la ley francesa deberá ser observada, y, por consiguiente, la cuestión de validez del matrimonio se decidirá por el código civil. Si es el oficial extranjero quien ha celebrado el matrimonio, se seguirá la ley extrajera. Pero ¿qué decir de las publicaciones que, según el art. 170, deben hacerse en Francia? Si el matrimonio es celebrado en Francia, no será nulo por falta de publicaciones. (1) ¿Será nulo, si ha sido contraído en el extranjero, con menosprecio de los arts. 170 y 63? La cuestión es controvertida y dudosa.

§ II. SANCION DEL ART. 170.

26. A primera vista, se está tentado de creer que el texto del art. 170 decide las cuestiones que acabamos de proponer. El texto dice en efecto. "El matrimonio contraído en país extranjero *será válido, con tal de que* haya sido precedido de las publicaciones prescriptas por el art. 63, y que el francés no haya contravenido á las disposiciones contenidas

1 Ved el tomo II de mis Principios, pág. 606, núm. 478.

en el capítulo procedente." Dice que el matrimonio no es válido con tal de que tales condiciones sean llenadas; ¿no es decir claramente que estas condiciones son exijidas para la validez del matrimonio y que si no son observadas el matrimonio será nulo? La expresión, con tal de que, dice Merlín, ha sido siempre entendida como si implicara una condición; y cuando se trata de una condición prescripta para la validez de un acto, ¿no habrá que deducir que el acto es nulo, faltando la condición? (1) Esta opinión tiene efectivamente partidarios, (2) y ha sido consagrada por muchas sentencias de la Corte de Casación. (3)

En cualquiera otra materia que la del matrrmonio; no vacilaríamos en admitir la nulidad, en presencia de los términos irritantes de que se sirvé el art. 170. Pero recordemos que los términos, por irritantes que sean, no bastan para importar la nulidad del matrimonio, sino que es necesario que un texto formal la pronuncie, en el capítulo IV consagrado á las demandas de nulidad de matrimonio. Este principio admitido por la jurisprudencia y la doctrina para los matrimonios contraídos en Francia, ¿se aplicará también á los matrimonios celebrados en el extraujero? En estos términos debe ser puesta la cuestión. Si el principio es aplicable, no es el art. 170 el que debe decidir la dificultad, sino las disposiciones del capítulo IV. La cuestión presenta dos fases: desde luego hay que ver si el principio formulado por la Corte de Casación es general, si concierne á todo matrimonio, sin distinguir el lugar donde ha sido celebrado, ó si sólo es relativo á los matrimonios contraídos en Francia. En seguida, suponiendo que el principio sea general, debe verse si el art. 170 no está derogado por el sistema espécial de nulidades, en cuanto á los matrimonios celebrados en el extranjero.

1 Merlín, *Repertorio* en la palabra *Publicaciones del Matrimonio*, número 2 (tit. II, pág. 439).
2 Marcadé la sostiene vivamente (t. I, pág. 247, art. 179, núm. 2.
3 Sentencia de denegada de 8 de Marzo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Matrimanio*, núm. 393, I), y sentencia de casación de 6 de Marzo de 1837. *Id.*, núm. 393, II.

27. La primera cuestión real no existe. Si la jurisprudencia y la doctrina no admiten otras nulidades que las expresamente establecidas por la ley, es porque, en razón de la importancia del matrimonio, el legislador ha tenido cuidado de determinar, en un capítulo especial, las causas de nulidad y las personas que pueden prevalerse de ellas. El principio es, pues, general por su naturaleza, sin que haya ni una sombra de razón para limitarlo á los matrimonios celebrados en Francia. ¿Acaso el matrimonio pierde algo de su importancia cuando los futuros esposos van á casarse al extranjero? ¿Es menos necesario en algún caso definir con precisión las nulidades, los caracteres que las distinguen, las personas que pueden invocarlas? ¿Por qué abandonar estos matrimonios á las incertidumbres de la doctrina y de la jurisprudencia? Son siempre franceses las personas que suponemos se casan. ¿El legislador debe velar con me, nos solicitud por el mantenimiento de su unión, cuando? en lugar de casarse en Francia lo hacen en el extranjero: Es inútil insistir; el lugar donde el matrimonio se celebra no tiene nada de común con nuestro principio; él no puede, pues, modificarlo.

28. Aquí no está la verdadera dificultad. Se trata de saber si el legislador ha derogado el principio en el sentido de que hubiera establecido un sistema especial de nulidades para los matrimonios contraídos en el extranjero. Precisando los casos será más facil la solución. El matrimonio contraído en Francia por mayores de edad, sin que hayan pedido el consejo de sus ascendientes, es válido, pues el impedimento no es sino prohibitivo. ¿Se hará dirimente el

impedimento cuando el matrimonio es celebrado en el extranjero? Si los términos del art. 170 importan nulidad, debe responderse afirmativamente. Pero ¿por qué un sólo y mismo impedimento será prohibitivo en Francia y dirimente en el extranjero? El impedimento está fundado sobre el respeto que los hijos deben tener á sus ascendientes. Los hijos menores de edad ¿deben más respeto á sus ascendientes, cnando se casan en el extranjero que cuando lo hacen ên Francia? ¿El hijo que no respéta á sus ascendientes en Francia, es menos culpable que el que va á casarse al extranjero? Se dirá que no es esta la cuestión. El hijo encontrará difícilmente en Francia un oficial del estado civil que proceda á la celebración de su matrimonio, porque el culpable es castigado con una prisión y una multa, mientras el oficial extranjero nada de esto tiene que temer. Es verdad; pero lo que decimos no impide que el matrimonio quede válido á pesar de la violación de la ley; y la razón por la que ésta mantiene el matrimonio, se aplica á los contraídos en el extranjero, lo mismo que á los celebrados en Francia. Siendo mayores de edad los hijos, el consentimiento de sus ascendientes no es ya necesario para la validez de su matrimonio. ¿Por qué este consentimiento se volvería necesario cuando los hijos se casen en país extranjero? Vanamente se buscaría la razón. El texto del art. 170 y los principios, resisten esta interpratación. ¿Qué quiere el art. 170? Que el francés no contravenga á las disposiciones del capítulo I; en otros tétminos, que tales disposiciones le sigan al extranjero; peró le sigan con el carácter que tienen en Francia: dirimente, quedan dirimentes: prohibitivas quedan prohibitivas. El estatuto personal es idéntico en el extranjero y en Francia; tal es el principió establecido por el art. 3, del cual el 170 contiene una aplicación al matrimonio. Para admitir que el estatuto cambie

de natusaleza, sería necesario una disposición precisa; sería indispensable una razón que justificase esta derogación; ahora bien, esa razón no existe y el texto implica el mantenimiento puro y simple del estado. (1)

29. Si no hay nulidad, en virtud del art. 170, en el caso en que el matrimonio tenga lugar sin que los hijos hayan pedido el consejo á sus ascendientes, es imposible admitirla cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero sin haber sido precedido por las publicaciones prescriptas por la ley. En efecto, es una sola y misma disposición la que somete el matrimonio contraído en el extranjero desde luego á la formalidad de las publicaciones, en seguida á la observancia de las disposiciones del capítulo I; la misma expresión *con tal de que* marque las dos condiciones; si, á pesar de esta fórmula irritante, el matrimonio queda válido cuando no ha habido actos respetuosos, debe decirse también que esta fórmula no importa nulidad por falta de publicaciones. Es imposible que la impresión *con tal de que* implique nulidad en un caso y no en otro. Esto decide nuestra cuestión desde el punto de vista de los términos del art. 170. Queda la razón de la ley.

Hay aquí una diferencia incontestable, entre la falta de publicaciones y la falta de actos respetuosos. La formalidad de éstos no cambia de natuleza ni de importancia, cuando el matrimonio es celebrado en el extranjero. No sucede lo mismo con las publicaciones. Cuando el matrimonio es contraído en Francia, las publicaciones no son sino uno de los elementos de la publicidad que debe rodear el matrimonio; hay que decir más, ese elemento es secunda-

1 Ved, en este sentido, la sentencia de la Corte de Casación de Francia de 18 de Agosto de 1841 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 394, 1), y la sentencia de la Corte de Casación de Bruselas de 28 de Junio de 1830 (*Jurisprudencia del siglo XIX*, 1,830, 3ª parte, pág. 234, y Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 397, II).

rio, porque no concierne á la publicidad de la celebración, que es la única requerida para la validez del matrimonio (arts. 165, 191, y 193). Cuando el matrimonio es contraído en el exaranjero, la ley quiere también que sea público en Francia; pero aquí, el solo elemento de la publicidad son las publicaciones. ¿No habrá que inferir de esto, con las primeras sentencias de la Corte de Casación, que la formalidad de las publicaciones es substancial, por lo que el matrimonio contraído en país extranjero sin ellas resulta clandestino, y por esto mismo, herido de nulidad? (1)

Desde luego, para que haya nulidad, se necesita un texto. El art. 170 no pronuncia formalmente la nulidad, es necesario, pues, hacelro á un lado. El art. 191, invoca por la Corte de Casación; hablan del matrimonio que no ha sido contraído públicamente; él es extraño a las publicaciones; el artículo que sigue, sanciona la falta de éstas por una multa. Luego no hay texto que pronuncie la nulidad de un matrimonio contraído en el extranjero sin publicaciones; prévias. Se pretende que este texto existe en el art. 170, y que hay una rázón especial para que sea nulo el matrimonio celebrado en el extranjero sin publicaciones. Acabamos de señalar la diferencia que, sin duda, existe entre las publicaciones, cuando el matrimonio ha sido contraído en el extranjero, y cuando lo ha sido en Francia. Pero ¿la diferencia es tan considerable que deba importar la nulidad absoluta del matrimonio, en el sentido de que el celebrado en el extranjero sea nulo por sólo el hecho de no haber sido precedido de publicaciones? Es lo que negamos apoyados tanto en los principios como en los textos.

¿Por qué el legislador quiere que el matrimonio sea precedido de publicaciones? Para advertir á aquellos que tienen

1 Es lo que dice la Corte de Angers (sentencia de 12 de Enero de 1838 en Dalloz, palabra *Matrimonio*, núm. 393, 11).

el derecho de oponerse á él: vale más, dice Portalis, prevenir el mal impidiendo la celebración de un matrimonio nulo que tener en seguida que repararlo anulándolo. Las publicaciones que deben ser hechas en Francia cuando el matrimonio es celebrado en el extranjero no tienen otro objeto. ¿Cuál debe ser, pues, en principio la consecuencia de la falta de publicaciones? ¿Habrá siempre en toda hipótesis que anular el matrimonio par sólo que las publicaciones no han sido hechas? Sería un rigor excesivo y contrario al objeto que el legislador se ha propuesto. Hé aquí dos franceses que habitan en Bélgica desde largos años; son mayores de edad; no hay ningún impedimento legal para su matrimonio. Se casan y menosprecian hacer publicaciones en Francia. ¿Se dirá que su matrimonio es nulo? ¿Cómo se anularía un matrimenio por sólo el motivo de que no ha sido precedido de publicaciones, aun cuando éstas no tengan razón de ser? (1) Es imposible porque esto está en oposición en todo el sistema del Código sobre las nulidades de matrimonio. Pero si la falta de publicaciones no es una causa de nulidad absoluta en el sentido de que debe ser pronunciada ¿no sería una causa de nulidad facultativa en el sentido de que los tribunales decidirán según las circunstancias si el matrimonio debe ser anulado? Dos franceses menores de edad van á celebrar su matrimonio en el extranjero; no hacen publicaciones para impedir la oposición de sus padres y defraudar á la ley. ¿El legislador debe sancionar su matrimonio celebrado en fraude de sus disposiciones? Nó, ciertamente, en su princi-

1 Es la razón que hace valer la Corte de Bruselas (sentencia de 15 de Enero de 1840, en la *Jurisprudencia del Siglo XIX*, 1840, 2, p. 294). Véanse en el mismo sentido, dos sentencias de las cortes de Tolosa y de Bastia de 1859 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1860, 2, 157-159).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pio que los actos ejecutados en fraude de la ley son nulos, y este principio tiene toda su aplicación al matrimonio. Nada más racional, pero queda por saber si esto se halla fundado sobre el texto de la ley.

30. Es la doctrina que prevalece hoy en la jurisprudencia y ha sido siempre admitida por las Cortes de Bélgica. Leemos en una sentencia de la Corte de Bruselas de 7 de Mayo de 1811 (1) que la publicidad es requerida por el Código para la validez de los matrimonios celebrados en Francia; pero que es facultativa la nulidad que resulta de la falta de publicidad que los tribunales aprecian según el conjunto de los hechos si ha habido clandestinidad; que la falta de publicaciones es una de las circunstancias que el juez toma en consideración, pero que su sola falta no basta para anular el matrimonio. La Corte se pregunta si el legislador ha seguido un sistema diferente para los matrimonios celebrados en el extranjero y confiesa que las publicaciones tienen más importancia para estos matrimonios; pero dice que esta importancia no es tal que el legislador haya debido herir de nulidad el matrimonio por sólo que las publicaciones tienen el mismo objeto, ya se celebre el matrimonio en Francia, ya en el extranjero. ¿Por qué pues, en un caso la nulidad será facultativa y en el otro obligatoria? Siendo uno mismo el objeto unos mismos deben ser los efectos; es decir, que en uno y otro caso la anulación del matrimonio debe ser abandonada al poder discrecional del juez. El tribunal mantendrá el matrimonio si ha sido contraído sin ninguna intención de defraudar la ley; lo anulará si los futuros esposos han ido á casarse al extranjero

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 395, 2.° Comparase la sentencia de 28 de Junio de 1830 (*ibid*, núm. 739, 2.°) y la de Bruselas de 28 de Julio de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, 2, 273).

para defraudar la ley. (1) Una sentencia de la Corte de Bruselas de 2 de Junio de 1862 (2) comprueba "que es hoy de jurisprudencia constante que la ausencia, sea de publicaciones en Bélgica, sea de actos respetuosos, no es una causa de nulidad para el matrimonio contraído por belgas en país extranjero sino cuando ha habido fraude; es decir, cuando las partes han tenido por objeto, alirse al extranjero, substraerse á las prescripciones de la ley belga y, sobre todo, impedir que se produzcan los obstáculos legítimos que habrían podido existir para su unión."

La Corte de Casación de Francia ha vuelto de su primera jurisprudencia. Una sentencia de 18 de Agosto de 1841 establece el principio de que el art. 170 no pronuncia expresamente la nulidad del matrimonio contraído en el extranjero que no hubiera sido precedido de publicaciones en Francia, de que la ley no ha querido mostrarse más rigurosa por la falta de publicaciones en Francia que por la de actos respetuosos prescriptos por ese mismo art. 170: "De que ella, al contrario, ha entendido dejar á los tribunales la apreciación de las consecuencias más ó menos graves de la falta de publicaciones *según la intención presunta de las partes que hubieran cometido la infracción y la cualidad de las personas que de ella se prevalecieran*. (3) Una sentencia de la Corte Suprema de 20 de Noviembre de 1866 hace constar que es ahora de jurisprudencia que la anulación del matrimonio queda abandonada á la apreciación de los tribunales y que el juez anula ó no, según que ha habido ó no intención de eludir las disposiones de la ley francesa. (4)

1 Es lo que ha hecho la Corte de Bruselas por sentencia de 2 de Agosto de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 10) y por sentencia de 10 de Agosto de 1861 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 216).
2 *Pasicrisia*, 1863, 2, 214.
3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 394, 14.°
4 Dalloz, *Recopilación periódica*, 1866, 1, 13. Tal es también la ju-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

31. Hay, sin embargo, una dificultad á causa del texto. Es necesaria una ley para pronunciar la nulidad. ¿Cuál es esta ley, cuando las publicaciones no han sido hechas? No es el art. 107 que no pronuncia la nulidad ni tiene por objeto establecer un sistema especial de nulidades para los matrimonios contraídos en el extranjero; se necesita, pues, recurrir al capítulo IV. La Corte de Casación invoca el artículo 193. (1) Esta disposición da, en efecto, un poder de apreciación al juez para las contravenciones al art. 165. Mas ¿qué dice este artículo? Que «el matrimonio será celebrado públicamente ante el oficial civil del domicilio de una de las partes.» No se trata aquí de publicaciones. Su falta es sancionada por una multa (art. 192). En definitiva, no hay artículo que pronuncie la nulidad por falta de publicaciones, y para admitirla hay que apoyarse sobre el espíritu de la ley más bien que sobre su texto; lo que es muy peligroso en materia de nulidades del matrimonio. Los arts. 191 y 193, que pronuncian la nulidad por falta de publicidad, se refieren ambos á la celebración pública del matrimonio y hay que extenderlos á la falta de publicaciones comprendiendo éstas entre las formalidades que constituyen la publicidad. Así se extiende el texto, y extendiéndolo se llega á una diferencia entre la falta de publicaciones para los matrimonios celebrados en Francia y la misma falta para los contraídos en el extranjero. ¿Se trata de un matrimonio celebrado en Francia? No es nulo por la sola falta de publicaciones. ¿Se trata de un matrimonio contraído en el extranjero? El juez puede anularlo por sólo que las publicaciones no

risprudencia de las cortes imperiales. Véanse cuatro sentencias de 1850, 1852 y 1853 en Dalloz, *Recopilación periódica*, 1853, 2, 179 y siguientes, una sentencia de París de 1855 (*ibid.*, 1855, 2, 213) y dos sentencias de 1860 (*ibid.*, 1860, 2, 156 y 157).

1 Sentencia de 28 de Marzo de 1854 (Dalloz, *Recrpilación periódica*, 1854, 1, 202) y de 21 de Febrero de 1866 (*ibid*, 1866, 1, 278).

tuvieron lugar. Otra diferencia. Cuando un matrimonio contraído en Francia es clandestino queda anulado por sólo que no ha sido celebrado públicamente. Cuando un matrimonio ha sido contrído en el extranjero no basta la sola falta de publicaciones y, por consiguiente, de publicidad, puesto que la jurisprudencia exige el fraude. Estas diferencias se justifican desde el punto de vista de los principios; pero ¿dónde están los textos que las consagran? En definitiva, debe decirse que no hay texto formal que pronuncie la nulidad por falta de publicaciones de los matrimonios contraídos en el extranjero. Según el rigor de los principios habría, pues, que decidir que no hay nulidad, ni aun facultativa. Acerca de esto hay una evidente laguna en el Código; la jurisprudencia la ha colmado fundándose sobre el espíritu de la ley. Esto es tan verdad que de admitir la nulidad facultativa sería preciso construir, como se ha hecho, todo un sistema fuera de la ley para la aplicación del principio.

32. ¿Por quién la nulidad puede ser pedida? Si se admite que la hay no puede fundarse sino sobre los arts 191 y 193. Ahora bien, la nulidad establecida por estas disposiciones es absoluta: la acción puede ser intentada, dice el art. 191, por los esposos mismos, por los padres, por los ascendientes y por todos aquellos que tengan interés, así como por el Ministerio Público. ¿Debe, pues, decirse que toda parte interesada puede atacar el matrimonio contraído en el extranjero sin haber sido precedido de publicaciones en Francia? La lógica lo exigirá; pero hay de nuevo aquí una dificultad á causa del texto, dificultad ante la cual la Corte de Casación ha retrocedido. Es un principio que las nulidades del matrimonio no pueden ser invocadas sino por aquellos á quienes la ley da tal derecho; ahora bien, dice la Corte Suprema, no hay texto que dé á los colatera-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

les el derecho de pedir la nulidad del matrimonio contratdo en el extranjero sin publicaciones. (1) Es verdad; pero también lo es que no hay articulo que pronuncie la nulidad por falta de publicaciones. Si se la admite en virtud del articulo 193 hay que admitirla con el carácter que la ley reconoce á la clandestinidad; es decir, como nulidad absoluta. La Corte de Casación dice que la nulidad no es de orden público ni absoluta. Hé aquí una nueva contradicción. Es verdad que la nulidad es facultativa; pero esto no la impide ser absoluta en virtud del art. 191. En definitiva, ¿qué debe decidirse? Si la nulidad no es absoluta tiene que ser relativa; y si lo es no puede ser reclamada sino por ciertas personas; ¿cuáles son estas personas? No se sabe porque no hay texto. Creemos que la nulidad, caso de admitírsela es regida en todo por los arts. 191 y 193; que, por consiguiente, es absoluta sin dejar también de ser facultativa.

33. En fin, se pregunta si esta nulidad puede ser cubierta. Las cortes están unánimes en admitir la afirmativa. Partiendo del principio de que la nulidad es relativa la Corte de Casación concluyó que puede ser cubierta con tal de que no haya impedimento dirimente para el matrimonio. (2) ¿Cómo cubierta? Cuando la ley admite que una nulidad se cubre lo dice, y dice también cómo puede cubrirse. ¿Dónde está el texto que decida que la falta de publicaciones se cubre? La jurisprudencia admite que así sucede por la posesión de estado. No hay sino un solo artículo en el capítulo IV que hable de la posesión de estado: es el 196; la jurisprudencia lo invoca; pero se encuentra

1 Sentencia de 18 de Agosto de 1844 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio* núm. 394, 14). Compárese además la sentencia de Montpellier de 25 de Abril de 1844 [Dalloz, *Recopilación periódica*, 1845, 2, 36].

2 Sentencia de 17 de Agosto de 1841 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm 394, 10°).

con que esta disposición es absolutamente extraña á la *nulidad de matrimonio*; ella no concierne sino á la *nulidad del acta de celebración*, y esta nulidad no se cubre sino respecto de los esposos cuando la posesión de estado está apoyada en una acta de celebración. Hay, pues, que hacer á un lado el art. 196 La jurisprudencia invoca también el art. 183. (1) ¿Es este un fundamento menos firme todavía? El art 183 habla de la falta de consentimiento de los ascendientes que importa una nulidad esencialmente relativa que se cubre por la confirmación del matrimonio. ¿Qué hay de común entre esta disposición y la clandestinidad ó sea la nulidad que el art. 191 declara absoluta? Demolombe, que gusta, sin embargo, afiliarse en la opinión de las cortes confiesa que es imposible apoyarse sobre los arts. 183 y 196. El busca otro y encuentra el artículo 193. ¿Qué dice este artículo? Que la nulidad resultante de la clandestinidad es facultativa. De que lo sea ¿resulta que pueda cubrise? Demolombe mismo comprende que su razonamiento claudica, y sale del embarazo diciendo que los tribunales tienen un poder discrecional en virtud del artículo 193 y que pueden, por consiguiente, decidir, no que el vicio de clandestinidad ha sido purgado sino que no existia. (2) ¡Cómo! se supone que el matrimonio ha sido clandestino; que se celebró en el extranjero para defraudar la ley; y hay que suponerlo porque de otro modo la cuestión no existe; y ¿se quiere que los tribunales decidan que este

1 Sentencia de Montpellier de 25 de Abril de 1844 [Dalloz, *Recopilación periódica*, 1845, 2, 36]. Sentencia de París de 22 de Enero de 1842 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 394, 16). Sentencia de 4 de Junio de 1845 y de 23 de Noviembre de 1853 de la Corte de Casación (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1845, 1, 309 y 1854, 1, 421). Sentencia de Tolosa de 7 de Mayo de 1866 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1866, 2, 109). Sentencia de Bruselas de 7 de Junio de 1831 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 395).

2 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. III, p. 350, número 225.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

matrimonio no ha sido clandestino? ¿Y por qué? Porque posteriormente al matrimonio ha habido posesión de estado; es decir, publicidad completa del matrimonio. El legislador sin duda habria podido declarar que la publicidad posterior cubre el vicio de clandestinidad; pero el caso es que no lo hizo. ¿Lo podrá hacer el juez en silencio de la ley? Nó. Ahora bien, lo que él no puede hacer directamente tampoco puede hacerlo indirectamente; lo que él no puede hacer abiertamente tampoco puede hacerlo subrepticiamente diciendo que el vicio no existia cuando realmente existia.

La Corte de Bruselas, en su sentencia de 28 de Junio de 1830, invoca el espíritu de la ley. Creemos, como ella, que la nulidad resultante de la falta de publicaciones deberia ser reparable. Hay un abismo entre la clandestinidad y la bigamia ó el incesto El sentido moral dicta que estas últimas nulidades no pueden separarse. Pero ¿dónde está la razón para declarar irreparable el vicio de la clandestinidad? La publicidad es una garantía que tiende á prevenir los matrimonios ilegales; las publicaciones, sobre todo, no tienen otra razón de ser. Si, pues, un matrimonio que las partes han querido contraer clandestinamente no está manchado por ningún vicio dirimente ¿por qué deberia pronunciarse necesariamente la nulidad si después de la celebración del matrimonio él se ha hecho público por una brillante posesión de estado? Esta consideración ha arrastrado á las cortes á crear medios que cubran la nulidad. Pero procediendo así ellas han hecho la ley cuando su misión se limita á interpretarla. Cuando el vicio está en la ley sólo el legislador puede corregirlo. En nuestra opinión hay laguna en toda esta materia, y no creemos que el intérprete tenga derecho á colmarla.

---

§ III.—DE LA TRANSCRIPCION DEL ACTA DE CELEBRACION

34 El art. 171 dice: «Dentro de los tres meses siguientes á la vuelta del francés al territorio del imperio, el acta de celebración del matrimonio contraído en país extranjero será transcripta sobre el registro público de los matrimonios del lugar de su domicilio.» Esta disposición ha dado lugar á largas controversias. Se pregunta desde luego en qué casos tiene aplicación. El art. 171 es una consecuencia del 170, y éste prevee el caso en que el matrimonio ha sido celebrado por el oficial público del país en que fué contraído. Si el matrimonio hubiera sido celebrado por un agente diplomático ¿el francés estaria también obligado á hacer transcribir el acta de celebración? Esto equivale á preguntar si el intérprete puede crear una obligación que la ley no establece, y si no es el caso de decir que proponer la cuestión es resoverla. El punto, por lo demás, no tiene interés, a no ser que se suponga que la falta de cumplimiento de esta formalidad tiene alguna sanción. Ahora bien, siendo ésta una pena civil ¿se puede admitir una pena sin texto? En nuestra opinión el art. 171 no tiene sanción, es una simple medida de orden, sin otro objeto que completar los registros del estado civil. Si es así, la medida debe ser general; pero como la ley no la prescribe en términos generales, es al Gobierno á quien toca suplir esta laguna, dando orden á los agentes diplomáticos de que envien un extracto de las actas de matrimonio que ante ellos se otorgaren á los oficiales civiles para que éstos hagan la transcripción (1).

35. El Código quiere que esta transcripción se haga en

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 351, número 227.

matrimonio no ha sido clandestino? ¿Y por qué? Porque posteriormente al matrimonio ha habido posesión de estado; es decir, publicidad completa del matrimonio. El legislador sin duda habria podido declarar que la publicidad posterior cubre el vicio de clandestinidad; pero el caso es que no lo hizo. ¿Lo podrá hacer el juez en silencio de la ley? Nó. Ahora bien, lo que él no puede hacer directamente tampoco puede hacerlo indirectamente; lo que él no puede hacer abiertamente tampoco puede hacerlo subrepticiamente diciendo que el vicio no existia cuando realmente existia.

La Corte de Bruselas, en su sentencia de 28 de Junio de 1830, invoca el espíritu de la ley. Creemos, como ella, que la nulidad resultante de la falta de publicaciones deberia ser reparable. Hay un abismo entre la clandestinidad y la bigamia ó el incesto El sentido moral dicta que estas últimas nulidades no pueden separarse. Pero ¿dónde está la razón para declarar irreparable el vicio de la clandestinidad? La publicidad es una garantía que tiende á prevenir los matrimonios ilegales; las publicaciones, sobre todo, no tienen otra razón de ser. Si, pues, un matrimonio que las partes han querido contraer clandestinamente no está manchado por ningún vicio dirimente ¿por qué deberia pronunciarse necesariamente la nulidad si después de la celebración del matrimonio él se ha hecho público por una brillante posesión de estado? Esta consideración ha arrastrado á las cortes á crear medios que cubran la nulidad. Pero procediendo así ellas han hecho la ley cuando su misión se limita á interpretarla. Cuando el vicio está en la ley sólo el legislador puede corregirlo. En nuestra opinión hay laguna en toda esta materia, y no creemos que el intérprete tenga derecho á colmarla.

---

§ III.—DE LA TRANSCRIPCION DEL ACTA DE CELEBRACION

34 El art. 171 dice: «Dentro de los tres meses siguientes á la vuelta del francés al territorio del imperio, el acta de celebración del matrimonio contraído en país extranjero será transcripta sobre el registro público de los matrimonios del lugar de su domicilio.» Esta disposición ha dado lugar á largas controversias. Se pregunta desde luego en qué casos tiene aplicación. El art. 171 es una consecuencia del 170, y éste prevee el caso en que el matrimonio ha sido celebrado por el oficial público del país en que fué contraído. Si el matrimonio hubiera sido celebrado por un agente diplomático ¿el francés estaria también obligado á hacer transcribir el acta de celebración? Esto equivale á preguntar si el intérprete puede crear una obligación que la ley no establece, y si no es el caso de decir que proponer la cuestión es resoverla. El punto, por lo demás, no tiene interés, a no ser que se suponga que la falta de cumplimiento de esta formalidad tiene alguna sanción. Ahora bien, siendo ésta una pena civil ¿se puede admitir una pena sin texto? En nuestra opinión el art. 171 no tiene sanción, es una simple medida de orden, sin otro objeto que completar los registros del estado civil. Si es así, la medida debe ser general; pero como la ley no la prescribe en términos generales, es al Gobierno á quien toca suplir esta laguna, dando orden á los agentes diplomáticos de que envien un extracto de las actas de matrimonio que ante ellos se otorgaren á los oficiales civiles para que éstos hagan la transcripción (1).

35. El Código quiere que esta transcripción se haga en

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 351, número 227.

el plazo de tres meses. ¿Es fatal este plazo? La cuestión, lo decimos una vez más, no tiene sentido, á no ser que haya una sanción para el art. 171. Si esa sanción no existe ¿qué importa que se llene una formalidad que puede no ser llenada? Los autores según los cuales el artículo tiene una sanción dicen que la formalidad de la transcripción puede tener lugar todavía después de los tres meses, pero que es necesario un fallo que lo ordene, porque una transcripción hecha fuera de los plazos de la ley es una rectificación de los registros, y no puede por lo mismo tener lugar sino con autorización judicial (1). Es difícil comprender que un acto sea rectificado por la transcripción, que no es sino una simple copia. Verdad es que cuando la ley prescribe que una acta del estado civil sea otorgada en un plazo fijo la misma no puede serlo después de ese plazo sino en virtud de una sentencia (2). Pero, en el caso, no se trata de otorgar una acta; ella lo está ya, y sólo se necesita copiarla; ¿por qué esta copia no podría hacerse después de los tres meses?

36. Abordemos la gran dificultad. ¿El art. 171 tiene una sanción, y cuál es ella? Se ha pretendido que el matrimonio no tendría efectos civiles en Francia mientras tanto el acta no fuera transcripta; que, por consiguiente, los hijos no heredarían bienes situados en Francia, con perjuicio de parientes franceses; que no se podría ni aun invocar este matrimonio para hacer anular un segundo contrato en Francia antes de la disolución del primero. Muy fácil ha sido á Merlin refutar esta extraviada interpretación que no tiene ningún fundamento ni en el texto ni en el espíritu de la ley. No hay una sola palabra en el art. 171 de que

1 Zachariae, *Curso de Derecho Civil Francés*, t. III, p. 315, nota 7, pfo. 468.
2 Véase el t. II de estos *Principios*, p. 31, núm. 19.

se pueda deducir que la falta de transcripción produzca efectos tan considerables; él no establece ninguna nulidad, ninguna privación, ¿y cómo el legislador habría podido pensar en una sanción tan severa cuando el matrimonio, según se supone, ha sido regularmente celebrado en el extranjero? ¿Cómo, si los esposos no vuelven á Francia, su matrimonio producirá aquí todos los efectos que es capaz de producir; y si vuelven, el matrimonio, válido hasta entonces, será subitamente herido de nulidad porque en el plazo de tres meses el acta no fuera transcripta? Creemos inútil insistir; los tribunales, más sabios que los autores, han rechazado siempre esta opinión (1).

Otros autores han creído que el objeto del art. 171 era dar publicidad al matrimonio en Francia; y de aquí han deducido que si falta la formalidad de la transcripción el matrimonio no puede producir ninguno de los efectos que la ley le da en razón de la publicidad de que debe ser rodeado. Así la mujer no tendría hipoteca legal sino desde el día de la transcripción del acta de celebración, si la transcripción no era hecha sino después del plazo de tres meses. Del mismo modo los esposos no podrían oponer á los terceros la falta de autorización marital. Pero el matrimonio produciría los efectos que son independientes de la publicidad (2).

Esta interpretación debe igualmente ser rechazada. Se supone que la transcripción es ordenada para hacer público el matrimonio; luego en el interés de los terceros; y se aplica entonces el principio de que un acto cuya publicidad es prescripta en ese interés no existe respecto de los terce-

1 Delvincourt, t. I, p. 68, nota 6. Merlin, *Cuestión de Derecho*, en la palabra *Matrimonio*, pfo. 14 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 397, 1°).
2 Es la opinión de Durantón (t. II, p. 187, núm. 240) seguida por Zachariae (t. III, ps. 314 y siguientes, pfo. 468).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ros mientras las formalidades establecidas por la ley no hayan sido llenadas. Esta suposición no tiene fundamento alguno, no se apoya en el texto. Si recurrimos á los trabajos preparatorios no encontramos el menor indicio de tal sistema. Preguntemos á Portalis por qué el legislador quiere que el acta de matrimonio sea transcripta, y nos responderá en su estilo pomposo: "Es necesario que el francés que se ha casado en otra parte que en Francia venga á tributar *homenaje* á su patria del título que lo ha hecho esposo ó padre, y que *naturalice* este título haciéndole inscribir en un registro nacional." Es esta una de esas frases huecas como tantas que se encuentran en los discursos de los oradores del Gobierno; la hinchazón de las palabras oculta el vacío del pensamiento. En el Consejo de Estado no se dijo una sola palabra de la publicidad. El primer proyecto de Código ordenaba el registro de la acta de celebración otorgada en el extranjero, bajo pena de dobles derechos; además, se prescribía la transcripción bajo pena de una multa. No quedó en el Código la menor huella del registro; fué mantenida la transcripción, pero sin la sanción de la multa. Defermón preguntó por qué la disposición del art. 171 no era sancionada por una pena. Réal respondió que la pena se encontraba en las leyes sobre el registro. Esto es un error que, sin embargo, nos indica que en el espíritu del legislador la formalidad de la transcripción no debía tener otra sanción que una multa (1) Habiendo sido quitada la multa no queda ninguna sanción.

37. ¿Cuál en es, definitiva, el objeto de la transcripción ordenada por el art. 171? A primera vista se está tentado de creer que ella ha sido establecida en un interés de publicidad. Pero por poco que se reflexione se ve que la

1 Locré, *Legislación Civil*, t. II, p. 327 (Sesión de IV Vendimiario, año X, núm. 23).

transcripción sobre los registros del estado civil no da realmente ninguna publicidad al matrimonio celebrado en el extranjero: Es verdad que los registros del estado civil son públicos; pero ¿quién va á consultar estos registros para asegurarse de que un matrimonio ha sido contraído en el extranjero? Si la transcripción fuere presentada para dar publicidad al matrimonio habría que convenir en que el legislador había estado poco acertado para lograr tal objeto. ¿Cúal es el grande objeto de las actas del estado civil? Es suministrar una prueba auténtica de los hechos que conciernen al estado de las personas. Cuando un matrimonio es celebrado en el extranjero los esposos, los hijos y todas las personas interesadas debían dirigirse al oficial extranjero para obtener una copia del acta; esto originaría cortos embarazos y lentitudes. El legislador ha dado á los esposos, que son los principales interesados, un medio fácil de procurarse la prueba en la transcripción del acta de celebración sobre los registros del estado civil. Lo que esto prueba que tal es el espíritu de la ley es que el Código ordena la misma medida en todos los casos en que un acto del estado civil concerniente á franceses se otorga en el extranjero por oficiales franceses. Así las actas de nacimiento otorgadas durante un viaje de mar por el capitán deben ser inscritas sobre los registros del estado civil del lugar donde el padre está domiciliado (arts. 59-61). Sucede lo mismo con las actas de defunción (arts. 86 y siguientes). En fin, el acta de celebración del matrimonio otorgada en el ejército en país extranjero debe igualmente ser inscrita sobre los registros en Francia, así como las actas de defunción (arts. 95 y sigusentes).

La transcripción es, pues, una medida de orden establecida en interés de todos aquellos que tenían necesidad de una acta del estado civil. Si no es hecha ¿qué resultará? El ma-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

trimonio no dejará de producir todos sus efectos, porque él existe, independientemente del acta que lo comprueba; con mayor razón existe si el acta no ha sido transcripta. Es necesario aplicar este principio á los efectos que se refieren á la publicidad. Tal es en la hipoteca legal de la mujer. La Corte de Casación habria comenzado por admitir la nulidad de la hipoteca mientras la transcripción del acta de matrimonio no estuviere hecha; pero ha vuelto de ésta por prudencia, y la doctrina se muestra unánime en enseñar que la hipoteca de la mujer es independiente de la transcripción (1). No insistimos porque la cuestión no puede ni aun presentarse en Bélgica. Según nuestra ley hipotecaria las hipotecas legales deben ser inscritas para tener efecto respecto de terceros. Esta publicidad garantiza los intereses de éstos mejor de lo que lo hace la transcripción del acta de matrimonio.

¿Hay que inferir de aquí que la falta de transcripción no produzca jamás efecto? Demolombe dice que de tal falta resulta una accion de daños y perjuicios en provecho de los terceros que han ignorado el matrimonio (2). Esto es demasiado absoluto porque supone que la transcripción ha sido establecida para hacer que el matrimonio sea conocido de los terceros; y extremada esta doctrina iria á dar indirectamente al resultado de privar el matrimonio de los efectos que la ley le atribuye en razon de su publicidad. Ahora bien, semejante doctrina es inadmisible, según el texto y el espíritu de la ley. Pueden, sin embargo, presentarse casos en que los terceros fueran inducidos á error por la falta de transcripción. La mujer contrata sin dar á conocer que

1 Véanse los autores y las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Privilegios é Hipotecas*, núm. 865.
2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, ps. 354 y siguientes, núm. 229.

es casada; y el tercero, antes de dar su consentimiento, se dirige al oficial mayor del estado civil para asegurarse de ello. Si el acta de matrimonio no está transcripta debe creerse que no existe. El contrata, pues, en la ignorancia del matrimonio y de las convenciones matrimoniales. ¿Puede la mujer oponerle su cualidad de casada y su contrato de matrimonio? Ha sido juzgado que los terceros podian prevalerse de la falta transcripción (1). En efecto, ellos han experimentado un daño por el hecho y la falta de de los esposos. La ley impone á éstos la obligación de hacer transcribir su acta de matrimonio para que queden completos los registros del estado civil; ahora bien, estos registros interesan á los terceros lo mismo que á los esposos; si, pues, por ser falta, quedan ellos incompletos, y si esta omisión ha causado un perjuicio á los terceros, hay lugar de aplicar el principio general del art. 1382, en los términos del cual todo hecho del hombre que causa un daño á otro obliga á aquel por cuya falta ha sucedido á repararlo

1 Sentencia de Bundevi de 14 de Marzo de 1850 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1853, 2, 179).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPITULO V.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

Sección I —Del deber de educación.

§ 1° DE LA NATURALEZA DE LA OBLIGACION.

39. En los términos del art. 203 «los esposos contraen respectivamente, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de alimentar, sostener y educar á sus hijos.» La educación es física y moral; la primera es el medio, la segunda es el objeto. Todo hombre, por solo el hecho de existir, tiene derecho á ser educado. Es este un derecho absoluto y el más considerable de todos los derechos que pertenecen á los seres humanos; para decirlo mejor, la educación es el objeto supremo del hombre, el destino que debe cumplir en este mundo. El debe trabajar por su salud, dicen los teólogos; él debe trabajar por el perfeccionamiento de sus facultades físicas, intelectuales y morales, dicen los filósofos. La fórmula difiere en los testimonios, pero es idéntica en el fondo, aunque la forma filosófica precisamejor, en qué consiste la salud, es decir, cuál és el último término del destino del individuo: su perfeccionamiento. Tal es también el objeto de la educación. En este sentido decimos que ella es un derecho absoluto para el sér humano.

Todo derecho implica una obligación correlativa, sin la cual sería ineficaz. El derecho á la educación, sobre todo, no sería sino una vana palabra si no estuviese sancionado por una obligación que lo realizase. Comienza en la existencia. ¿Quién velará en la educación del hijo cuando acaba de nacer? ¿Quién continuará ese trabajo sin fin durante el largo tiempo en que el hijo no puede dirigir por sí mismo su destino? El Código responde que los esposos: ellos contraen, dice, esta obligación por el solo hecho del matrimonio. Esto no es exacto. El deber de educación incumbe á los padres y no á los esposos como tales; deriva de la paternidad y no del matrimonio. ¿Por qué el hijo nace en tal familia, de tal padre, de tal madre? Es un hecho misterioso que constituye el secreto de Dios. Todo lo que el hombre puede afirmar es que aquel que se hace padre tiene por esto mismo cura de almas; está obligado á velar por la educación del hijo al cual ha dado la existencia. El matrimonio no crea, pues, el deber de educar á los hijos que nacieren, lo comprueba solamente marcando con certidumbre á aquellos á quienes este deber incumbe; son los esposos quienes lo cumplen; son los padres quienes lo contraen.

40. Desde este punto de vista es incontestable que los hijos naturales tienen derecho á la educación lo mismo que los legítimos. En teoría no hay la menor diferencia bajo este aspecto entre el hijo legítimo y el hijo natural. ¿Este no tiene sus facultades lo mismo que el otro? ¿No tiene la misma misión, la de perfeccionarse? ¿No es necesario, por consiguiente, que alguno dirija su educación en tanto que

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no pueda hacerlo él mismo? Es inútil insistir: la voz de la naturaleza grita que el padre tiene cura de almas por la sola razón de ser padre, pero desde el punto de vista legal es grande la diferencia entre el hijo natural y el legítimo. En nuestro derecho la filiación natural resulta del reconocimiento, el cual en general es voluntario. El hijo no puede investigar á su padre; puede forzar á su madre á reconocerle, pero bajo condiciones rigurosas que suponen una confesión voluntaria, resultante de un principio de prueba por escrito (arts. 340 y 341). Si el hijo natural no es reconocido no tiene legalmente ni padre ni madre. ¿Quién, pues, estará encargado de su educación? La sociedad debe velar por ella, es su primer deber, ella no vela en realidad confiando el hijo á la caridad pública. No puede ser más defectuosa nuestra legislación en lo que concierne á los hijos naturales. Vamos á ver que aun siendo reconocidos no hay texto formal que imponga el deber de educación á sus padres.

Los autores enseñan como una cosa cierta que los padres están obligados á alimentar, sostener y educar á sus hijos naturales, aun cuando sean adulterinos é incestuosos. Sin duda la naturaleza les impone este deber (1). Pero ¿quién no sabe cómo no basta que un deber sea moral para producir una obligación jurídica? Las obligaciones nacen de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos, de los cuasidelitos y de la ley. No puede hablarse de delito ni de cuasidelito, de contrato ni de cuasicontrato, cuando se trata del deber de educación. Queda la ley. ¿La hay que imponga á los padres naturales el deber de educación? Vanamente se la buscaría. No hay sino un solo artículo del

1 Durantón, t. II, p. 351, núm. 377. Demolombe, t. IV, p. 16, número 16.

Código que trate del deber de educación: es el 203, y lo hace derivar del matrimonio. No se puede, pues, ni aun invocarlo por analogía en provecho de los hijos naturales. Hay aquí una disposición que se opone á toda argumentación analógica en esta materia: "El hijo natural reconocido, dice el artículo 338, no podrá reclamar los derechos de hijo legítimo. "¿Cuales son, pues, los derechos que la ley le acuerda? El art. 338 responde que son los arreglados en el título de *Sucesiones*. Pero este título no habla sino del derecho del hijo natural sobre los bienes de sus padres muertos. ¿Se deducirá de aquí, por vía de consecuencia, el derecho de educación? La Corte de Bruselas lo ha hecho. "Por esto sólo, dice, que el Código obliga á los padres de un hijo natural reconocido á dejarle á su muerte, sobre sus bienes, medios de existencia, les impone implícitamente el deber, en vida, de alimentarle, de sostenerle y de educarle, porque sería inútil asegurar al hijo medios de existencia para después de la muerte de sus padres si éstos pudieran durante la vida rehusarle impunemente los alimentos necesarios para conservársela" (1).

El argumento tiene valor moral más bien que jurídico. Cuando se trata de alimentos propiamente dichos se puede, en rigor, tomar apoyo sobre las disposiciones del Código que acuerdan una reserva al hijo natural; pero aun este derecho es puesto en duda. Se trata por el momento del deber de educación que no tiene nada de común con el derecho de herencia ni con la reserva; los hijos legítimos tienen ésta contra sus ascendientes y no les pertenece contra ellos el derecho de educación. Demolombe invoca los arts. 762 y 764 que aseguran *alimentos* á los hijos

1 Sentencia de 10 de Julio de 1850 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1852, 2, 155).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

adulterinos é incestuosos. Pero, lo repetimos, no se trata de lo obligación alimenticia sino del deber de educación. En definitiva, no hay texto, y sin texto, se puede decir que no hay obligación. Sin embargo, es cierto que el Código Civil supone que los padres naturales tienen el deber de educación. En efecto, les acuerda el poder paterno; ahora bien, en nuestro derecho este poder no es otra cosa que un medio dado á los padres para llenar su deber de educación (art. 383). Si el padre natural tiene este deber debe pertenecer al hijo natural el derecho de ser educado por aquel que lo ha reconocido. Es, pues, un olvido que el legislador no haya formulado este derecho de una manera expresa. Pero siempre resulta que no hay ley.

41. No es esta la única laguna que existe en la presente materia. El deber de educación comprende, según el artículo 203, los alimentos propiamente dichos; es decir, la obligación de alimentar y sostener á los hijos y además la de educarlos. Esta última es ciertamente la más importante. El Código se limita á establecer un principio, pero ha omitido organizarlo, de lo cual resulta que desde el punto de vista jurídico el principio queda letra muerta. Los padres tienen la obligación de educar á sus hijos. Pero ¿si no lo hacen, si los dejan crecer en la ignorancia y en el vicio, si no llenan la obligación que la Naturaleza y la ley les imponen, dónde estará la sanción del deber y del derecho? La sociedad tiene tambien un deber que llenar, porque ¿cuál es su objeto si no venir en ayuda de los hombres en la obra de su perfeccionamiento? ¿Y quién tiene más derecho á esta existencia que los hijos á quienes su edad no permite velar por sí mismos en su destino? No se nos oponga el poder paterno. En nuestro derecho tal poder no es otra cosa que un deber, que consiste precisamente en educar á los hijos; ¿se invocará el deber en favor de aquellos que menos apre-

cian llenarlo? El derecho de la sociedad á intervenir cuando los padres violen el más sagrado, el mas imperioso de los deberes, nos parece incontestable. Siempre sucede que en Francia y Bélgica el Estado no toma ningún cuidado de los hijos á quienes sus padres educan en la ignorancia y en el vicio. Esto no es todo. El Código los obliga á educar á sus hijos. Dejemos á un lado la sociedad y veamos si el deber de educación, considerado como deber privado, tiene al menos una sanción cualquiera. Sí, se dice, porque es de la esencia de toda obligación ser susceptible de una ejecución forzosa, luego todo derecho engendra necesariamente una acción. Nada más verdadero; esto es elemental. Pero ¿quién tendrá esta acción? ¿Obrará el hijo contra sus padres? Desde luego no lo podría mientras es menor de edad, puesto que, durante este tiempo, no tiene el ejercicio de sus derechos civiles siendo el padre quien los ejercita en su nombre. Ahora bien, en el caso el padre es juntamente deudor y acreedor, si podemos servirnos de estas palabras en materia de estado: esto quiere decir que hay en las leyes una laguna y que el legislador habría debido intervenir entre el padre y el hijo cuando el primero falta á sus deberes. Si el hijo es mayor de edad puede obrar contra su padre; pero ¿qué demandará? ¿Una educación conforme á la fortuna de su padre? Este le responderá que es libre, aunque millonario, de hacer de su hijo un carpintero. Hay para esto un nuevo vacío en el Código que obliga á los padres á educar á sus hijos, sin definir esta obligación, pareciendo por esto mismo darles un poder absoluto de que pueden usar como quieran y fuera de toda revisión.

¿Se acordará una acción á la madre? En el antiguo derecho se decidía que el padre, como jefe de la sociedad marital, tenía el derecho de dar á sus hijos la educación

que quisiese, y no se permitía á la madre oponerse, salvo el caso en que el padre hiriera la decencia y las buenas costumbres (1). Se ve, pues, que el poder absoluto del padre era la regla, siendo un derecho meramente irrisorio la intervención de la madre. Además, no se podría ni aun reconocer este derecho bajo el imperio de nuestro Código. Vanamente se dice que los esposos contraen *juntamente* la obligación de educar á sus hijos, según lo expresa el art. 203. No es serio deducir de aquí que la madre llena las funciones de un protutor (2). La mujer, que debe respeto y obediencia á su marido, ¿sería la vigilante de éste? La ley dice en el art. 203 que el deber de educación incumbe á la madre lo mismo que al padre; es una consecuencia del principio de que la madre tiene el poder paterno (arts. 371 y 372). Pero la ley añade inmediatamente que el padre solo ejerce esta autoridad durante el matrimonio; ahora bien, la autoridad que la ley da al padre no es otra cosa que el poder de educación. El Código consagra, pues, el poder absoluto del padre sin reproducir la excepción que el antiguo derecho admitía en favor de la madre.

Si la madre no tiene acción con mayor razón no puede intevenir el consejo de familia. La ley no da á éste ni aun el derecho de arreglar la educación del menor cuando tiene un tutor; su sola misión es fijar la suma que el tutor puede gastar para la educación del menor (art. 454), luego con mayoría de razón carece de facultades para limitar el poder del padre. Demolombe enseña lo contrario, pero si se le pide un texto responde citando el art. 511, que habla del incapacitado. Decididamente esto no es serio.

El antiguo derecho daba acción al Ministerio Público. Sí, dice Pothier, se encontraban padres bastante desnaturalizados para faltar al deber que la ley y la Naturaleza les imponen, y entonces el Ministerio Público podía perseguirlos, mediante la denuncia de los pacientes, para hacer que el juez ordenase lo que estimara conveniente (1). ¿Podría el Ministerio Público todavía ejercitar este derecho bajo el imperio del Código? Hay autores que se lo reconocen; otros se lo rehusan (2). Se puede invocar para el Ministerio Público el art. 46 de la ley de 1810, en los términos del cual «aquel persigue de oficio la ejecución de las leyes en las disposiciones que interesan al *orden público*.» Ciertamente si hay una ley de orden público es aquella que concierne á la educación de las futuras generaciones. Pero el sentido de la ley de 1810 es objeto de viva controversia, y aun cuando se admitiera que ella da al Ministerio Público el derecho de obrar de oficio en materia de orden público sería muy dudoso que este derecho le perteneciese cuando se trata de limitar el poder paterno. Vanamente iría él á los tribunales, el juez no tendría facultades. Volveremos á hablar de este punto en el título del *Poder paterno*.

La jurisprudencia es casi muda sobre la cuestión que nos ocupa. No encontramos sino una sola sentencia sobre la materia. Una joven había comenzado estudios de medicina con conocimiento y aun por consejo de su padre. Habiendo enfermado no pudo continuarlos y cuando lo quiso su padre rehusó el dinero necesario. La Corte de Burdeos decidió que el hijo tenía acción contra su padre para obligarlo á soportar los gastos de su instrucción. «Si, dijo aquella, se hubiera de atender á la negativa del padre para exonerarlo de las obligaciones que se ha impuesto voluntariamente, se haría defender la existencia moral del hijo de un cambio

1 *Nuevo Denisart*, t. VIII, en la palabra *Educación*, núm. 3.
2 Es lo que dice Demolombe, t. IV, p. 8, núm. 9.

1 Pothier, *Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 384.
2 Mourlón, *Repeticiones*, t. I, p. 367. Demolombe, t. IV, p. 8, número 9.

inmotivado de voluntad.» La Corte sentenciadora confiesa que esta decisión no le parece legal, aunque fundada en razón y en equidad (1). En efecto, ¿no podría el padre responder que no tenía necesidad de motivar su cambio de voluntad y que era á él á quien tocaba decidir si su hijo debía ó no estudiar medicina? La sentencia de Burdeos conduce á esta singular doctrina: que en caso de desentimiento entre el padre y el hijo corresponde al tribunal ordenar si el segundo estudiará derecho ó medicina. Esto sería limitar un poder que la ley no limita. No decimos que la ley tenga razón; al contrario, queremos comprobar que porque hay un vacío en la legislación hemos insistido sobre esta materia.

42. No hay sino un solo caso en el cual la ley define el deber de educación. Cuando el padre tenga el usufructo legal debe educar á los hijos *según su fortuna* (art. 385). Esta disposición excepcional confirma la regla. Si el hijo no tiene bienes por rico que sea el padre éste puede darle la educación de artesano, si tal es su voluntad. Tal es el menor inconveniente que resulta del poder absoluto del padre. La educación es el desenvolvimiento de las facultades del hombre; si ellas le llaman á ser carpintero vale más que se haga un buen artesano que un mal abogado ó, lo que es peor todavía, un ocioso. Pero ¿el padre tendrá también el poder absoluto cuando se trata de la educación religiosa del hijo? Libre pensador ¿puede educarlo fuera de todo culto? Sincero católico ¿puede hacer un monge de aquel que Dios había destinado á ser un filósofo? Volveremos á hablar de estas cuestiones en el título del *Poder paterno*.

Hay una última hipótesis. El padre puede no llenar el deber que la ley le impone rehusando á su hijo los cuidados,

1 Sentencia de 6 de Julio de 1832 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 611).

materiales de que éste tiene necesidad, y aun la alimentación del alma. ¿Los tribunales podrán privar á este padre indigno del poder de educación? Merlín dice que no hay ejemplo de esto; pero cita, sin embargo, algunas sentencias de los antiguos parlamentos que lo han hecho. El de Tolosa mantuvo el derecho de educación á un padre que, casado cuatro veces, no había querido dar nada á su hijo del primer lecho para el sustento durante una larga enfermedad, y ni aun se había dignado ir á verlo: la Corte, sin embargo, lo prefirió, en cuanto á la educación, á la abuela materna. Esta decisión es, por explicarnos así, la crítica y la censura del derecho absoluto que la ley reconoce al padre. Hay otras sentencias del mismo parlamento de Tolosa que quitaron al padre el poder de educación, á causa de los malos tratamientos de que los hijos eran objeto en la casa paterna. En todos estos casos se trataba de un padre vuelto á casar. Es, pues, verdad que no hay ejemplo de que los padres hayan sido privados del derecho que la ley les acuerda de educar á sus hijos (1). En el derecho moderno se debería decidirlo así con mayor razón, porque nuestros tribunales no tienen ya el poder casi discrecional de que gozaban los antiguos parlamentos. La única cuestión que podía suscitarse es la de que si subsiste el derecho de educación aun cuando el padre sea privado del poder paterno por sentencia judicial. Volveremos á hablar sobre esto. En todo caso señalamos una laguna en la legislación, y no entendemos aprobar el poder absoluto del padre, que es un contrasentido. Hay aquí un derecho absoluto, el del hijo á ser educado; el padre tiene el deber de velar por esta educación; ¿cómo un deber se transformaría en poder absoluto?

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Educación*, pfo. 1, núm. 4 (tomo IX, ps. 435 y siguientes).

§ II. DE LOS GASTOS DE EDUCACION.

43. El art. 203 dice que los espósos contraen *juntamente*, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de alimentar, sostener y educar á sus hijos. Resulta de la palabra *juntamente* que el deber de educación y, por consiguiente, los gastos que ella importe son impuestos á cada uno de los esposos. Con este título los gastos de educación y de conservación figuran entre las deudas que pertenecen al pasivo de la comunidad legal (art. 1409, núm. 5). Cuando los esposos están casados bajo el régimen exclusivo de comunidad ó bajo el dotal es el marido quien soporta todas las cargas del matrimonio y, por consiguiente, los gastos de educación, contribuyendo entonces á ellos la mujer por las rentas de sus bienes dotales (arts. 1530, 1540, 1549). Si hay separación de bienes es todavía el marido quien paga los gastos de educación, pero la mujer contribuye á ellos, proporcionalmente á sus facultades, cuando la separación es judicial (art. 1448), y por una tercera parte de sus rentas cuando la separación ha sido por contrato (art. 1537). Bajo cualquier régimen en que los esposos se hayan casado, si el marido no tiene los medios de proveer á la educación de los hijos la mujer deberá soportar estos gastos, para todo, en caso necesario. Es lo que dice formalmente el artículos 1448, en el supuesto de separación judicial. Sucede lo mismo bajo los otros regímenes como consecuencia del principio establecido por el art. 203.

¿Hay que concluir de aquí que la obligación de educación es solidaria en el sentido de que cada uno de los esposos puede ser perseguido y debe ser condenado por el todo, salvo su recurso contra su cónyuge? Según los principios que rigen la solidaridad, la cuestión no consiente la menor duda. Las deudas no son solidarias sino en dos ca-

sos: la solidaridad es convencional ó legal. No puede tratarse de la solidaridad convencional, aunque la ley diga que los esposos *contraen*, por el derecho solo del matrimonio, la obligación de educar á sus hijos, pues la palabra *contraer* no implica aquí un contrato propiamente dicho, y aun cuando se viera en esto un contrato no habría solidaridad convencional, puesto que el art. 1202 dice que la solidaridad no se presume sino que debe ser expresamente estipulada. Hay después la solidaridad legal, que tiene lugar en virtud de una disposición de la ley. Es un principio que la solidaridad legal es de derecho estricto; luego sin texto formal no hay solidaridad. Ahora bien, el art. 203 dice que los esposos están obligados ambos á educar sus á hijos, sin expresar que están obligados solidariamente para los gastos. Esto decide la cuestión.

Sin embargo, la jurisprudencia admite la solidaridad; es sin duda una consecuencia de la falsa doctrina que ha prevalecido largo tiempo sobre la solidaridad de la obligación alimenticia. Hemos buscado vanamente los motivos de las sentencias que consagran la solidaridad por los gastos de educación; ellas condenan á los esposos solidariamente, como si la solidaridad fuese un axioma (1). A decir verdad, reina una extraña confusión en esta materia; las cortes confunden la solidaridad con la obligación que incumbe á cada uno de los esposos, á igual título, de contribuir á los gastos de educacion y aun de soportarlos por entero. La diferencia es, sin embargo, radical, siendo además elemental. Si los esposos fuesen obligados solidariamente, cada uno de ellos podría ser siempre demandado y condenado por el todo, salvo después su derecho contra su cónyuge. Ahora bien, según las disposiciones del Código que acabamos de

1 Sentencia de Nimes de 26 de Julio de 1853 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1853, 2, 247).

recordar, es cierto que es el marido quien debe ser demandado, puesto que bajo todos los regímenes él soporta los gastos de educación, no teniendo ningún recurso contra su mujer, que contribuye á los cargos del matrimonio y abandonado al marido todas sus rentas ó una parte de ellas, según los diversos regímenes. En principio la mujer no puede, pues, ser demandada; el acreedor no puede obrar contra ella sino cuando el marido no tiene recursos suficientes, y en este caso es ella quien soporta estos gastos por el todo y sin acción alguna contra él.

Decimos que hay confusión en la jurisprudencia: basta examinar algunas sentencias para convencerse de ello. La Corte de París condenó á una mujer separada de bienes á pagar los gastos de pensión de sus hijos, estando el marido en quiebra. La decisión se funda sobre el art. 203, del cual resulta, dice la Corte, que los esposos están obligados solidariamente (1). Sin duda la mujer está obligada por el todo: pero ¿es porque la deuda sea solidaria? Nó, sino porque el marido es insolvente, como lo dice formalmente el art. 1448: «La mujer separada de bienes debe soportar enteramente los gastos de educación de los hijos comunes, *si no queda nada al marido.*»

La Corte de París acordó á una mujer separada de cuerpo acción contra su marido por la parte que éste debía soportar en los gastos de educación de los hijos comunes. Se dice en la sentencia que la obligación establecida por el artículo 203 es solidaria é implica las consecuencias de los recursos que á la solidaridad se refieren en caso de pago de la deuda común por uno de los coobligados (2). ¿Era necesario recurrir á los principios de la solidaridad para dar, en el

1 Sentencia de 13 de Junio de 1836 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1961].

2 Sentencia de París, de 26 de Julio de 1862 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1862, 2, 112).

caso, un recurso á la mujer contra su marido? La sentencia hace constar que la mujer separada de cuerpo, al proveer á la educación de sus hijos con toda la solicitud materna, no entendía soportar sola los gastos que aquélla importa; ella pagaba, pues, por el marido una deuda que incumbía á éste; en otros términos, ella gestionaba los negocios de su marido; por consiguiente, tenía la acción de gestión de negocios. Luego era inútil invocar una pretendida solidaridad que no existe.

La Corte de París ha decidido igualmente que la obligación de educación es indivisible (1), sin dar ningún motivo en apoyo de su decisión. Es, sin duda, porque la educación comprende los alimentos; ahora bien, según una opinión que ha reinado largo tiempo en la jurisprudencia, se considera la deuda alimenticia como indivisible. Volveremos á hablar de esto.

44. El padre paga los gastos de educación. Pero ¿es él también quien los soporta en definitiva, ó es el hijo cuando tiene bienes personales? Si el padre tiene el usufructo de sus bienes es él quien debe proveer á la alimentación, á la conservación y á la educación de los hijos. Es una carga que la ley impone al goce que él tiene de tales bienes, y es proporcionada á las rentas de que disfruta: "según su fortuna" dice el art. 385. No hay lugar, en este caso, á hacer contribuir al cónyuge. Pero el usufructo legal no dura sino hasta los dieciocho años; los gastos hechos á partir de este momento entran en el derecho común. El hijo puede tener bienes personales de que el padre no tiene el usufructo (art. 387); es posible también que el padre sea privado de su goce por no haber hecho inventario en caso de supervivencia (art. 1442). En estos diversos casos

1 Sentencia de 3 de Julio de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3137)

nace la cuestión de si el padre administrador puede llevar cuenta de los gastos que ha hecho para la educación de sus hijos. La doctrina y la jurisprudencia deciden que es el hijo quien debe soportar estos gastos (1). Tal opinión se funda sobre la analogía que existe entre la deuda alimenticia y el deber de educación: el padre no debe los alimentos sino cuando el hijo no tiene bienes. Ahora bien, la educación comprende los alimentos; ¿por qué el hijo menor de edad no habría de soportar los gastos que exige su conservación, cuando, siendo ya mayor, debe soportarlos? No hay evidentemente razón para hacer aquí diferencia entre el mayor y el menor. Si los *alimentos* son á cargo del hijo que tiene una fortuna personal, ¿por qué los *gastos de educación* no estarían también á su cargo? El principio es el mismo; es un motivo de justicia que pone los gastos á cargo de aquel en cuyo interés se hacen y que se aplica á la educación propiamente dicha lo mismo que á los alimentos. Se podría objetar, con el texto del art. 203, que decide en términos generales cómo los esposos están obligados á alimentar y á educar á sus hijos; la ley no añade *en caso de necesidad* de los hijos, como lo hace al imponer la obligación alimenticia á los mismos y á los ascendientes (arts. 205 y 207). Pero la diferencia de redacción se explica. El art. 203 habla de hijos cuyos padres viven y es muy raro que tengan bienes personales durante su menor edad, cuando se trata de hacer su educación; la ley no ha previsto, pues, sino el caso general; mientras que los mayores, cuando su educación está terminada, deben encontrar recursos en su trabajo; la ley debía, pues, decir que no puede reclamar alimentos sino en caso de necesidad.

1 Durantón, t. II, p. 380, núm. 417. Demolombe, t. IV, p. 13, número 13. Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 613.

§ III. DE LA DOTE.

45. El art. 204 dice que "el hijo no tiene acción contra sus padres para que lo establezcan de cualquiera manera, ni para su matrimonio." Esta disposición deroga el derecho romano que regía las provincias de derecho escrito de la antigua Francia; el padre era forzado á dotar á sus hijos. En los países de derecho consuetudinario, al contrario, el hijo no tenía acción contra su padre para obtener un establecimiento por medio del matrimonio. Cuando la discusión del Código en el Consejo de Estado se agitó largamente la cuestión sobre cuáles eran los verdaderos motivos de la legislación romana. No entraremos en este debate que no tiene sino un interés histórico. Pothier nos dirá las razones por las cuales las costumbres rehusaban toda acción al hijo; son razones que han prevalecido sobre la autoridad del derecho romano. Pothier confiesa que la obligación de dotar á los hijos es una deuda natural; pero la ley no sanciona esta deuda por una acción. Se presume bastante del afecto que la naturalexa inspira á los padres por sus hijos, para creer que si ellos no los dotan es porque carecen de los medios de hacerlo de una manera conveniente. La ley juzga que es contrario al respeto que el hijo debe á sus padres que pudiese arrastrarlos á los tribunales y obligarlos á descubrir allí el secreto de sus negocios para conocer si tienen ó no el medio de dar un dote. Es verdad que pueden encontrarse padres que rehusen llenar este deber natural sin razón suficiente; pero es un caso raro y un menor mal que es necesario tolerar para evitar otro más grande (1).

1 Pothier, *Tratado de la comunidad*, núm. 646.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nace la cuestión de si el padre administrador puede llevar cuenta de los gastos que ha hecho para la educación de sus hijos. La doctrina y la jurisprudencia deciden que es el hijo quien debe soportar estos gastos (1). Tal opinión se funda sobre la analogía que existe entre la deuda alimenticia y el deber de educación: el padre no debe los alimentos sino cuando el hijo no tiene bienes. Ahora bien, la educación comprende los alimentos; ¿por qué el hijo menor de edad no habría de soportar los gastos que exige su conservación, cuando, siendo ya mayor, debe soportarlos? No hay evidentemente razón para hacer aquí diferencia entre el mayor y el menor. Si los *alimentos* son á cargo del hijo que tiene una fortuna personal, ¿por qué los *gastos de educación* no estarían también á su cargo? El principio es el mismo; es un motivo de justicia que pone los gastos á cargo de aquel en cuyo interés se hacen y que se aplica á la educación propiamente dicha lo mismo que á los alimentos. Se podría objetar, con el texto del art. 203, que decide en términos generales cómo los esposos están obligados á alimentar y á educar á sus hijos; la ley no añade *en caso de necesidad* de los hijos, como lo hace al imponer la obligación alimenticia á los mismos y á los ascendientes (arts. 205 y 207). Pero la diferencia de redacción se explica. El art. 203 habla de hijos cuyos padres viven y es muy raro que tengan bienes personales durante su menor edad, cuando se trata de hacer su educación; la ley no ha previsto, pues, sino el caso general; mientras que los mayores, cuando su educación está terminada, deben encontrar recursos en su trabajo; la ley debía, pues, decir que no puede reclamar alimentos sino en caso de necesidad.

1 Durantón, t. II, p. 380, núm. 417. Demolombe, t. IV, p. 13, número 13. Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 613.

§ III. DE LA DOTE.

45. El art. 204 dice que "el hijo no tiene acción contra sus padres para que lo establezcan de cualquiera manera, ni para su matrimonio." Esta disposición deroga el derecho romano que regía las provincias de derecho escrito de la antigua Francia; el padre era forzado á dotar á sus hijos. En los países de derecho consuetudinario, al contrario, el hijo no tenía acción contra su padre para obtener un establecimiento por medio del matrimonio. Cuando la discusión del Código en el Consejo de Estado se agitó largamente la cuestión sobre cuáles eran los verdaderos motivos de la legislación romana. No entraremos en este debate que no tiene sino un interés histórico. Pothier nos dirá las razones por las cuales las costumbres rehusaban toda acción al hijo; son razones que han prevalecido sobre la autoridad del derecho romano. Pothier confiesa que la obligación de dotar á los hijos es una deuda natural; pero la ley no sanciona esta deuda por una acción. Se presume bastante del afecto que la naturalexa inspira á los padres por sus hijos, para creer que si ellos no los dotan es porque carecen de los medios de hacerlo de una manera conveniente. La ley juzga que es contrario al respeto que el hijo debe á sus padres que pudiese arrastrarlos á los tribunales y obligarlos á descubrir allí el secreto de sus negocios para conocer si tienen ó no el medio de dar un dote. Es verdad que pueden encontrarse padres que rehusen llenar este deber natural sin razón suficiente; pero es un caso raro y un menor mal que es necesario tolerar para evitar otro más grande (1).

1 Pothier, *Tratado de la comunidad*, núm. 646.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Sección II.—De la obligación alimenticia.

§ I. PRINCIPIOS GENERALES.

46. La palabra *alimentos* tiene un sentido técnico en derecho; comprede no sólo la alimentación sino todo lo que es necesario para la vida, el vestido, el alojamiento, y es necesario añadir un gasto accidental, los gastos de enfermedad. Esta especial significación resulta del texto mismo del Código. En los términos del art 210 aquel que está obligado á suministrar alimentos lo está á recibir en su morada, alimentar y á sostener á la persona á quien los debe. El art. 203 se sirve de las mismas expresiones: "alimentar, sostener."

No hay que confundir el deber de educación con la obligación alimenticia. Los alimentos están comprendidos en el deber de educación; pero son lo accesorio, pues el deber principal consiste en educar al hijo; es decir, en desenvolver sus facultades intelectuales y morales, mientras la obligación alimenticia no se refiere sino á las necesidades físicas de aquel que á ella tiene derecho. El deber de educación incumbe á los padres; si mueren durante la menor edad de sus hijos el deber es para el tutor, y no es impuesto á los ascendendientes, como tales, y menos aún á los afines. No sucede lo mismo con la abligación alimenticia que la ley impone á los ascendientes, la extiende á los yernos y á las nueras, al suegro y á la suegra; los cónyuges, ante todo, se deben socorro y asistencia. Esto implica que el principio sobre en que están fundadas ambas obligaciones es diferente. El deber de educación deriva del hecho de la paternidad: sólo el padre tiene cura de almas. La obligación alimenticia se funda en los lazos de la sangre y de la afinidad que imita el parentesco. Son los parientes y los afines más próximos de la línea ascendente y descendente los que se deben alimentas. En la línea colateral no hay lugar á la obligación alimenticia. El deber de educación tiene sus límites trazados por la naturaleza; no es que la educación del hombre acabe alguna vez, pues la humana existencia toda entera no tiene otro objeto que el desenvolvimiento de las facultades inteléctuales y morales. Pero llega una edad en que el hombre puede y debe dirigir él mismo su destino trabajando en su perfeccionamiento, y entonces el deber de educación de los parientes cesa. La obligación alimenticia no tiene límite cierto, nace con las necesidades de aquel que á ella tiene derecho y no acaba sino con estas necesidades. Es posible que éstas duren toda la vida de aquel que reclama los alimentos, cuando á causa de su incapacidad física ó intelectual no puede proveer él mismo á su subsistencia. En general cuando la educación está acabada el niño hecho hombre se halla en estado de ganar su vida, pero esto no es verdad sino con una restricción; en todas las carreras, y sobre todo en las profesiones llamadas liberales, se necesita un tiempo de práctica más ó menos largo para adquirir clientela. Se puede, pues, decir que la obligación alimenticia comienza cuando el deber de educación acaba. La primera es recíproca (arts. 207, 212), y es evidente que no puede tratarse de reciprocidad en orden al deber de educación.

47. ¿Por qué la ley impone la obligación alimenticia á los parientes y afines más próximos? Desde el punto de vista moral y religioso todos los hombres son hermanos y todos se deben socorro y asistencia. Pero este deber de caridad es uno de aquellos que llamamos imperfectos porque no tienen ni pueden tener sanción. La caridad cesaría de ser una virtud desde el momento en que fuere mandada

por la ley, y no es sino por excepción que se hace una deuda civil. Entre cónyuges, parientes y afines de la línea directa hay obligación civil de suministrarse los alimentos necesarios para la vida. Se supone que aquel que los reclama tiene necesidad de ellos, y desde entonces le pertenece un derecho moral para pedirlos. Es la sociedad la que en general organiza la asistencia en favor de los desgraciados que, por cualesquiera causas, no pueden procurarse por su trabajo las cosas necesarias para la vida. Pero esta obligación pesa ante todo sobre los parientes más próximos; es el grito de la conciencia quien nos dice que el cónyuge debe alimentos á su cónyuge; que los hijos no pueden dejar á sus ascendientes en una desnudez que no les permita vivir; y ¿los ascendientes podrian abandonar á la caridad pública á aquellos á quienes han dado el sér? Rehusar los alimentos es dar la muerte, dicen los jurisconsultos romanos. Aquellos que reciben la vida y aquellos que la transmiten están por esto mismo obligados á conservarla. La ley extiende esta obligación á los afines, en razón del lazo íntimo que la afinidad crea en la línea directa, lazo íntimo que imita el parentesco hasta en el lenguaje; de aquí las expresiones: padre político, madre política, hijo político, hija política. Pero el lazo de la sangre, y con mayor razón el de la afinidad, no bastarían para engendrar por sí mismos una obligación civil. Sólo la ley puede dar sancion á los deberes morales; uno de éstos, por imperioso que se le suponga, no produce acción, queda en el estado de obligación natural aun cuando sea susceptible de hacerse civil, pero se debe suponer que el legislador, por cualquiera razón, no lo ha escudado de una acción. No basta, pues, fundarse en un deber moral para deducir de él la

obligación alimenticia, como no basta ni que este deber moral reuna obligación natural, pues es necesario que el legislador la haya sancionado acordándole una acción. Cuando no hay texto no hay obligación alimenticia, y ésta, si el legislador la ha consagrado, no existe sino en los límites definidos por la ley.

Así como no se puede crear la obligación alimenticia invocando un deber moral tampoco se puede extenderla por consideraciones morales.

48. La deuda alimenticia es esencialmente personal; es decir, que aquellos á quienes la ley la impone son los únicos que pueden ser obligados á cumplirla; está, pues, unida á la persona del deudor y se extingue, por consiguiente, con su vida. El principio está fundado sobre la esencia de la obligación alimenticia. Hay deudas, dice el art. 1122, que por su misma naturaleza no pasan á los herederos. La ley no define los caracteres de las deudas personales. Es necesario, pues, recurrir á la doctrina. Una deuda es personal cuando aquel que está obligado á ella no lo está sino por motivos que se fundan en un deber que él tiene que cumplir en razón de un lazo que lo une á aquel que reclama el cumplimiento de ese deber si el lazo es formado por el parentesco, por la sangre. Ahora bien, un lazo semejante es intransmisible por su naturaleza, y, en consecuencia, la deuda que de él se deriva no podría pasar á los herederos. Tal es la obligación alimenticia que incumbe á los más próximos parientes en virtud de los lazos de la sangre y del afecto que ellos suponen, ó á causa del lazo de afinidad que imita el parentesco. No se concibe que tal obligación pase á los herederos. Aquel que está sujeto á ella la llena mientras vive; á su muerte se extingue con su persona; su heredero no puede ser forzado á cumplirla porque no es

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

del número de los parientes á quienes la ley carga con esta deuda. ¿Cómo una deuda de sangre y de afecto gravitaría sobre aquel que no tiene ni esta sangre ni este afecto?

La cuestión es, sin embargo, muy controvertida. La opinión contraria á la que acabamos de exponer, es más generalmente seguida, pero los autores que la adoptan no están de acuerdo entre sí. Los unos dicen que la deuda alimenticia no se transmite sino cuando ha sido establecida por una sentencia; los otros se contentan con la demanda judicial; los hay que admiten la transmisión desde que la necesidad ha nacido, otros van más lejos y deciden que los herederos están obligados aun cuando la necesidad no haya surgido en vida de su autor (1). Dalloz es el primero que haya sostenido la personalidad de la deuda alimenticia (2). Demolombe ha dado nuevos desenvolvimientos á esta opinión (3) y la jurisprudencia ha acabado por consagrarla.

Lo que da un gran peso á esta opinión es que los jurisconsultos romanos la enseñaban. Fundada sobre un deber de piedad, dice Ulpiano, la deuda alimenticia no pasa á los herederos. El admite, sin embargo, una excepción para el caso en que el padre fuera reducido á una extrema pobreza (4). Se concibe esta reserva dictada por la equidad bajo el imperio de un derecho no escrito, pues cuando los jurisconsultos hacen el derecho pueden tambien modificarlo. Pero hay que guardarse de hacer prevalecer la equidad bajo el imperio de una legislación escrita; si el intérprete la escuchara se pondría encima de la ley, como también encima de los principios. Esto es lo que ha sucedido con la obligación alimenticia. En el antiguo derecho Lebrún confesaba que la deuda era personal, como fundada sobre un deber de piedad; pero la equidad lo arrastró á recomendar la opinión contraria, aunque menos regular (1). Es también bajo la influencia de este sentimiento de la equidad como la jurisprudencia se ha pronunciado desde luego por la transmisión de la obligación alimenticia (2). Demolombe, con todo y combatir esta doctrina, reconocía que la opinión más severa, pero más jurídica, no contaba partidarios. No hay que desesperar nunca cuando tiene uno en su favor los verdaderos principios; mantengámoslos, en caso necesario, contra los tribunales, que la verdad acabará por triunfar. Esto es lo que ha sucedido con la cuestión que debatimos. La Corte de Orleáns, en una sentencia vigorosamente fundada, decidió que la deuda personal por su esencia no podía por esto mismo transmitirse á extraños, y la Corte de Casación confirmó esta decisión por una sentencia de denegación (3).

Hemos dicho en qué sentido la deuda es personal; lo es, como lo dice la Corte de Orleáns, porque tiene su principio no sólo en el parentesco y la afinidad sino exclusivamente en el grado de uno y otro, grado que evidentemente no es transmisible. La deuda alimenticia es además personal en el sentido de que el deudor está obligado á ella en proporción de sus facultades. Y ¿cómo se estimarían las facultades del heredero? Si se le considera como deudor será pre-

1 Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 652.
2 Dalloz, *Recopilación periódica*, 1833, 2, 48, nota.
3 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 40, seguido por Vergé y Massé, traducción de Zachariae, t. I, p. 222, nota 10.
4 L. 5, pfo. 17, D., *de agnoscendis et alendis, liberis* (XXV, 3).

1 Lebrún, *Sucesiones*, lib. I, cap. V, sec. VIII, núms. 32 y 33.
2 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 652 (t. XXXI, p. 310).
3 Sentencia de Orleáns de 24 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 269). Sentencia de la Corte de Casación de 8 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 352). Véase, en el mismo sentido, una sentencia de Tolosa de 22 de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 5, 22).

ciso decidir que pagará una pensión alimenticia proporcionada á su fortuna; podría, pues, estar obligado más gravemente que lo que lo estaba el difunto; lo que es una verdadera herejía en derecho. ¿Se dirá que la herencia está gravada con la deuda y que, por consiguiente, el monto de la pensión estará en relación con el activo hereditario? Sería otra herejía, porque las deudas se dividen de pleno derecho entre los herederos; no es, pues, la herencia la deudora, como que son los herederos los que deben la deuda alimenticia. Así la dificultad reaparece y resulta insoluble en la opinión que ha sido por largo tiempo general.

49. La deuda alimenticia tiene un carácter particular que la distingue de las obligaciones en general. Estas son fijas, invariables, mientras que la deuda alimenticia es esencialmente variable. El art. 208 dice que los alimentos se otorgan en proporción á la necesidad del que los reclama. Ahora bien, las necesidades cambian con la edad, la salud, cambian con el estado de la fortuna. Existe una necesidad absoluta y una necesidad relativa. La necesidad absoluta varía de un dividuo á otro. Se necesita poco para vivir, dice un poeta inglés, y este poco no se necesita por mucho tiempo. De todos modos siempre es cierto que las necesidades de la vida difieren según las clases sociales. Esto pasa sobre todo en las necesidades relativas (1).

La deuda alimenticia es también variable bajo otro aspecto. En los términos del art. 218 los alimentos se conceden teniendo en cuenta la fortuna del que los debe. Hé aquí una nueva y singular excepción á los principios generales. Cuando un deudor se obliga se obliga indefinidamente; poco importa que tenga bienes suficientes para cu-

1 Portalis, *Exposición de motivos*, núm. 60 (Locré, t. II, p. 369).

brir sus obligaciones; queda ligado á ellas en tanto que no las satisface. Nunca puede pedir la reducción de sus compromisos alegando una disminución de fortuna. Mientras que el que debe alimentos está más ó menos obligado, según los bienes que posee. Su obligación aumenta cuando crece su fortuna y disminuye cuando sufre pérdidas.

50. Estas diferencias se explican por la naturaleza de la deuda alimenticia; tiene ésta un carácter moral; está fundada en el afecto que nace de los vínculos de la sangre. Tiene además otro carácter que se deriva de la misma causa. La deuda de alimentos es de orden público en el sentido de que el legislador la impone por motivo de humanidad, de piedad. Síguese de aquí que debe aplicarse á los alimentos la disposición del art. 6, que prohibe la derogación por medio de convenciones particulares de las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres. Así, pues, aquellos á quienes la ley concede derecho á alimentos no pueden renunciar á este derecho (1). Esto equivaldría á renunciar á la vida, y el hombre no tiene este derecho; ó equivaldría á descargar á los padres de una deuda para ponerla á cargo de la sociedad, cosa que el individuo no puede hacer.

De este principio resultan consecuencias muy importantes que establecen una nueva diferencia entre la deuda de alimentos y las demás obligaciones. Las convenciones, dice el art. 1134, hacen veces de ley para los que las han otorgado; así es que no pueden ser revocadas sino por su mutuo consentimiento. Esta regla no se aplica á la deuda de alimentos; aun cuando se fijase por medio de una convención quedaría sujeta á las fluctuaciones que nacen de

1 Sentencia de Burdeos de 26 de Julio de 1855 (Dalloz, 1859, 5, 24).

las necesidades del que reclama los alimentos y de la fortuna del que los debe. Lo que hoy quedaría arreglado pudiera ser deshecho mañana (1). Por la misma razón los juicios que fijan la cuota de una pensión alimenticia no tienen la autoridad de cosa juzgada; el demandante puede intentar una nueva acción, para el mismo objeto, por la misma causa, contra la misma persona, sin que se pueda rechazarlo por la excepción de cosa juzgada; como el primer juez no ha podido decidir la cuestión de una manera irrevocable el juicio no puede tener más efecto que las convenciones (2).

51. Los principios que acabamos de exponer sólo se refieren á la deuda de alimentos establecida por la ley á cargo de los más próximos parientes ó afines, y fundada en las necesidades del que reclama alimentos. Hay pensiones alimenticias que tienen otra causa: la liberalidad del que las ofrece ó una transacción. Estas convenciones pueden pasar entre personas que se deben alimentos, entre ascendientes y descendientes. En este caso hay que distinguir bien la causa que las hizo establecer. Si es la necesidad de aquel á quien se han ofrecido se aplican los principios que rigen la deuda de alimentos. Si es otra causa cualquiera se entra en los principios generales sobre las obligaciones. Un padre constituye una pensión á su hija, á título de dote. Esta convención es irrevocable; ni el deudor, ni el acreedor podrían pedir su revocación ó su modificación y los juicios que interviniesen tendrían ciertamente la autoridad de cosa juzgada. Sucedería lo mismo con una pensión alimenticia

1 Sentencia de París de 8 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 720).
2 Sentencia de París de 1.° Diciembre de 1832 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 714, 1.°).

estipulada por la mujer como condición de haber renunciado á la vida común (1).

§ II ¿QUIEN DEBE LOS ALIMENTOS?

Núm. 1.—De los cónyuges

52. El art. 212 dice que los esposos se deben mutuamente auxilios, asistencia, y el art. 214 agrega que el marido debe ministrar á la mujer todo lo que es necesario á las exigencias de la vida, según sus facultades y su estado. De aquí resulta la obligación para los esposos de procurarse alimentos. Regularmente el marido los proporciona; la mujer, á la vez que los recibe como acreedora, contribuye en ellos según los diversos regímenes.

Pero si el marido no tuviese los medios necesarios para cumplir su obligacion la mujer deberá soportar esta carga sobre sus bienes personales, porque la obligación es recíproca en virtud del art. 212.

Acabamos de decir que los esposos se deben alimentos. El Código no se sirve de esta expresión al hablar de los deberes de los esposos, y esto con intención, á lo que nos parece. En general los alimentos se ministran por medio de una pensión alimenticia. Ahora bien, entre esposos no puede ser cuestión de una pensión alimenticia, supuesto que la vida común es el primero de sus deberes. La mujer, dice el art. 214, está obligada á habitar con su marido, y por lo mismo es en el domicilio conyugal en donde es alimentada y sostenida. Que si las facultades del marido

1 Sentencia de Lieja de 20 de Enero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 2202). Sentencia de Bruselas de 14 de Agosto de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 224). Compárese Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 724.

las necesidades del que reclama los alimentos y de la fortuna del que los debe. Lo que hoy quedaría arreglado pudiera ser deshecho mañana (1). Por la misma razón los juicios que fijan la cuota de una pensión alimenticia no tienen la autoridad de cosa juzgada; el demandante puede intentar una nueva acción, para el mismo objeto, por la misma causa, contra la misma persona, sin que se pueda rechazarlo por la excepción de cosa juzgada; como el primer juez no ha podido decidir la cuestión de una manera irrevocable el juicio no puede tener más efecto que las convenciones (2).

51. Los principios que acabamos de exponer sólo se refieren á la deuda de alimentos establecida por la ley á cargo de los más próximos parientes ó afines, y fundada en las necesidades del que reclama alimentos. Hay pensiones alimenticias que tienen otra causa: la liberalidad del que las ofrece ó una transacción. Estas convenciones pueden pasar entre personas que se deben alimentos, entre ascendientes y descendientes. En este caso hay que distinguir bien la causa que las hizo establecer. Si es la necesidad de aquel á quien se han ofrecido se aplican los principios que rigen la deuda de alimentos. Si es otra causa cualquiera se entra en los principios generales sobre las obligaciones. Un padre constituye una pensión á su hija, á título de dote. Esta convención es irrevocable; ni el deudor, ni el acreedor podrían pedir su revocación ó su modificación y los juicios que interviniesen tendrían ciertamente la autoridad de cosa juzgada. Sucedería lo mismo con una pensión alimenticia

1 Sentencia de París de 8 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 720).
2 Sentencia de París de 1.° Diciembre de 1832 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 714, 1.°).

estipulada por la mujer como condición de haber renunciado á la vida común (1).

§ II ¿QUIEN DEBE LOS ALIMENTOS?

Núm. 1.—De los cónyuges

52. El art. 212 dice que los esposos se deben mutuamente auxilios, asistencia, y el art. 214 agrega que el marido debe ministrar á la mujer todo lo que es necesario á las exigencias de la vida, según sus facultades y su estado. De aquí resulta la obligación para los esposos de procurarse alimentos. Regularmente el marido los proporciona; la mujer, á la vez que los recibe como acreedora, contribuye en ellos según los diversos regímenes.

Pero si el marido no tuviese los medios necesarios para cumplir su obligacion la mujer deberá soportar esta carga sobre sus bienes personales, porque la obligación es recíproca en virtud del art. 212.

Acabamos de decir que los esposos se deben alimentos. El Código no se sirve de esta expresión al hablar de los deberes de los esposos, y esto con intención, á lo que nos parece. En general los alimentos se ministran por medio de una pensión alimenticia. Ahora bien, entre esposos no puede ser cuestión de una pensión alimenticia, supuesto que la vida común es el primero de sus deberes. La mujer, dice el art. 214, está obligada á habitar con su marido, y por lo mismo es en el domicilio conyugal en donde es alimentada y sostenida. Que si las facultades del marido

1 Sentencia de Lieja de 20 de Enero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 2202). Sentencia de Bruselas de 14 de Agosto de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 224). Compárese Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 724.

no le permiten soportar esta carga en su totalidad, si la mujer debe suplir á ello, es aún continuando la vida común como contribuirá al sustento y á la conservación de la familia. Así, pues, entre esposos no hay lugar á una pensión alimenticia. La regla está fuera de duda, pero se pregunta si recibe excepciones, y acerca de esta cuestión hay mucha incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia.

53. Hay un primer punto que es cierto. Cuando el matrimonio se ha disuelto por el divorcio ya no pueden discutirse obligaciones que deriven del matrimonio. Hay, no obstante, una excepción respecto de los alimentos: el esposo que ha conseguido el divorcio puede reclamar una pensión alimenticia sobre los bienes del otro esposo (art. 301). Esta es una verdadera deuda de alimentos, porque la ley dice que la pensión se revocará en el caso de que cese de ser necesaria. Los alimentos se ministran, en este caso, en la forma de una pensión, porque cesa la vida común.

El esposo que pide la separación de cuerpo puede invocar el beneficio del art. 301. Esto no puede ser objeto de duda (1). Hay más: el esposo culpable contra el cual se ha pronunciado la separación de cuerpo puede reclamar alimentos de su cónyuge, hasta la misma mujer adúltera. La jurisprudencia en este punto se haya unánime (2) y hasta sorprende que la cuestión haya podido llevarse ante la Corte de Casacion. La separación de cuerpo no rompe el vínculo del matrimonio, únicamente lo afloja en el sentido de que el deber de la habitación común cesa, todos los

1 Sentencia de la Corte de Casación de 28 de Junio de 1815 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 725, 1°)

2 Véanse las sentencias en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 640.

demás deberes subsisten; los esposos se deben, pues, *auxilios*, en los términos del art. 212. Como estos auxilios no pueden ya recibirse en el domicilio conyugal hay lugar á convertirlos en pensión alimenticia.

54. ¿Qué debe decidirse si los esposos viven separados de hecho sin que un juicio haya pronunciado la separación de cuerpo? La cuestión no recibe una solución absoluta. Hay que ver cuáles son las causas que han ocasionado la cesación de la vida común. Supongamos desde luego que el marido rehuse recibir á su mujer: es evidente entonces que deberá pagarle una pensión alimenticia. El Código lo obliga á recibir á su mujer y á proporcionarle todo lo que es necesario á las exigencias de la vida; el marido no puede, rehusándose á recibirla, declinar la obligación que la ley le impone de proporcionarle alimentos. Sólo una diferencia habrá, y es: que como los alimentos no pueden darse en naturaleza el marido estará obligado á pagar una pensión alimenticia. Sobre este punto hay unanimidad en la jurisprudencia (1(. Bien entendido que desde el momento en que el marido consienta en recibir en su casa á la mujer la pensión cesará de correr. La decisión sería la misma si el marido no tuviese domicilio conveniente en donde recibir á su mujer; más adelante veremos que el deber de la mujer de habitar con el marido se subordina al deber que tiene el marido de ofrecerle un domicilio que pueda decentemente habitar. Si el marido no cumple este deber ciertamente que por ello no quedará desligado de la obligación de alimentar y sostener á su mujer; supuesto

1 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 745).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que no puede hacerlo en el domicilio conyugal deberá pagarle una pensión alimenticia. (1)

55. Muy diferente es la hipótesis cuando la mujer abandona el domicilio conyugal. Algunas veces esto se hace de común acuerdo entre los esposos; y sucede que, en este caso, el marido se obliga á pagar una pensión alimenticia á su mujer. Es evidente que la separación voluntaria de los cónyuges es nula y, en consecuencia, lo son también las convenciones que la acompañan. La vida común es un deber para los esposos (art. 214); este deber toca al orden público, supuesto que no hay ya matrimonio cuando cesa de haber vida común. Toda convención contraria á una ley de orden público está penada de nulidad (art. 6). Sígnese de aquí que la mujer no tendrá acción contra su marido para el pago de la pensión alimenticia; solamente un medio tiene para obtener alimentos, y es restablecer la vida común. Sólo en el caso de que el marido se rehusase á recibirla podría exigir una pensión. (2)

La decisión sería la misma si hubiese separación de bienes; poco importa que sea judicial ó convencional. Este es un régimen que concierne á la fortuna de los dos esposos, y el régimen en nada cambia los deberes que emanan del matrimonio: separados en los bienes ó comunes en ellos deben habitar juntos, y, en consecuencia, en el domicilio conyugal es en donde la mujer separada en bienes debe recibir lo que necesita para cubrir las exigencias de la vi-

1 Sentencia de la Corte de Lieja de 20 de Enero de 1841 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 760, 2°).

2 Sentencia de Colmar de 12 de Julio de 1806 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 747, 2°). Sentencia de Grenoble de 11 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 62). Sentencia de Nimes de 9 de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 219).

da: todavía en este caso ella contribuirá á los gastos de la casa conyugal manteniendo la vida común, ó bien los soportará en su totalidad en el caso de separación judicial (1).

56. La cuestión se vuelve más difícil cuando la mujer abandona el domicilio conyugal sin que medie denegación del marido para tenerla en su casa. Es para evitar los malos tratamientos por lo que la mujer se va á vivir á otra parte. ¿Podía reclamar una pensión alimenticia? En principio se debe responder afirmativamente y sin vacilar. El marido viola su deber de esposo al maltratar á la mujer, á la cual promete asistencia y protección. ¡Y si, á fuerza de malos tratamientos, obliga á la mujer á abandonar el domicilio conyugal vendrá á decirle que no le debe alimentos y que está dispuesto á recibirla en su casa! Nó, aun siguiendo el rigor del derecho semejante pretensión sería inadmisible. Sin duda alguna que la mujer debe habitar con el marido y debe ser alimentada y sostenida en el domicilio conyugal. Pero el marido debe también asistencia y protección á su mujer. Hay, pues, en esto obligaciones correlativas; si la mujer debe habitar con el marido es con la condición de que sea tratada como mujer. ¿Cuando en lugar de cumplir su deber de protector el marido la arroja de su casa á fuerza de malos tratamientos podía él prevalerse de la falta de ejecución del deber de protección para dispensarse de cumplir el deber de mantenimiento?

La jurisprudencia da acción á la mujer que vive separada por culpa del marido (2). Aun hay una sentencia que así lo decide en favor de un marido que se vió obligado á

1 Sentencia de Burdeos de 31 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 289).

2 Sentencia de Montpellier de 23 de Diciembre de 1830 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 668, 1.°).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dejar el domicilio conyugal para escapar de las explosiones de odio de su mujer (1). Se hacen, sin embargo, graves objeciones contra esta doctrina. El matrimonio, dicen, hace surgir deberes recíprocos; si uno de los esposos falta á los deberes que la ley le impone no es esta razón para que el otro esposo falte á los suyos; debe cumplirlos ó pedir ya sea el divorcio ó ya la separación de cuerpo. Nosotros contestaremos, con la Corte de Burdeos, que la separación ó el divorcio es un derecho para el esposo desgraciado, que esto no es una obligación: lejos de favorecer la disolución del matrimonio ó la separación de cuerpo la ley no lo admite sino porque á ello se ve juzgada. El juez debe obrar dentro del mismo espíritu; debe, pues, cuidarse de inclinar á los esposos á pedir el divorcio ó la separación de cuerpo rehusándoles una pensión alimenticia.

Se hace otra objeción. ¿Conceder una pensión alimenticia al esposo separado de hecho no equivale á favorecer estas separaciones, no es autorizar indirectamente las separaciones voluntarias por mutuo consentimiento cuando la ley ni siquiera admite separación de cuerpo judicial por concurso de voluntades (art. 307 ? Hay ciertamente en esto un peligro. A los tribunales toca prevenirlo. No concederán pensión alimenticia sino cuando se pruebe que la vida común ha cesado por culpa de uno de los esposos. Que si, por el contrario, hay motivos para temer que los esposos sólo tratan de eludir la ley el juez rehusará discernir una pensión al esposo separado. En todo caso la pensión será revocable, como toda pensión alimenticia; si las circunstancias cambian, si la vida común puede restablecerse, cesará la pensión.

1 Sentencia de Burdeos de 3 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1854, 210)

57. Puede, además, acontecer que el marido deba pagar á su mujer una pensión alimenticia, sin que uno y otro lleven vida separada. El marido está incapacitado, la mujer continúa habitando con él, pero el incapacitado está bajo tutela. De hecho el marido, como lo indica el artículo 214, no puede dar á la mujer lo que necesita para cubrir las exigencias de la vida, y es imposible que el tutor del incapacitado ejerza deberes inherentes al estado conyugal. En este caso la mujer puede pedir alimentos (1). Lo mismo tendría lugar si no hubiese interdicto, pero si el marido estuviese asilado en una casa de salud. Aun en este caso no se halla en aptitud de cumplir las obligaciones que el impone el artículo 214; la mujer que no recibe alimentos en el domicilio conyugal está en su derecho para exigir una pensión alimenticia (2).

Por su parte la mujer, por causa de enfermedad, puede verse obligada á separarse del domicilio conyugal. Si esto se verifica con el consentimiento del marido la consecuencia será que la mujer pueda reclamar una pensión alimenticia. No hay en este caso vida separada, no siendo la ausencia sino momentánea; la pensión también, y esto no necesita decirse, será temporal. La Corte de Casación ha juzgado exactamente que las convenciones que á este particular se estipulen no pueden menoscabar el poder marital, y no están en oposición con el deber que incumbe á la mujer de habitar con su marido (3).

1 Compárese la sentencia de Aix de 5 de Marzo de 1842 (Dalloz, en la palabra *Interdicto*, núm. 174).

2 Sentencia de Bruselas de 30 de Octubre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, p. 309).

3 Sentencia de la Corte de Casación de 24 de Marzo de 1848 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 754).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Por último, puede suceder que la mujer, no obstante que recibe la subsistencia en el domicilio conyugal, carezca de lo necesario para su sostenimiento. El marido no satisface, en este caso, la obligación que le impone el artículo 214 de dar á su mujer todo lo que es necesario para cubrir las exigencias de la vida, ó no lo hace según sus facultades ó su estado. Desde este momento la mujer debe tener acción contra él. Sólo que ella deberá probar, como lo ha resuelto la Corte de Bruselas, cuáles son las cosas que su marido le ha rehusado para su sostenimiento ó para sus necesidades (1).

Núm. 2.—De los parientes legítimos y de los afines.

58. El art. 205 dice que los hijos deben alimentos al padre y á la madre y á otros ascendientes que sean menesterosos; y, por los términos del artículo 207, estas obligaciones son recíprocas. En virtud de estas disposiciones es de toda evidencia que los abuelos deben alimentos á sus nietos que están reducidos á la necesidad. No obstante, ¿podría uno creerlo? Toullier ha pretendido que el texto del Código no decidía formalmente la cuestión. Debido á su autoridad esta cuestión figura entre las controversias que los autores se creen obligados á discutir. Nosotros creemos que no hay autoridad cuando el error es palpable y en cierto modo material. Desprendamos nuestra ciencia de estas controversias inútiles en las que nada tiene que ganar. La jurisprudencia es tan unánime como la doctrina en la con-

1 Sentencia de la Corte de Bruselas de 29 de Mayo de 1820 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 743, y *Pasicrisia*, 1820, p. 143).

denación de este error (1). Sólo la hemos citado como ejemplo de las cuestiones ociosas que un autor transmite al otro; las pasaremos en silencio, á menos que no haya un principio en causa.

59. El artículo 206 establece que los yernos y las nueras deben alimentos á sus suegros y suegras menesterosos; y el artículo 207 declara que estas obligaciones son recíprocas. En el lenguaje común se da el nombre de *nuera* á la hija que la mujer ha tenido de un primer lecho; el derecho antiguo la calificaba de *hijastra;* cierto es que no está comprendida en el texto del Código; la palabra *yerno* explica el sentido de la ley; los alimentos sólo son debidos á la mujer del hijo y al marido de la hija. Del mismo modo en el lenguaje ordinario se llama suegro al segundo marido de la madre, y suegra á la segunda mujer del padre; en derecho llevan el nombre de *padrastro y madrastra.* Cierto es, igualmente, que no tienen derecho á alimentos. El texto no deja duda alguna sobre este punto, y de este modo se ha interpretado en los momentos de la discusión.

¿Pregúntase si esta obligación se extiende á los ascendientes del cónyuge y á los cónyuges de los descendientes? En otros términos: ¿la deuda alimenticia entre afines se limita al primer grado en línea directa ó se extiende á todos los grados? La cuestión es controvertida y es dudosa. Admítese generalmente que la obligación se extiende á todos los grados. El texto, es cierto, es contrario á esta opinión, pero dícese que los términos del artículo 206 no expresan el verdadero pensamiento del legislador. Veamos lo que ha pasado. El artículo 2 del proyecto decía: «Los hijos deben

1 Véanse los testimonios de ello en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 622.

igualmente alimentos al padre y á la madre y á otros ascendientes que estén reducidos á la necesidad. Los hijos igualmente deben alimentos *á sus afines en la misma línea.*" En el consejo de Estado Cambacères preguntó lo que los autores del proyecto entendían por *afines*, Reál contestó que se querían designar los grados correspondientes á los de los ascendientes. Cambacères dijo que entonces la disposición era demasiado extensa, puesto que de ella resultaba la obligación de proporcionar alimentos á una madrasta. Tronchet propuso servirse de las palabras *suegro y suegra* y restringir el efecto de la disposición á los ascendientes del otro esposo. Esta proposición quedó adoptada, pero sin la explicación que Tronchet le había agregado. ¿Debe entenderse el artículo 206 en el sentido de esta interpretación? Es evidente que tal es el espíritu de la ley. La obligación de los afines está establecida á imitación de la de los parientes; extendiéndose ésta á todos los grados, lo mismo debe pasar con la otra. Puede sostenerse que tal es la voluntad del legislador. En efecto, si la disposición primitiva se ha cambiado no ha sido para excluir á los ascendientes de los cónyuges sino para excluir á los padrastros y madrastras. Así, pues, el artículo 206 debe interpretarse en el sentido de la explicación de Tronchet (1). Sin embargo, queda en pie una dificultad de texto y de principio. Es muy peligroso introducir en el código las interpretaciones que se dan en el consejo de Estado; la ley la constituye el texto y no lo que haya podido decir Tronchet; ahora bien, el texto es tan claro como es posible serlo, limita la deuda alimenticia al primer grado. Extenderla es crear una obligación que la ley no establece. Esta, á nuestro juicio, extralimita el poder del intérprete (1).

1 Marcadé, t. I, p. 533, núm. 1 Demolombe, t IV, p. 28, núm. 25

Núm. 3.—De los parientes naturales.

60. La doctrina y la jurisprudencia están unánimes en reconocer que el padre y la madre deben alimentos á sus hijos naturales, incestuosos ó adulterinos. Admítese además que los hijos naturales simples deben alimentos á sus padres menesterosos (2). No intentamos levantarnos contra una doctrina que ni siquiera es motivo de disputa; sin embargo, se nos permitirá hacer notar que hay un vacío en el Código Napoleón y que los autores y las sentencias en realidad son los que han hecho la ley en vez de interpretarla. Para convencerse de ello basta leer la sentencia de la corte de casación de 27 de Agosto de 1811, que ha consagrado la opinión general (3). La corte invoca desde luego el antiguo derecho; este argumento tradicional no tiene valor alguno cuando se trata de crear una obligación. Hay que dejar á un lado la tradición para atenerse al Código civil. La Corte Suprema confiesa "que el Código no contiene ninguna disposición expresa en cuanto á los afinientos en favor de los hijos naturales." ¿Esta confesión acaso no decide la cuestión? ¿Hay una obligación *legal sin ley*? En el silencio de las leyes positivas, dice la Corte de casación, hay que recurrir al derecho natural. ¿Y qué en presencia de un código todavía es necesario consultar el derecho natural? Sí cuando se trata de interpretar la ley positiva, nó cuando se trata de hacerla. ¿E imponer una obligación que ninguna ley establece?

1 La Corte de Grenoble ha juzgado en este sentido (sentencia de 9 de Agosto de 1862, en Dalloz, 1862, 5, 24, núm. 4).

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, pp. 16 y siguientes, núms. 17 y 18.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núm. 565.

gún texto de código impone acaso no es hacer la ley? El derecho natural nos dice también que el hermano no puede dejar morir de hambre á su hermano; ¿deduciremos de aquí que el hermano está obligado á dar alimentos á su hermano? La corte invoca el espíritu de la ley, cita las palabras de los oradores del gobierno, dice que el padre y la madre tienen, respecto á sus hijos naturales, deberes tanto mayores cuanto que tienen que reprocharse su infortunio. No se puede expresar mejor, pero esto es teoría, y nosotros buscamos un texto, porque sólo una ley puede engendrar una obligación legal. La Corte se prevale además de las disposiciones del Código que dan al hijo natural un derecho sobre la sucesión del padre y de la madre; ¿pero es positivamente esto el texto que necesitamos? ¿acaso todos aquellos entre los cuales haya un derecho de herencia se deben alimentos? Por último, dice la Corte, lo que no permite duda alguna es que habiendo concedido el Código, por su art. 762, alimentos á los hijos adulterinos ó incestuosos sería contradictorio que los hubiese rehusado á hijos nacidos de personas libres, hijos á quienes ha tratado con mucho más favor. Este último argumento es el único texto que pueda invocarse á favor de la opinión general, y es todavía muy contestable. El Código rehusa todo derecho de sucesión á los hijos adulterinos é incestuosos; sólo les concede alimentos sobre la herencia del padre y de la madre. Estos alimentos no pueden, pues, reclamarse, en virtud del art. 762, sino después del fallecimiento de los padres; hacen las veces para estos desdichados hijos de derecho hereditario. En rigor el art. 762 no podría servir de base para una acción inter vivos ¡y se quiere que los hijos naturales puedan prevalerse de él cuando sus derechos sobre los bienes del padre y de la madre están arreglados en

el título de las Sucesiones, como lo dice el artículo 338! ¡Confesamos que hay un vacío en el código y que el grito de la conciencia ha impuesto silencio á todos los textos! De todas maneras el legislador haría muy bien en colmar por sí mismo el vacío, no se debe dar á los intérpretres la ocasión, ni ponerlos en la necesidad de colocarse sobre la ley.

61. ¿Los hijos adulterinos é incestuosos deben alimentos á sus padres? Aquí los intérpretes vacilan. No hay texto, dicen. ¿Y qué importa si en el silencio de las leyes positivas, como lo expresa la corte de casación, el juez puede y debe recurrir al derecho natural? ¿Acaso el grito de la naturaleza no constituye un deber para los hijos, sean adulterinos ó incestuosos, de alimentar á sus padres é impedir que mueran de hambre? De todas maneras es cierto que hay un vacío en la ley. El mismo artículo 762 está deficiente. En vano se dice que la obligación alimenticia es recíproca; esto no siempre es cierto y, sobre todo, esto no es cierto cuando el que reclama los alimentos tiene que reprocharse un crimen. El esposo contra el cual se ha pronunciado el divorcio no puede reclamar los alimentos, mientras que éstos son debidos al esposo que ha obtenido el divorcio. Concíbese, pues, que los alimentos se rehusen al que es culpable de adulterio ó de incesto, mientras que la ley puede y debe concederlo á los desgraciados hijos, frutos de un comercio criminal ó vergonzoso. Sin duda alguna sería cosa escandalosa ver á un hijo rehusar alimentos á su padre, dando, por decirlo así, la muerte al que le dió la vida. ¿Pero no es también un escándalo oír á un hombre invocar su crimen ó su infamia para constituirse con ellos un derecho? Es inútil insistir. El vacío de la ley está patente. Pero si se concede una acción, en nombre del derecho natural, á los hijos legítimos,

hay que otorgarlo también á cada uno de los padres incestuosos ó adulterinos.

62. ¿El hijo natural debe alimentos á los ascendientes de su padre y estos ascendientes los deben al hijo natural? Esta cuestión se presentó ante la corte de Douai, que la resolvió afirmativamente, pero su sentencia se revocó, y con razón. Es muy cierto, como lo dice la corte de Douai, que no hay texto concerniente á la deuda alimenticia de los parientes naturales, pero por lo menos preciso es para que exista que haya parentesco. La corte invoca el artículo 161 que establece una prohibición de matrimonio entre ascendientes y descendientes naturales, de donde deduce que hay parentesco, y desde el momento en que hay parentesco en línea directa debe existir la obligación alimenticia ó Non, no hay vínculo entre el hijo natural y los ascendientes de su padre; porque es de principio que el reconocimiento del hijo hecho por el padre es personal del padre y no puede producir obligación sino contra él, según la máxima inmutable que quiere que nadie se halle ligado por hechos que atañen á otro. En consecuencia, dice la corte suprema, no se pueden extender los efectos del reconocimiento á los parientes del padre que son extraños para hacer derivar contra ellos una obligación que la ley no reconoce. En vano se invoca el art. 161; el legislador, al prohibir el matrimonio entre los ascendientes y descendientes naturales, se ha determinado únicamente por motivos de honestidad pública; esto es, á decir verdad, una excepción á los principios que rigen el reconocimiento y sus efectos; no se puede, pues, extenderlo para crear una obligación fundada en un parentesco que en realidad no existe. En definitiva los hijos naturales no están en la familia del padre y de la madre; no son herederos de los

miembros de esta familia (arts. 338 y 756), no están ligados con ellos por ningún derecho, por ningún deber. ¿Cómo, pues, podría existir entre ellos la deuda alimenticia?

63. Se pregunta si el padre natural debe alimentos á los descendientes legítimos de su hijo. La cuestión ha sido resuelta afirmativamente por las cortes de Bruselas y de Lieja (1). No citan ningún texto porque no lo hay. ¿No basta con esto para rechazar una obligación que no puede existir sino en virtud de la ley? Dícese que la obligación del padre natural de dar alimentos á su hijo implica la obligación de procurarlos á los hijos legítimos de su hijo. En efecto, dice la corte de Bruselas, los alimentos se deben en la proporción de las necesidades de la persona que los reclama; de suerte que, para dar una regla á la extensión de la obligación alimenticia, hay que tener en cuenta las necesidades de los descendientes de aquel á quien se deben los alimentos. Hay, pues, indirectamente una obligación en provecho de estos descendientes. Esta argumentación es del género de aquellas que prueban demasiado y que, en consecuencia, nada prueban. Podría hacerse un razonamiento idéntico en interés de los descendientes naturales y llegar de este modo á la conclusión de que los alimentos se deben entre ascendientes y descendientes naturales: doctrina inadmisible. La Corte de Bruselas invoca además los artículos 158 y 151, de donde resulta, á su juicio, que los hijos legítimos del hijo natural deben pedir consejo á su abuelo natural para contraer matrimonio, lo que indica derechos y deberes recíprocos que derivan del hecho de la paternidad. Aun cuando el código dijese lo

1 Sentencia de Bruselas de 10 de Julio de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 1, 119 y Dalloz, 1852, 2, 155). Sentencia de Lieja de 3 de Julio de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, p. 221).

que la Corte le hace decir, no podría aún prevalerse de esto para crear una deuda alimenticia que ningún texto establece. ¿Pero es cierto que el descendiente legítimo del hijo natural debe esas atenciones respetuosas á su abuelo natural? El artículo 158 no habla sino de los parientes legítimos, y el artículo 151 limita expresamente al padre del hijo natural la obligación que incumbe al hijo de pedir consejo; aquí no se trata, pues, de los descendientes legítimos del hijo natural. En definitiva, no hay texto que directa ó indirectamente establezca la deuda alimenticia, y esto decide la cuestión.

§ III. COMO ESTAN OBLIGADOS LOS DEUDORES.

Núm. 1.—¿Están obligados concurrentemente?

64. La ley impone la deuda alimenticia á los parientes y á los afines; ¿están obligados concurrentemente? La misma cuestión se presenta en los casos en que los parientes y los afines son de grados desiguales. El código nada dice, pero los autores enseñan todos que los que deben los alimentos no están obligados concurrentemente sino sucesivamente. Fundan este orden sucesivo en el antiguo derecho y en consideraciones de equidad. Asientan desde luego como principio que el cónyuge debe los alimentos, antes que los parientes y los afines; invocan el vínculo íntimo y estrecho que el matrimonio crea entre los esposos, quienes, por su unión, vienen á ser una misma carne y una misma alma. A falta de cónyuge la obligación debe pesar sobre los parientes, de preferencia á los afines, no siendo éstos en cierto modo más que parientes ficticios; en todo caso el vínculo de la sangre es más fuerte que el de la alianza, supone un afecto más profundo y, por lo tanto, deberes más imperiosos. Por otra parte, los parientes recogen sucesión, mientras que los afines no la recogen. Ahora bien, la justicia exige que el que tiene los beneficios del parentesco soporte también sus cargas. Este último motivo se alega también para determinar cuáles son, entre los diversos parientes ó afines, los que de preferencia están obligados: estos son los parientes llamados á suceder, y los afines por imitación del vínculo de parentesco aunque no recojan sucesión (1).

Hay muchas objeciones contra esta doctrina. El antiguo derecho se muestra más bien contrario que favorable á la opinión general. En efecto, los autores del Código tenían á la vista las máximas y las distinciones que servían para regir el orden sucesivo, y no las han formulado en textos de ley. ¿No equivale esto á decir que no lo han querido hacer? ¿Para imponer una obligación á tal persona más bien que á tal otra no sería necesario un texto? Tan cierto es esto que una sentencia que rechazase el orden sucesivo no podría ser revocada, porque no violaría ley ninguna, supuesto que no la hay. Por el contrario, una sentencia que impusiese la deuda alimenticia á un pariente más bien que á otro podría revocarse, porque crearía una obligación legal sin ley. La consideración que se invoca contra los parientes nada tiene de decisivo. Sin duda que la equidad exige que la obligación incumba á quien goza de los beneficios. Pero no es esa la cuestión. Hay que ver si la ley consagra esta máxima. Ahora bien, es evidente que no la consagra; y, cosa notable, los mismos autores que la invocan se ven obligados á desviarse de ella. Imponen en pri-

1 Demolombe, t. IV, ps. 35 y siguientes, núms. 32 y 35. Marcadé, t. I, p. 536, art. 207, núm. 3.

que la Corte le hace decir, no podría aún prevalerse de esto para crear una deuda alimenticia que ningún texto establece. ¿Pero es cierto que el descendiente legítimo del hijo natural debe esas atenciones respetuosas á su abuelo natural? El artículo 158 no habla sino de los parientes legítimos, y el artículo 151 limita expresamente al padre del hijo natural la obligación que incumbe al hijo de pedir consejo; aquí no se trata, pues, de los descendientes legítimos del hijo natural. En definitiva, no hay texto que directa ó indirectamente establezca la deuda alimenticia, y esto decide la cuestión.

§ III. COMO ESTAN OBLIGADOS LOS DEUDORES.

Núm. 1.—¿Están obligados concurrentemente?

64. La ley impone la deuda alimenticia á los parientes y á los afines; ¿están obligados concurrentemente? La misma cuestión se presenta en los casos en que los parientes y los afines son de grados desiguales. El código nada dice, pero los autores enseñan todos que los que deben los alimentos no están obligados concurrentemente sino sucesivamente. Fundan este orden sucesivo en el antiguo derecho y en consideraciones de equidad. Asientan desde luego como principio que el cónyuge debe los alimentos, antes que los parientes y los afines; invocan el vínculo íntimo y estrecho que el matrimonio crea entre los esposos, quienes, por su unión, vienen á ser una misma carne y una misma alma. A falta de cónyuge la obligación debe pesar sobre los parientes, de preferencia á los afines, no siendo éstos en cierto modo más que parientes ficticios; en todo caso el vínculo de la sangre es más fuerte que el de la alianza, supone un afecto más profundo y, por lo tanto, deberes más imperiosos. Por otra parte, los parientes recogen sucesión, mientras que los afines no la recogen. Ahora bien, la justicia exige que el que tiene los beneficios del parentesco soporte también sus cargas. Este último motivo se alega también para determinar cuáles son, entre los diversos parientes ó afines, los que de preferencia están obligados: estos son los parientes llamados á suceder, y los afines por imitación del vínculo de parentesco aunque no recojan sucesión (1).

Hay muchas objeciones contra esta doctrina. El antiguo derecho se muestra más bien contrario que favorable á la opinión general. En efecto, los autores del Código tenían á la vista las máximas y las distinciones que servían para regir el orden sucesivo, y no las han formulado en textos de ley. ¿No equivale esto á decir que no lo han querido hacer? ¿Para imponer una obligación á tal persona más bien que á tal otra no sería necesario un texto? Tan cierto es esto que una sentencia que rechazase el orden sucesivo no podría ser revocada, porque no violaría ley ninguna, supuesto que no la hay. Por el contrario, una sentencia que impusiese la deuda alimenticia á un pariente más bien que á otro podría revocarse, porque crearía una obligación legal sin ley. La consideración que se invoca contra los parientes nada tiene de decisivo. Sin duda que la equidad exige que la obligación incumba á quien goza de los beneficios. Pero no es esa la cuestión. Hay que ver si la ley consagra esta máxima. Ahora bien, es evidente que no la consagra; y, cosa notable, los mismos autores que la invocan se ven obligados á desviarse de ella. Imponen en pri-

1 Demolombe, t. IV, ps. 35 y siguientes, núms. 32 y 35. Marcadé, t. I, p. 536, art. 207, núm. 3.

mera línea, la deuda alimenticia al cónyuge. ¿Y acaso es él también el llamado en primera línea á la herencia? Ni siquiera es heredero, no es más que sucesor irregular, y no es llamado sino á falta de parientes en grado capaz de sucederle, y aun á falta de parientes naturales. Si la ley se decidiese según el orden hereditario obligaría á los afines á ministrar alimentos cuando jamás entran en la sucesión. Aun entre parientes el Código no sigue el orden hereditario: el ascendiente debe los alimentos cuando hay un hermano, aunque el hermano del difunto recoja toda la sucesión.

65. De que la ley no percibe orden sucesivo, de que no puede uno prevalerse del orden hereditario, se deduce, á mi modo de ver, que todos los que deben los alimentos están obligados con igual título. Al tribunal toca decidir quién, entre todos los que deban los alimentos, debe soportar esta carga, y se decidirá teniendo en cuenta la fortuna de los deudores. Supongamos que la persona que reclama los alimentos tenga un cónyuge: tiene también un hijo ó una nuera. El cónyuge disfruta de una fortuna mediana, mientras que la nuera es rica. Según la opinión general el cónyuge debería dirigirse á su cónyuge y no obtendría sino una pensión mediana, apenas lo que le es preciso para no morirse de hambre; ¡y tiene una nuera que nada en la opulencia! Hé aquí, sin duda, un resultado contrario á la equidad que debe dominar en esta materia. El que tiene parientes ó afines ricos debe obtener una pensión proporcionada á la fortuna de éstos. Préciso es, pues, que tenga derecho á dirigir su acción concurrentemente contra todos los que le deben alimentos. El tribunal repartirá la carga según la equidad.

Supongamos que haya parientes y afines en el mismo grado, hijos y yernos ó nueras. Según la opinión común sólo los hijos estarían obligados. Resultado una vez más contrario á la equidad si los afines fuesen ricos mientras que los parientes no lo sean. Sobre este punto hay una sentencia favorable á la opinión que defendemos. Una sentencia de la Corte de París de 14 de Agosto de 1855 decide que los ascendientes pueden, á *su elección* y á su riesgo, intentar su acción contra el que juzguen en aptitud de cumplir la obligación alimenticia, salvo que los tribunales tomen en consideración la posición de los coobligados sujetos á la acción y la de los coobligados libres de ella, y salvo también que ordenen si es necesario la entrada en causa de estos últimos. En la especie la Corte condenó al yerno, al mismo tiempo que á la hija, á pagar una pensión alimenticia. Proveído en casación fundado en que los afines no debían alimentos sino á falta de parientes. La Corte Suprema juzgó que el artículo 206 asimila enteramente los yernos y las nueras á los hijos, en cuanto á la obligación de dar alimentos á sus suegros que son menesterosos, y que, por tanto, no hay que hacer distinción ninguna entre los parientes y los afines (1).

A nuestro juicio se debe aplicar el mismo principio á los parientes, aunque lo sean de diversos grados. El artículo 205 establece que los hijos deben alimentos al padre y á la madre y á otros ascendientes que estén menesterosos. Se supone que hay hijos y nietos. En la opinión común el nieto jamás está obligado concurrentemente con su padre; sólo los hijos cuyo padre ha muerto concurren con los hijos de primer grado, y todavía este punto es materia de controversia (2). La ley no hace esta distinción; llama al

1 Sentencia de 17 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 251).

2 Véase la doctrina y la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 614).

nieto con el mismo título que al hijo. Así, pues, el ascendiente puede ejercitar su acción contra uno y otro. El tribunal juzgará conforme á equidad. De toda voluntad reconocemos que este sistema no deja de tener inconvenientes, supuesto que abandona todo al poder discrecional del juez. Pero en el silencio de la ley el juez forzosamente es un ministro de equidad. A esto agreguemos que hay materias en las cuales debe dominar la equidad, y tal es la obligación alimenticia.

Núm. 2.—¿La deuda alimenticia es solidaria é indivisible?

66. Por mucho tiempo la opinión general ha sido que la deuda alimenticia es todo á la vez, solidaria é indivisible. Encuéntrasele consagrada por las sentencias como una especie de axioma que las cortes ni siquiera se toman el trabajo de motivar (1). Los autores estaban de acuerdo con la jurisprudencia (2). Es tal la tenacidad de las doctrinas tradicionales en derecho que este error, hoy día demostrado hasta la evidencia por los intérpretes y por los tribunales, se reproduce todavía, unas veces por una corte, otras veces por un jurisconsulto. Se lee en una sentencia de Douai de 1853 "que la deuda alimenticia participa á un tiempo mismo del carácter de la solidaridad y del de la indivisibilidad" (3). Dalloz enseña también que la obligación alimenticia es solidaria é indivisible (4). Decimos que esto es

1 Sentencia de Douai de 23 de Mayo de 1839 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 654). Compárense las sentencias citadas *ibid.*, núm. 608).

2 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 447.

3 Sentencia de 9 de Mayo de 1853 (Dalloz, *Colección periódica*, 1856, 2, 55).

4 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 700.

un error, y el error es de tal manera evidente que no se concibe que haya podido reinar por tanto tiempo. Basta recordar los principios elementales que rigen la solidaridad y la indivisibilidad para convencerse de que la deuda alimenticia no podría ser á un tiempo mismo solidaria é indivisible. El acreedor de una deuda solidaria tiene acción para el total contra cada uno de los deudores; de donde se sigue que el deudor perseguido es condenado por el total de la deuda, sin que le sea posible traer á juicio á sus codeudores con el fin de dividir la deuda. Cuando la deuda es indivisible el acreedor tiene también una acción por el total de ella contra cada uno de los deudores, pero el deudor perseguido puede traer á juicio á sus codeudores con el objeto de dividir la pena. Si la deuda alimenticia es á la vez solidaria é indivisible ¿qué es lo que se decidirá? ¿que el deudor sometido á la acción puede y no puede traer á juicio á sus codeudores? Podríamos señalar más de una de estas contradicciones, pero es inútil, puesto que es fácil demostrar que la deuda alimenticia no es ni solidaria ni indivisible.

67. Cuando Durantón combatió la doctrina de la solidaridad decía que se necesitaba cierto valor para atreverse á hacerlo (1). Sin embargo basta abrir el Código Napoleón y leer el artículo 1202 para convencerse de que la deuda alimenticia no puede ser solidaria. No lo es en virtud de la ley, supuesto que la ley permanece muda, y no puede tratarse de convenciones en esta materia siendo legal la obligación. Para admitir que la ley es solidaria hay, pues, que imaginar una tercera especie de solidaridad, que se pronunciaría por el juez. Esto es lo que ha resuelto la Cor-

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 389, núm. 424.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

te de Lieja; después de haber juzgado por mucho tiempo que la deuda alimenticia es solidaria é indivisible concluye por reconocer que no está declarada solidaria por ninguna disposición del Código; pero pretende que respecto á esta solidaridad los jueces están investidos de un poder discrecional (1). La misma decisión dió la Corte de Pau. No existe ninguna disposición expresa de la ley, dice este Tribunal, que imprima el caracter de solidaridad á las obligaciones alimenticias; sin embargo, los tribunales pueden condenar á uno de los deudores á saldar la deuda en su totalidad, salvo el recurso contra sus codeudores por las partes puestas á cargo de éstos (2). ¡Cuántas herejías en estas decisiones! ¿Si la deuda no es solidaria en virtud de la ley cómo vendría á serlo en virtud de la sentencia del juez? Si se reconoce que la deuda no es solidaria ¿se reconoce por este mismo hecho que se divide entre los codeudores? y si se divide ¿con qué derecho los tribunales derogarán esta división para condenar á uno de los deudores á dar los alimentos en totalidad?

¡Cosa singular! Los mismos artículos que se invocan para conceder á los jueces este poder discrecional de crear una solidaridad fuera de la ley y de las convenciones prueban que no puede tratarse de solidaridad. Cuando hay varios codeudores solidarios se consideran como uno solo y mismo deudor respecto del acreedor. Esto supone una deuda fija, la misma para todos; así es que cuando uno de ellos la satisface tiene su recurso expedito contra sus codeudores, recurso que se divide de manera que cada uno de los deudores solidarios soporte su parte viril en la deuda. ¿Pasan así las cosas en materia de deudas alimenticias? El artículo 208 quiere que los alimentos se otorguen en la proporción de la fortuna del que los debe; así, pues, cuando hay varios deudores cada uno está obligado de una manera diferente; lo que excluye toda idea de solidaridad, porque en lugar de una deuda, la misma para todos, tenemos dos, tres ó cuatro deudas cuyo monto difiere de un deudor al otro. Uno de ellos debe pagar 200 francos, otro 300, un tercero 500. ¿Cómo estas tres deudas diferentes habían de formar una sola y misma deuda? ¿El que no debe más que 200 francos se verá obligado á pagar solidariamente 1000. Es muy posible que ninguno de los deudores se halle en aptitud de pagar esos 1000 francos. ¿Qué sucederá entonces con la solidaridad? La jurisprudencia decide generalmente que la deuda no es solidaria (1) y tal es también la doctrina de los autores modernos (2).

1 Sentencia de 18 de Diciembre de 1854 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 252).
2 Sentencia de 26 de Diciembre de 1866 (Dalloz, *Colección periódica*, 1867, 2, 197).

68. Hay autores que á la vez que confiesan que la deuda no es solidaria sostienen que es indivisible. En este punto convenimos en que haya, si no duda, por lo menos discusión. ¡Reina tanta obscuridad en la materia de indivisibilidad de las obligaciones! En la especie hay, sin embargo, un medio muy sencillo de ilustrarse, y es consultar á Dumoulín. Se sabe que su doctrina, vulgarizada por Pothier, ha pasado al Código Napoleón. Pues bien, el gran jurisconsulto enseña que la deuda alimenticia es divisible. «Cierto es, dice, que no se puede vivir por parte, pero esto no impide que los alimentos no sean divisibles, en el

1 Sentencia de Burdeos de 14 de Diciembre de 1841 [Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 698, 8°). Sentencia de Tolosa de 14 de Diciembre de 1835 (*ibid.*, núm. 699, 2°) Sentencia de Limoges de 19 de Febrero de 1846 [Dalloz, *Colección periódica*, 1846, 4, 15). Sentencia de Bruselas de 10 de Agosto de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 30).
2 Duvergier acerca de Toullier, t. I, 2, p. 5, nota.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sentido de que la pensión alimenticia se pague por partes por varias personas (1). Los textos del Código son suficientes para decidir la cuestión en este sentido. Se sabe que hay tres especies de indivisibilidad. La indivisibilidad es absoluta cuando la obligación tiene por objeto una cosa que al ser entregada no es susceptible de división, ni material ni intelectual (art. 1217). No puede tratarse de indivisibilidad absoluta en materia de alimentos porque es evidente que los efectos ministrados en naturaleza, así como las pensiones alimenticias, son divisibles. Las deudas son, además, indivisibles cuando el aspecto bajo el cual se considera la cosa, aunque sea divisible, no la hace susceptible de ejecución parcial. Esto es lo que llama indivisibilidad de obligaciones; tiene su principio en la voluntad de las partes contrayentes, lo que supone una obligación contractual. La deuda alimenticia es legal; preciso sería, pues, que el legislador hubiese manifestado la voluntad de hacerla indivisible: es decir, que se necesitaría un texto que declarase indivisible la deuda ó que por lo menos implicase necesariamente la indivisibilidad. Ahora bien, los textos prueban, al contrario, que la deuda se divide. En efecto, en los términos del artículo 208 los alimentos se conceden en la proporción de la fortuna de los que los deben. El juez debe, pues, apreciar las facultades de cada uno según su fortuna, lo que implica la división de la deuda. Queda le indivisibilidad de pago. Hay casos en que una deuda, aunque divisible, debe ser satisfecha en su totalidad por uno de los herederos del deudor (art. 1221). La indivisibilidad de pago no concierne, pues, sino á los herederos y, por lo mismo, es extraña á nuestra cuestión. En definitiva

1 Dumoulín, *Extricatio labgrinthi dividui et individum, pae* (II, núm. 223, op. t. III, p. 152).

no hay texto alguno de donde pueda colegirse que la deuda alimenticia sea indivisible (1).

¿Qué es lo que se alega en la opinión contraria? Se reproduce la objeción á la que ya ha contestado Dumoulin. La obligación alimenticia, dice Duranton, es indivisible, porque tiene por objeto algo indivisible, la vida, y porque no se puede vivir en parte (2). Sin duda alguna que no se puede vivir en parte; pero los alimentos que nos hacen vivir, pueden ministrársenos por diversas personas, como lo ha dicho Dumoulin. Además, los alimentos que procuran la vida, no son algo absoluto; lo necesario mismo varía, tolera más ó menos, y en consecuencia, una división. Aléganse los inconvenientes de esta división: es posible que uno de los deudores no pague, ¿de qué vivirá entónces el acreedor? Vivirá como viven los arrendadores á los que no les pagan sus rentas: pedirá prestado. Estos inconvenientes no impiden la divisibilidad de la deuda, ni las consecuencias que de ella resultan.

La corte de casación ha juzgado en el sentido de que siendo indivisible la deuda alimenticia, el que está sometido á su acción, no tiene ni el derecho de traer á juicio á los otros deudores; cada uno está personalmente obligado en el límite de sus facultades. Si se vé sentenciado dentro de este límite, no tiene el derecho de ejercitar un recurso contra los demás deudores, y, por lo mismo, no puede intentarles juicio (3). Esto no carece de inconvenientes, y tal vez el legislador habría debido ordenar la comparecencia en juicio de todos los que deben los alimentos, con el objeto de que las facultades de cada uno queden judicial-

1 Zachariæ, edición d'Aubry y Rau, t. III, p. 695, nota 18, párrafo 552.
2 Duranton, *Curso de derecho frances*, t. II, p. 392, núm. 425.
3 Sentencia de 15 de Julio de 1861, (Dalloz, *Colección periódica*, 1861, I, 469).

mente establecidas. Pero en ausencia de un texto la decisión de la corte es inatacable. Si la ley da lugar á inconvenientes, esto concierne al legislador; el intérprete no tiene derecho á corregir la ley.

Así, pues, razona mal quien se prevale de los inconvenientes que resultan de la divisibilidad para declarar que la deuda alimenticia es indivisible. Esto es lo que ha hecho la corte de Lieja (1). Hay decisiones todavía más extrañas. La corte de Rennes juzgó que la deuda alimenticia es indivisible en cuanto al pago; é invoca el art. 1222 (2) en cuyos términos cada uno de los que conjuntamente ha contraído una deuda indivisible, está obligado por la cantidad total. Ahora bien, cierto es, y esto es elemental, que el art. 1222 no se aplica á la indivisibilidad de pago, y que supone una indivisibilidad absoluta ó de obligación. Así, pues, según la corte de Rennes, la deuda alimenticia sería á la vez indivisible en cuanto al pago, es decir, divisible por naturaleza propia é indivisible. La corte de Tolosa, ha salido de apuros de una manera muy distinta; ha juzgado que en la deuda alimenticia y en su ejecución había por lo ménos una *indivisibilidad de hecho* (3). Así es que se ve uno obligado á imaginar una nueva indivisibilidad, como otras cortes han inventado una nueva solidaridad. ¿No es esto una prueba evidente de que la deuda no es ni solidaria ni indivisible? La cuestión no ofrece duda alguna; bastan los principios elementales del derecho para resolverla en este sentido, y esto prueba la importancia de los principios.

1 Esto es lo que ha hecho la corte de Lieja (sentencia de 17 de Enero de 1833, en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 698, 2°
2 Sentencia de 30 de Marzo de 1833 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 698, 7.°
3 Sentencia de 25 de Julio de 1863 (Dalloz, *colección periódica*, 1863 2, 140).

§ IV. *De la acción alimenticia.*

Num. 1.—Condiciones.

69. La persona que reclama los alimentos, dice el código, debe *estar reducida á la necesidad* (arts. 205 207), es decir, que debe hallarse en la imposibilidad de proveer por sí misma á su subsistencia, en todo ó en parte. ¿Qué es lo que se necesita para la subsistencia? Ya hemos dicho que esta es una cuestión de hecho, que los tribunales resuelven en virtud de las circunstancias. Una sentencia ha juzgado que por alimentos se entendían las cosas indispensables para las primeras necesidades de la vida (1). Pero las ideas de *indispensable* y de *necesidades*, como lo dice Portalis, son esencialmente relativos; ésta, es pues, una cuestión de hecho, más bien que de derecho. Sin embargo, en la aplicación se presentan algunas dificultades de una naturaleza general que deben resolverse por los principios jurídicos.

70. La necesidad puede ser real, ¿pero si proviene de culpa da la persona que reclama alimentos, se debe concedérselos? En principio, la culpa no impide las necesidades, y, en consecuencia, no hay motivo legal para rehusar los alimentos. Juzgado en este sentido por la corte de Bruselas, (2) que aun cuando el hijo haya disipado la herencia paterna, la necesidad de vivir debe ser superior á todas las condiciones morales: cualesquiera que sean los yerros del hijo, el padre no puede negarle las cosas necesarias á la vida. La corte de Bruselas ha decidido, además, que el hijo que se casa apesar de la oposición de sus padres, puede reclamar alimentos, si ha caído en situación menesterosa.

1 Sentencia de Burdeos de 19 de Enero de 1843. (Dalloz en la palabra *Matrimonio*, núm. 678, 1°)
2 Sentencia de 31 de Diciembre de 1850 (Pasicricia, 1852, 2, 154).

mente establecidas. Pero en ausencia de un texto la decisión de la corte es inatacable. Si la ley da lugar á inconvenientes, esto concierne al legislador; el intérprete no tiene derecho á corregir la ley.

Así, pues, razona mal quien se prevale de los inconvenientes que resultan de la divisibilidad para declarar que la deuda alimenticia es indivisible. Esto es lo que ha hecho la corte de Lieja (1). Hay decisiones todavía más extrañas. La corte de Rennes juzgó que la deuda alimenticia es indivisible en cuanto al pago; é invoca el art. 1222 (2) en cuyos términos cada uno de los que conjuntamente ha contraído una deuda indivisible, está obligado por la cantidad total. Ahora bien, cierto es, y esto es elemental, que el art. 1222 no se aplica á la indivisibilidad de pago, y que supone una indivisibilidad absoluta ó de obligación. Así, pues, según la corte de Rennes, la deuda alimenticia sería á la vez indivisible en cuanto al pago, es decir, divisible por naturaleza propia é indivisible. La corte de Tolosa, ha salido de apuros de una manera muy distinta; ha juzgado que en la deuda alimenticia y en su ejecución había por lo ménos una *indivisibilidad de hecho* (3). Así es que se ve uno obligado á imaginar una nueva indivisibilidad, como otras cortes han inventado una nueva solidaridad. ¿No es esto una prueba evidente de que la deuda no es ni solidaria ni indivisible? La cuestión no ofrece duda alguna; bastan los principios elementales del derecho para resolverla en este sentido, y esto prueba la importancia de los principios.

1 Esto es lo que ha hecho la corte de Lieja (sentencia de 17 de Enero de 1833, en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 698, 2°
2 Sentencia de 30 de Marzo de 1833 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 698, 7.°
3 Sentencia de 25 de Julio de 1863 (Dalloz, *colección periódica*, 1863 2, 140).

§ IV. *De la acción alimenticia.*

Num. 1.—Condiciones.

69. La persona que reclama los alimentos, dice el código, debe *estar reducida á la necesidad* (arts. 205 207), es decir, que debe hallarse en la imposibilidad de proveer por sí misma á su subsistencia, en todo ó en parte. ¿Qué es lo que se necesita para la subsistencia? Ya hemos dicho que esta es una cuestión de hecho, que los tribunales resuelven en virtud de las circunstancias. Una sentencia ha juzgado que por alimentos se entendían las cosas indispensables para las primeras necesidades de la vida (1). Pero las ideas de *indispensable* y de *necesidades*, como lo dice Portalis, son esencialmente relativos; ésta, es pues, una cuestión de hecho, más bien que de derecho. Sin embargo, en la aplicación se presentan algunas dificultades de una naturaleza general que deben resolverse por los principios jurídicos.

70. La necesidad puede ser real, ¿pero si proviene de culpa da la persona que reclama alimentos, se debe concedérselos? En principio, la culpa no impide las necesidades, y, en consecuencia, no hay motivo legal para rehusar los alimentos. Juzgado en este sentido por la corte de Bruselas, (2) que aun cuando el hijo haya disipado la herencia paterna, la necesidad de vivir debe ser superior á todas las condiciones morales: cualesquiera que sean los yerros del hijo, el padre no puede negarle las cosas necesarias á la vida. La corte de Bruselas ha decidido, además, que el hijo que se casa apesar de la oposición de sus padres, puede reclamar alimentos, si ha caído en situación menesterosa.

1 Sentencia de Burdeos de 19 de Enero de 1843. (Dalloz en la palabra *Matrimonio*, núm. 678, 1°)
2 Sentencia de 31 de Diciembre de 1850 (Pasicricia, 1852, 2, 154).

Hay, sin embargo, no precisamente un motivo para dudar, pero sí una reserva para obrar. En los términos del art. 204, el hijo no tiene acción contra sus padres con motivo de su establecimiento por matrimonio. Si el hijo se casa contra la voluntad de sus padres, y si, no pudiendo cubrir los gastos de su nuevo estado, llegase en demanda de alimentos, ¿no será esto eludir la disposición del artículo 204? Nó, una cosa es la dote y otra los alimentos: la dote es una liberalidad que no se mide por las necesidades del hijo dotado, mientras que los alimentos no se conceden, sino en la proporción de la necesidad de la persona que los reclama. El tribunal, al otorgar los alimentos, fijará su cuantia de modo que no dé indirectamente una dote con el nombre de pensión alimenticia (1).

71. La necesidad supone que el que la invoca se halla en la imposibilidad de satisfacerla por sí mismo. ¿Y cómo se entiende esta imposibilidad? ¿Basta que las rentas sean insuficientes, aun cuando el demandante tenga un capital en inmuebles, que pudiera realizar? La cuestión está controvertida. M. Demolombe, después de haberla examinado en todas sus faces, concluye como lo acostumbra, diciendo que los tribunales apreciarán. Sin duda alguna que al juez corresponde decidir si hay necesidad, ¿pero esto no quiere decir que goce de un poder discrecional que tenga el derecho de decretar alimentos al que pudiera procurárselos realizando un capital inmueble? Nó, porque la ley le impone un límite; se exige que el demandante se halle en la necesidad, y el que posee inmuebles ciertamente que no es un menesteroso, si puede procurarse los medios de vivir vendiendo esos bienes (2).

1 Sentencia de Bruselas, de 19 de Enero de 1811 (Dalloz, en la dalabra *Matrimonio*, t. IV. p, 51, II, 446.
2 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. IV; núm. 44.

El trabajo es también un capital. Cierto es que no es un menesteroso el que trabajando puede procurarse las cosas necesarias á la vida. Esto supone, no sólo la capacidad de trabajar, sino también que èl tiene trabajo. El joven que ha hecho estudios en medicina ó en derecho, tiene la capacidad desde el momento que posee un diploma; pero muchos años transcurren todavía antes de que tenga una clientela; puede, por lo mismo, hallarse necesitado; no obstante que trabaja; desde entonces tiene derecho á pedir alimentos, por lo menos temporalmente (1). Desde el momento en que el hijo puede proveer á su subsistencia por medio del trabajo, ya no tiene derecho á reclamar alimentos (2). En este sentido ha fallado la corte de casación, que el marido separado de cuerpo no puede pedir alimentos, si la necesidad á que se halla reducido dimana de su mala conducta ó de su indolencia (3). No debe ser, como dice muy bien la corte, de Pau, que los alimentos se vuelvan un medio para dispensarse del trabajo, al cual Dios nos ha destinado; así, pues, los tribunales deben fijar el monto de la pensión de modo que la persona á quien se otorga esté obligada á trabajar si puede hacerlo (4). El juez puede y aun debe negar todo auxilio alimenticio si la persona no lo reclama, no hace ningún esfuerzo serio para procurarse medios de existencia, si su desnudez proviene del desorden y de la ociosidad de su vida (5); conceder alimentos en este caso, seria inmoral, supúesto que con ello, se daria estímulo á la holga-

1 Sentencia de Colmar de 7 de Agosto de 1813 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 658).
2 Sentencia de Rennes, 12 de Junio de 1810 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 621.)
3 Duranton, t. II, p. 374, núm. 410. Demolombe, t. IV, p. 57 n. 47.
4 Sentencia, 21 de Julio, 1825 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 660 2°)
5 Sentencia de Colmar, 23 de Febrero de 1813 (Dalloz, *ibid.*, número 660, 1°)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

zanería y á los vicios que engendra. Cuando más el tribunal podrá discernir auxilios temporales y por breve plazo, en espera de que el demandante encuentre medios de subsistencia (1).

La máxima de que el que puede trabajar no tiene derecho á alimentos, debe entenderse con una restricción. Si las necesidades son una cosa relativa, el trabajo lo es también. Débese considerar la posición social de la familia, la educación dada al hijo, la carrera á la que se le ha destinado. A nadie se le ocurrirá negar los alimentos á un joven abogado, alegando como razón que éste podría hallar medios de subsistencia entrando como obrero á una fábrica. Ha acontecido que unos padres ricos pero desnaturalizados han negado alimentos á su hija, alegando que ésta podía muy bien contratarse como sirvienta. La corte de Colmar decidió tan extraña defensa (2). Los tribunales deben mantener á los hijos en los hábitos de orden y de trabajo, pero deben también recordar á los padres sus deberes; si éstos tienen bienes de fortuna, si han educado á sus hijos de conformidad con esta fortuna, no pueden exigir que, para procurarse alimentos, se entreguen dichos hijos al ejercicio de trabajos manuales (3).

72. ¿El que reclama alimentos debe probar que se halla reducido á la necesidad? La doctrina y la jurisprudencia deciden que el demandante nada tiene que probar, porque exigir la prueba de que se halla necesitado, sería imponerle una prueba negativa, y es de principio que no se puede prescribir una prueba negativa, porque es imposible suministrarla (1). Esto nos parece demasiado absoluto. En una sentencia de la corte de Bruselas se lee que la madre demandante no está obligada á justificar su estado de indigencia, supuesto que el fundamento de su acción reside en un deber que impone la naturaleza y que la ley prescribe (2). Nó, el fundamento de la acción alimenticia es la *necesidad* del que reclama los alimentos; según los principios generales que rigen la prueba, tocábale al que demanda probar que se halla reducido á la necesidad. ¿Y es cierto que esta prueba es imposible, porque descansa en un hecho negativo? (3). La prueba sería negativa si el demandante no poseyese absolutamente nada y no tuviese medio alguno de subsistencia; pero también en este caso es difícil que haya una contestación. El debate sólo es posible cuando el demandante tiene algunos recursos. ¿Quién mejor que él puede saberlo? Corresponde, pues, al demandante hacer conocer el estado de su fortuna, salvo, si hay lugar, la contestación de la parte contraria.

1 Sentencia de Bruselas 17 de Abril de 1867 (Pasicrisia, 1867, 2, 145).

2 Sentencia de Colmar, de 7 de Agosto de 1813 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 658).

3 Sentencia de Rennes, de 12 de Junio de 1810. (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 621).

Núm. 2.—Prestación de los alimentos.

73. El art. 210 dice: «Si la persona que debe ministrar los alimentos justifica que no puede pagar la pensión alimenticia, el tribunal podrá, con conocimiento de causa, ordenar que dicha persona reciba en su morada, alimente y sostenga á aquel á quien deba alimentos.» De aquí resulta que la regla general es que el deudor debe pagar una pensión alimenticia al que tiene derecho á los alimentos;

1 Duranton, t. II, p. 374, núm. 410. (Demolombe, t. IV, p. 57, número 47.

2 Sentencia de 21 de Julio de 1825 (Dalloz en la palabra *matrimonio*, núm. 660, 2°).

3 Sentencia de Colmar, de 23 de Febrero de 1813 (Dalloz, *ibid*, núm. 660, 1°).

no está obligado á ministrar los alimentos en naturaleza, recibiendo en su casa á aquel á quien los debe. El legislador ha abrigado el temor de que la persona menesterosa no fuese tratada con los miramientos debidos al infortunio; ahora bien, los alimentos constituyen un derecho, no son una limosna; era pues preciso evitar que el acreedor fuese considerado como un mendigo. Sin embargo, la regla no es absoluta. Es también de principio que los alimentos se conceden en proporción de la fortuna del que los debe; si las facultades del deudor no le permiten pagar una pensión en dinero, el tribunal podrá autorizarlo para darlos en naturaleza, lo que es mucho menos oneroso. La ley dice que el tribunal podrá ordenar la prestación de los alimentos á domicilio, y agrega: *con conocimiento de* causa. Así, pues, aun cuando el deudor no esté en aptitud de pagar una pensión, el tribunal podrá no obstante decidir que los alimentos se ministren en dinero, salvo, bien entendido, el disminuir la cifra de la pensión alimenticia. El legislador ha pensado, y con razón, que era preferible una pensión menos elevada, que exponer al que tiene necesidad de alimentos á recibirlos en el seno de una familia en donde sería moralmente maltratado.

La regla general se aplica á los ascendientes que piden alimentos á sus descendientes ó á sus yernos y nueras. Se ha juzgado que los ascendientes tienen derecho á reclamar una pensión alimenticia, á menos que no sea absolutamente imposible á los deudores pagarla (1). Este, en efecto, es un derecho para los ascendientes, en los términos del art. 210. Pero el derecho no es absoluto, pudiendo los tribunales ordenar la prestación en especie; de suerte que en definitiva la cuestión se traduce en un debate de hecho:

1 Sentencia de Potiers, de 25 de Noviembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 684, 3°).

¿el deudor puede pagar una pensión alimenticia? ¿Suponiendo que no pueda, es de temerse que el ascendiente se vea expuesto á humillaciones? El juez resolverá conforme á las circunstancias (1).

74. El art. 211 establece una regla especial para el caso en que el hijo pida alimentos al padre y á la madre. «El tribunal pronunciará igualmente si el padre ó la madre que ofrezca recibir, alimentar y sostener en su morada al hijo á quien deba alimentos, deberá en este caso pagar la pensión alimenticia.» Comparando el art. 211 con el art. 210, se ve que el legislador no obliga al padre que ofrece recibir al hijo en su casa, á que justifique que no puede pagar la pensión; así, pues, aun cuando estuviese en aptitud de pagar una pensión alimenticia, los tribunales pueden permitirle prestar los alimentos en especie. Se comprende la razón de esta especie de favor; la ley no puede suponer que el hijo sea maltratado por el padre que le debe alimentos, y que solicita prestarlos en especie. Sin embargo, abandona la decisión de la cuestión á la sabiduría de los tribunales. El juez puede, pues, rehusar la oferta del padre y condenarlo á pagar una pensión alimenticia (2). Una sentencia de la corte de Aix denegó, con justo título, la oferta que el padre hacía de recibir en su casa á su hija menesterosa, porque el padre le tenía tal aversión que le negaba hasta las cosas de primera necesidad (3).

Se pregunta si otros ascendientes que no sean el padre y la madre pueden prevalerse de la disposición del art. 211. La cuestión es controvertida. Según los principios que ri-

1 Sentencia de Colmar, de 25 de Diciembre de 1827 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 686, 3°).

2 Sentencia de Bruselas, de 31 de Diciembre de 1852 (Pasicrisia, 1854, 2, 251).

3 Sentencia del 3 de Agosto de 1857 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 686, 3°).

gen la interpretación de las leyes, la cuestión no permite duda alguna. La regla es que el deudor debe pagar una pensión alimenticia, á menos que justifique que sus medios no se lo permiten. La ley hace una excepción á esta regla en favor del padre; ahora bién, las excepciones no deben extenderse, ni aun por vía de analogía ¿Qué importa, pues, que el derecho antiguo haya admitido la excepción en favor de los ascendientes? ¿Qué importa que los ascendientes tengan en general hacia sus ascendientes el mismo afecto que el padre tiene para sus hijos; Todas estas cuestiones se dirigen al legislador y no al intérprete (1).

§ *Cuando cesa la obligación alimenticia.*

75. La obligación alimenticia puede cesar de hecho ó de derecho. «Si el que procura los alimentos cae en un estado tal que ya no pueda darlos, puede pedir en todo ó en parte, el descargo de ellos ó su reducción.» De la misma manera, si el que recibe los alimentos no tiene ya necesidad de ellos, en todo ó en parte, puede también pedirse su descargo ó su reducción (art. 209). Estas disposiciones son una consecuencia del principio que rige la obligación alimenticia; no es esta una deuda fija y absoluta, no existe sino en el caso en que una de las partes tiene necesidad de alimentos y en que la otra puede ministrarlos. Siguese de aquí que disminuyendo ó cesando las necesidades, así como las facultades, la deuda también disminuye ó cesa.

Se pregunta quién puede intentar la acción en reducción ó en descargo. Según el derecho común, los acreedores pueden ejercitar todos los derechos de su deudor, pero hay excepción respecto á los derechos que son exclusivamente

1 Zachariæ edición d' Aubry y Rau, t. III, p. 700, nota 35, párrafo 552.—En sentido contrario, Demolombe, t. IV, p. 70, núm. 60.

inherentes á la persona. La cuestión está en saber si la reducción ó el descargo de la deuda alimenticia entra en la regla establecida por el art. 1166, ó si están comprendidos en la excepción. Se ha juzgado que el que debe los alimentos es el único que puede obrar en reducción ó en descargo; que sus acreedores no pueden hacerlo sino en caso de dolo ó de fraude (1). Estas sentencias no están motivadas; suponen, como una cosa evidente, que la deuda alimenticia es personal en el sentido del art. 1166. Sin duda que lo es, supuesto que se funda en los lázos de la sangre, en el afecto; de esto hemos deducido la consecuencia de que no pasa á los herederos. ¿Pero por esto se ha de concluir que el derecho de pedir su reducción ó su descargo es también personal? Una vez que se ha fijado la deuda, se convierte en una carga pecuniaria; si el que recibe los alimentos ya no los necesita, cesa la carga; y si en este caso el deudor continúa sirviendo la pensión alimenticia, es una verdadera liberalidad; ahora bien, las donaciones caen indudablemente bajo la aplicación del art. 1166, en el sentido de que los acreedores pueden pedir que su deudor cese de pagar una deuda que ya no existe. Podríase creer que es llegado el caso de aplicar el art. 1167, en cuyos términos dos acreedores pueden atacar los actos ejecutados por su deudor en fraude de los derechos de aquel; tal ha sido sin duda el pensamiento de la corte de París en la sentencia que acabamos de citar. Nosotros creemos que el art. 1166 es el que debe aplicarse. El que procura los alimentos tiene una acción en reducción ó en descargo, y si no la intenta, sus acreedores pueden hacerlo en su nombre. Lo mismo pasaría si su fortuna disminuyese, y si con-

1 Sentencia de la corte de casación, de 30 de Mayo de 1820 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 717. Sentencia de París, de 27 de Diciembre de 1849 (Dalloz, *Colección periódica*, 1850, 5, 23).

tinuase pagando la pensión alimenticia; en este caso ya no se trata de fraude, sino de un sentimiento de piedad que es exagerado. Los acreedores no deben permitirlo. Desde este momento no vemos por qué no habían de tener la acción en reducción ó en descargo.

76. La deuda alimenticia cesa en los dos casos previstos por el art. 206. Desde luego cuando la suegra acepta segundas nupcias, ya no tiene derecho á exigir alimentos á sus yernos y nueras. No sucede lo mismo cuando el suegro vuelve á casarse, porque conserva su derecho. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? Dícese que la suegra que vuelve á casarse cae en el dominio de su marido, y que si le fuese otorgada la pensión alimenticia, sería más bien el marido el que de allá se aprovecharía. ¿Pero, de hecho, no pasaría lo mismo cuando el suegro se vuelve á casar? Se dice además, que la ley vé con disfavor el casamiento de una suegra que, teniendo ya hijos casados, aspira á unas segundas nupcias. ¿Pero el casamiento del suegro, que tiene también hijos casados, merece mayor favor?

El art. 206 dice que la obligación de los yernos y nueras cesa cuando la suegra contrae segundas nupcias. Se pregunta si el derecho á los alimentos que los yernos y nueras tienen contra la suegra cesa también. Según el texto, hay que resolver que el derecho subsiste. La deuda alimenticia no se extingue sino por las causas que la ley establece. Ahora bien, la ley expresa bien que la obligación de los yernos y nueras cesa, en el caso de nuevo matrimonio, pero no dice que cese la obligación de la suegra (1). Esto decide la cuestión (2). Se objeta el art. 207 que es-

1 Demolombe, t. VI, p. 30, núm. 27. Demante, *Curso analítico*, t 1°, p. 409, núm. 288 *bis* II.

2 Los autores se hallan divididos. Dalloz, en la palabra *matrimonio*, 633.

tablece que: «Las obligaciones que resultan de estas disposiciones son recíprocas.» Se deduce de aquí que cuando la obligación cesa respecto de los yernos y nueras, cesa también respecto de la suegra. Pero el art. 207 no dice esto; establece la reciprocidad en cuanto á la deuda alimenticia creada por los arts. 205 y 206; no dice que cuando la suegra pierde su derecho á los alimentos por haber contraído nuevas nupcias, cese también de estar obligada respecto á sus yernos y nueras. No hay, pues, un texto que pronuncie la extinción de la obligación alimenticia, y por lo mismo ésta subsiste.

No es necesario decir que los hijos del primer matrimonio permanecen obligados á la deuda alimenticia respecto de la madre que vuelve á casarse. El art. 206 no concierne á los afines. Esto no puede dar lugar á sombra de duda. Ha habido sin embargo un debate judicial y una sentencia (1).

Cierto es igualmente que extinta la obligación por el nuevo casamiento de la suegra no revive si éste llega á disolverse. Del mismo modo que se necesita un texto para extinguir una obligación legal, se necesita también un texto para hacer revivir la que la ley ha declarado extinguida (2).

77. ¿Si la nuera vuelve á casarse los suegros débenle aún alimentos? No comprendemos que la cuestión sea susceptible de discusión. ¿Una obligación legal puede extinguirse sin texto? Plantear la cuestión es resolverla. En vano se dice que igual motivo hay para la nuera que para la suegra (3). La analogía, suponiendo que exista, no es su-

1 Sentencia de Colmar, de 5 de Enero de 1810 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 634.)

2 Sentencia de Rennes, de 5 de Mayo de 1826 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 636).

3 Esta es la opinion de Demolombe, t. IV, p. 30, núm. 28.

ficiente; se necesita un texto y no lo hay. Esto es decisivo.

78. La obligación alimenticia cesa también entre afines «cuando el que producía la afinidad y los hijos nacidos de su unión con el otro esposo han fallecido (art. 206.» Se dice que en este caso la afinidad se ha extinguido, y el mismo texto del artículo 206 parece decirlo. Sin embargo, la ley no lo dice de una manera formal, y sería necesario un texto para poder admitir que se ha destruido el vínculo de la alianza. Cierto es que para los impedimentos al matrimonio, subsiste el vínculo. Así pues, si la ley declara la obligación alimenticia extinguida, es por consideraciónes de hecho más bien que por motivos de derecho (1).

Se ha presentado una singular dificultad en la aplicación del artículo 206, núm. 2. Una viuda que no tiene hijos se declara en cinta y se nombra un curador al niño que está por nacer. Después, ella reclama alimentos tanto por propio interés cuanto por el niño que lleva. Los suegros oponen que no hay hijo proveniente del matrimonio, y que el niño concebido no puede pedir alimentos hasta tanto que sea viable. Creemos con el tribunal de Marsella que había lugar para conceder alimentos á la viuda (2). Al niño concebido se le tiene por nacido cuando se trata de sus intereses, y ¿quién podría negar que esté interesado en que la madre reciba alimentos? ¿Acaso no vive de la vida de la madre? Ahora bien, desde el momento en que se le tiene por nacido, la afinidad subsiste, así como la deuda alimenticia.

1 Demante, *Curso analítico*, t. 1°, p. 409, núm. 288 *bis* III.
2 Juicio del 12 de Diciembre de 1862 (Dalloz, *Colección periódica*, 1865, 5, 23).

§ VI De la reclamacion de los alimentos.

79. ¿El que ha ministrado los alimentos puede reclamarlos? Esta cuestión da márgen á serias dificultades. Un primer punto es cierto, y es que el que ha recibido los alimentos no puede ser obligado á una restitución, en el caso en que adquiriese alguna fortuna. El artículo 206 permite entónces al que da los alimentos pedir el descargo ó la reducción; la obligación, cesa, pues, para el porvenir, pero la ley no permite que se reclame lo que ha sido pagado; y, según los principios generales, no puede tratarse de reclamación; el que ha dado los alimentos ha pagado lo que debía, porque los alimentos son una deuda, así, pues, aquel á quien se han ministrado ha recibido lo que le era debido; ahora bien, la reclamación sólo se admite cuando una persona que por error se creía deudora ha cubierto una deuda (art. 1377) (1). Para que hubiese lugar á reclamación en materia de alimentos, sería necesario suponer que han sido ministrados al que no los necesitaba, siendo así que se creía que no tenía medios para proveer á su subsistencia. En este caso se aplicarían los principios que rigen el pago indebido.

80. ¿Los alimentos pueden ser reclamados por el que los ha dado sin estar obligado á ello, contra la persona, á quien la ley impone esta obligación? Habría lugar á reclamación en el caso de que el que ha pagado la deuda alimenticia lo haya hecho como agente de negocios. Preciso es, pues, que existan las condiciones que se requieren para que haya gestión de negocios. Una condición esencial, es que los alimentos no se hayan ministrado por un espí-

1 Sentencia de la corte de Caen, 6 de Mayo de 1812 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 613.

ficiente; se necesita un texto y no lo hay. Esto es decisivo.

78. La obligación alimenticia cesa también entre afines «cuando el que producía la afinidad y los hijos nacidos de su unión con el otro esposo han fallecido (art. 206.» Se dice que en este caso la afinidad se ha extinguido, y el mismo texto del artículo 206 parece decirlo. Sin embargo, la ley no lo dice de una manera formal, y sería necesario un texto para poder admitir que se ha destruido el vínculo de la alianza. Cierto es que para los impedimentos al matrimonio, subsiste el vínculo. Así pues, si la ley declara la obligación alimenticia extinguida, es por consideraciónes de hecho más bien que por motivos de derecho (1).

Se ha presentado una singular dificultad en la aplicación del artículo 206, núm. 2. Una viuda que no tiene hijos se declara en cinta y se nombra un curador al niño que está por nacer. Después, ella reclama alimentos tanto por propio interés cuanto por el niño que lleva. Los suegros oponen que no hay hijo proveniente del matrimonio, y que el niño concebido no puede pedir alimentos hasta tanto que sea viable. Creemos con el tribunal de Marsella que había lugar para conceder alimentos á la viuda (2). Al niño concebido se le tiene por nacido cuando se trata de sus intereses, y ¿quién podría negar que esté interesado en que la madre reciba alimentos? ¿Acaso no vive de la vida de la madre? Ahora bien, desde el momento en que se le tiene por nacido, la afinidad subsiste, así como la deuda alimenticia.

1 Demante, *Curso analítico*, t. 1°, p. 409, núm. 288 *bis* III.
2 Juicio del 12 de Diciembre de 1862 (Dalloz, *Colección periódica*, 1865, 5, 23).

§ VI De la reclamacion de los alimentos.

79. ¿El que ha ministrado los alimentos puede reclamarlos? Esta cuestión da márgen á serias dificultades. Un primer punto es cierto, y es que el que ha recibido los alimentos no puede ser obligado á una restitución, en el caso en que adquiriese alguna fortuna. El artículo 206 permite entónces al que da los alimentos pedir el descargo ó la reducción; la obligación, cesa, pues, para el porvenir, pero la ley no permite que se reclame lo que ha sido pagado; y, según los principios generales, no puede tratarse de reclamación; el que ha dado los alimentos ha pagado lo que debía, porque los alimentos son una deuda, así, pues, aquel á quien se han ministrado ha recibido lo que le era debido; ahora bien, la reclamación sólo se admite cuando una persona que por error se creía deudora ha cubierto una deuda (art. 1377) (1). Para que hubiese lugar á reclamación en materia de alimentos, sería necesario suponer que han sido ministrados al que no los necesitaba, siendo así que se creía que no tenía medios para proveer á su subsistencia. En este caso se aplicarían los principios que rigen el pago indebido.

80. ¿Los alimentos pueden ser reclamados por el que los ha dado sin estar obligado á ello, contra la persona, á quien la ley impone esta obligación? Habría lugar á reclamación en el caso de que el que ha pagado la deuda alimenticia lo haya hecho como agente de negocios. Preciso es, pues, que existan las condiciones que se requieren para que haya gestión de negocios. Una condición esencial, es que los alimentos no se hayan ministrado por un espí-

1 Sentencia de la corte de Caen, 6 de Mayo de 1812 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 613.

ritu de liberalidad. El ascendiente que cría á su nieto, viviendo el padre, no tendrá derecho á reclamación cantra el padre, si lo ha hecho á título gratuito. Podría ejecutar acción si hubiese procurado los alimentos con la intención de réclamarlos. ¿Se han dado los alimentos á título gratuito ó á título oneroso? Esta es una cuestión de hecho que debe decidirse conforme á las circunstancias. Si los alimentos han sido pagados con la intención de reclamarlos, en este caso nace la cuestión de saber por medio de qué acción se hará la reclamación. Ordinariamente se resuelve que en este caso hay gestión de negocios. Esto es demasiado absoluto. La gestión de negocios es un cuasi-contrato, supone, pues, que no hay concurso de consentimiento en el momento en que la gestión comienza. Si el padre sabe que el ascendiente se encarga de sus hijos, hay en esto mandato tácito más bien que gestión de negocios.

Una mujer deja el domicilio conyugal con un hijo joven y se retira á la casa de su padre, con la intención de pedir la separación de cuerpo. El abuelo los recibe en su casa, y provee al sostenimiento del niño. ¿Puede reclamar los alimentos contra el padre? La corte de Douai resolvió que todo probaba que los alimentos proporcionados por el abuelo no eran un acto de liberalidad, que por lo tanto había una acción de reclamación contra el padre, como que en lugar de éste había pagado la deuda alimenticia (1). ¿Es esto la gestión de negocios? El padre ciertamente que conocía la partida de su mujer; dejando al niño en la casa de su abuelo tácitamente consentía en que este diese los alimentos; había, pues, mandato y no gestión de negocios.

La madre natural cría á sus hijos á sabiendas del padre. ¿Tiene ella una acción de reclamación por la parte que este

1 Sentencia de 22 de Agosto de 1849 (Dalloz, *colección periódica*, 1859, 2, 66).

debe soportar en la deuda? La Corte de Tolosa ha juzgado que la madre tenía la acción de gestión de negocios (1). Cierto es que en principio la madre tiene una acción contra el padre, supuesto que la obligación alimenticia es común á ambos. En el caso en cuestión, como lo dice muy bien la Corte, el padre no podía poner á cargo de la madre una deuda que le incumbía, abandonando los frutos desventurados de un comercio cuya vergüenza había participado por mucho tiempo y cuya onerosa resposabilidad repudiaba ahora. ¿Pero había aquí gestión de negocios, como lo dice la sentencia? En vano el padre abandona á la madre y á los hijos, no por esto está menos obligado; y si deja que la madre pague esta deuda hay por su parte consentimiento tácito en que ella satisfaga la deuda que le es común y, en consecuencia, hay mandato.

Se han presentado casos en que no hay ni gestión de negocios ni mandato. La madre de un hijo natural lo sostiene durante toda su vida, pero sin reconocerlo. A la muerte del hijo el Estado reclama un capital que había sido legado al hijo. La Corte de París admitió la demanda del Estado, pero adjudicó el capital á la madre, á título de indemnización por los gastos de manutención (2). Esta evidentemente fué una sentencia de favor, pero no una resolución jurídica. ¿Tenía la madre el más mínimo pensamiento de gestionar el negocio del hijo? Nó, ciertamente, ella cumplía un deber. En vano se dirá que este deber no estaba legalmente comprobado. Esto es cierto, pero no por eso resulta que la madre haya sido gerente de negocios, y mucho menos mandataria; así, pues, estaba sin acción.

1 Sentencia de 25 de Julio de 1863 (Dalloz, *Colección periódica*, 1863, 2, 140).

2 Sentencia de París de 26 de Abril de 1852 (Dalloz, 1853, 2. 181) y la crítica de Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 681.

No habría ya lugar á reclamación de los alimentos si hubiesen sido ministrados por un espíritu de liberalidad. La Corte de Casación así lo ha resuelto respecto á los alimentos dados por un tío á su sobrino (1). Esta decisión es perfecta; no puede resultar acción alguna de un acto de beneficencia. Lo contrario resolvió la Corte de Metz. Un hijo está inscripto con el nombre de la madre; es recogido por un tercero que voluntariamente se encarga de su sostenimiento, sin ninguna condición. Después el padre lo reconoce. Está obligado á mantener á su hijo; una tercera persona ha cumplido esta obligación por él, debe indemnizarla. La Corte funda esta singular decisión en un argumento todavía más singular, en el artículo 1382 (2). Es esta una decisión de equidad y, como tal, la aplaudimos. Pero la equidad no da acción, ni la beneficencia tampoco.

Lo mismo sucedería si se ministrasen alimentos, contra la voluntad de su padre, á un hijo que abandona la casa paterna. La Corte de Bruselas ha juzgado muy bien que en este caso el padre no estaba obligado á pagar las deudas que su hijo ha originado, aun las de su subsistencia misma (3).

81 ¿Puede ejecutarse la reclamación contra el que ha recibido los alimentos? Nosotros creemos con Merlín que hay que hacer distinciones. Hay un caso en el cual no puede haber duda alguna. Si la tercera persona que ha ministrado los alimentos lo ha hecho sin mandato, pero con la intención de reclamarlos contra los que los reciben, hay en ello gestión de negocios, dice Merlín; digamos mejor que

1 Sentencia del 22 Nivoso, año XI (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 728).

2 Sentencia de Metz de 8 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 687).

3 Sentencia de 15 de Enero de 1811 [Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 605].

hay acción *de in rem verso* es decir, que los alimentos; pueden reclamarse á aquellos á quienes han aprovechado. No hay aquí gestión de negocios porque no puede decirse que el que ministra los alimentos á los hijos lo haga sin saberlo; lo habría mandado si ellos fuesen capaces de consentir. En realidad no hay ni mandato ni gestión de negocios; hay una acción fundada en esta máxima: que nadie puede enriquecerse á expensas de otro; esto es lo que se llama la acción *de in rem reverso*, porque se limita al provecho que la parte demandada ha sacado de gastos impendidos en su propio interés.

Es raro que este caso se presente para el institut r. El padre le confía á sus hijos; hay, pues, mandato, y no se necesita decir que el institutor tiene libre su acción contra el mandante. ¿Pero tiene además una acción contra los hijos? Merlín dice que nó. Es, en efecto, de principio que el mandatario no tiene acción contra aquel en cuyo provecho se ha contratado el mandato (1). Merlín no admite acción indirecta sino en un caso, cuando el mismo padre pueda reclamar los alimentos contra sus hijos, y esto tiene lugar cuando los hijos tienen bienes personales. El institutor obra entonces en virtud del art. 1166; ejercita contra el hijo la acción que pertenece al padre. Fuera de este caso el institutor no tiene acción contra el hijo (2). Hay una sentencia en este sentido (3).

La jurisprudencia, en general, es contraria, pero en vano hemos buscado principios ciertos, sólo hemos encontrado consideraciones de equidad. Sin duda alguna que la equidad protesta contra los hijos que reciben educación y

1 Pothier, *Tratado del mandato*, núms. 82 y 83.

2 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Alimentos*, pfo. 1°, art. 1°, número 6 (t. I, ps. 316 y siguientes).

3 Sentencia de París de 17 de Noviembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 736).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que después se rehusan á pagar los gastos que les son provechosos. Pero la equidad sola no funda derecho ni obligación. ¿De dónde emanan las obligacioner? De la ley de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos y de los cuasidelitos. En el caso que se discute hay un contrato, que es el mandato estipulado entre el padre y el institutor. El institutor tiene, pues, una acción contra el mandante, y sólo contra él puede tener acción, salvo la acción indirecta de la que acabamos de hablar. Se pretende que además del mandato contraído entre el institutor y el padre se forma un cuasicontrato de gestión de negocios entre el institutor y los hijos (1). Esto es difícil de admitirse. En ello no hay gestión de negocios, como ya lo hemos hecho notar. Sólo había lugar á la acción de *in rem verso*, pero esta acción supone que no hay ni contrato ni cuasicontrato. Ahora bien, en el presente caso hay un contrato. ¿Puede haber en un solo y mismo hecho jurídico un contrato y una especie de cuasicontrato? No lo creemos.

La Corte de Casación ha palpado la dificultad y la ha eludido más bien que resuelto; ninguna ley invoca; únicamente dice que las cortes imperiales, al dar acción al institutor contra los hijos, se han conformado á la equidad y no han contravenido á ninguna ley (2).

¿Pero acaso no es contravenir á la ley admitir una acción contra el que según la ley no está obligado?

---

1 Sentencia de Aix de 11 de Agosto de 1812 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 736, 1°) Sentencia de Tolosa de 26 de Junio de 1841 (*ibid.*, p. 371). Sentencia de Pau de 19 de Enero de 1852 (Dalloz, *Colección periódica*, 1852, 2, 198). Compárese Demolombe t. IV, p. 97, núm. 76).

2 Sentencia de 17 de Marzo de 1857 (Dalloz, *Colección periódica*, 1857, 1, 151). Compárese sentencia de 29 de Junio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 736, p. 374).

CAPITULO VI.

DE LOS DERECHOS Y DEBERES RESPECTIVOS DE LOS ESPOSOS.

SECCION I.—De los deberes comunes á los dos esposos.

§ I. PRINCIPIOS GENERALES.

82. El matrimonio es una sociedad. En las sociedades ordinarias los asociados son iguales; no sucede lo mismo en la sociedad conyugal. Al casarse la mujer cae bajo el dominio del marido. El Código Napoleón no pronuncia la palabra *poder marital*, pero consagra el hecho al decir que «el marido debe protección á su mujer y ésta obediencia á su marido.» El principio que rige las relaciones de los esposos es, pues, el principio de desigualdad. Pothier lo expresa en términos formales: «El poder del marido en la persona de la mujer consiste en el derecho que el marido tiene para exigirle todos los deberes de *sumisión* que se deben á un *superior* (1). Hay, pues, un superior y un inferior en el matrimonio y, por lo tanto, dependencia y desigualdad. Pothier agrega que esto es de derecho natural.

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núm. 1.

que después se rehusan á pagar los gastos que les son provechosos. Pero la equidad sola no funda derecho ni obligación. ¿De dónde emanan las obligacioner? De la ley de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos y de los cuasidelitos. En el caso que se discute hay un contrato, que es el mandato estipulado entre el padre y el institutor. El institutor tiene, pues, una acción contra el mandante, y sólo contra él puede tener acción, salvo la acción indirecta de la que acabamos de hablar. Se pretende que además del mandato contraído entre el institutor y el padre se forma un cuasicontrato de gestión de negocios entre el institutor y los hijos (1). Esto es difícil de admitirse. En ello no hay gestión de negocios, como ya lo hemos hecho notar. Sólo había lugar á la acción de *in rem verso*, pero esta acción supone que no hay ni contrato ni cuasicontrato. Ahora bien, en el presente caso hay un contrato. ¿Puede haber en un solo y mismo hecho jurídico un contrato y una especie de cuasicontrato? No lo creemos.

La Corte de Casación ha palpado la dificultad y la ha eludido más bien que resuelto; ninguna ley invoca; únicamente dice que las cortes imperiales, al dar acción al institutor contra los hijos, se han conformado á la equidad y no han contravenido á ninguna ley (2).

¿Pero acaso no es contravenir á la ley admitir una acción contra el que según la ley no está obligado?

---

1 Sentencia de Aix de 11 de Agosto de 1812 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 736, 1°) Sentencia de Tolosa de 26 de Junio de 1841 (*ibid.*, p. 371). Sentencia de Pau de 19 de Enero de 1852 (Dalloz, *Colección periódica*, 1852, 2, 198). Compárese Demolombe t. IV, p. 97, núm. 76).

2 Sentencia de 17 de Marzo de 1857 (Dalloz, *Colección periódica*, 1857, 1, 151). Compárese sentencia de 29 de Junio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 736, p. 374).

CAPITULO VI.

DE LOS DERECHOS Y DEBERES RESPECTIVOS DE LOS ESPOSOS.

SECCION I.—De los deberes comunes á los dos esposos.

§ I. PRINCIPIOS GENERALES.

82. El matrimonio es una sociedad. En las sociedades ordinarias los asociados son iguales; no sucede lo mismo en la sociedad conyugal. Al casarse la mujer cae bajo el dominio del marido. El Código Napoleón no pronuncia la palabra *poder marital*, pero consagra el hecho al decir que «el marido debe protección á su mujer y ésta obediencia á su marido.» El principio que rige las relaciones de los esposos es, pues, el principio de desigualdad. Pothier lo expresa en términos formales: «El poder del marido en la persona de la mujer consiste en el derecho que el marido tiene para exigirle todos los deberes de *sumisión* que se deben á un *superior* (1). Hay, pues, un superior y un inferior en el matrimonio y, por lo tanto, dependencia y desigualdad. Pothier agrega que esto es de derecho natural.

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núm. 1.

Portalis va á decirnos cuáles son las razones que se dice son de derecho natural que justifican el poder marital.

«Mucho tiempo hace que se disputa, dice Portalis, sobre la preferencia ó la igualdad de los dos sexos. Nada tan vano como estas disputas.» Nosotros no participamos de este desdén por las discusiones filosóficas acerca de la igualdad. Los principios son los que rigen al mundo, y dos principios tan diferentes como el de la igualdad y el de la desigualdad deben tener, y en efecto tienen, consecuencias muy diversas, tanto en el derecho como en la moral. No es esta, pues, una vana disputa de palabras. Sin duda alguna que existen diferencias, ¿pero no las hay también entre los hombres? Cada individuo está dotado de facultades especiales y, en consecuencia, tiene una misión que le es propia. Esto no impidió á la revolución de 89 proclamar la igualdad. ¿Por qué no ha de ser lo mismo entre el hombre y la mujer?

Portalis, al contrario, deduce de la diferencia que existe en el sér del hombre y de la mujer que hay también una diferencia entre sus derechos y sus deberes. Al hablar de derechos diferentes Portalis no pretende tocar la cuestión de los derechos políticos, se encierra en el dominio del derecho privado; su objeto es justificar la desigualdad que el poder material establece entre los esposos. La diferencia que existe entre el hombre y la mujer no es, como él lo expresa, una diferencia en su sér, es una diferencia de facultades. ¿Esta diferencia es de tal naturaleza que justifique la superioridad del uno sobre el otro? Así se pretende «La fuerza y la audacia están por parte del hombre, dice Portalis, la timidez y el pudor por parte de la mujer.» De ahí deduce que la mujer necesita de protección porque es más débil, que el hombre es más libre porque es más fuerte. Hé aquí una consecuencia que no podríamos admitir. Al decir que el hombre es más fuerte ¿se quiere decir que tenga más fuerza de inteligencia y de carácter? Si tal fuese la idea de Portalis los hechos le darían ciertamente un mentís. No se trata, pues, sino de la fuerza corporal; en efecto, el Orador del Gobierno comprueba que el hombre y la mujer no pueden participar de los mismos trabajos, soportar las mismas fatigas (1). ¡Sería, pues, porque el hombre tiene una constitución más fuerte por lo que tendría derecho á la preeminencia! Hé aquí un derecho natural contra el cual protesta la conciencia moderna. Nó, la fuerza no da el poder, impone deberes. También hay otra clase de desigualdades entre los hombres; los hay fuertes y los hay débiles; ¿quién se atrevería á decir que el más fuerte tiene el derecho de dominar sobre el más débil? La fuerza era la ley del mundo antiguo; la humanidad la ha reemplazado por la ley de la igualdad y de la libertad.

83. No vacilamos en afirmar que el poder marital, tal como Portalis lo defiende, está en oposición con las costumbres, los sentimientos y las ideas de la sociedad moderna. Cuando se discutió el Código Civil se entraba en la reacción contra la ideas de 89. Escuchemos á un hombre de la Revolución; Condorcet va á decirnos cuáles son las aspiraciones de la humanidad en lo concerniente á la pretendida preeminencia del hombre sobre la mujer. El califica de preocupación la desigualdad de los dos sexos. «En vano se buscarían, dice él, motivos para justificarla en las diferencias de su organización física, en las que se quisiera hallar en la fuerza de la inteligencia, en la sensibilidad moral. Esta desigualdad no ha tenido más origen que el abuso de la fuerza, y en vano es que en lo sucesivo se haya

1 Portalis, *Exposición de motivos*, núm. 62 (Locré, t. II, p 896).

querido justificarla por medio de sofismas (1). Nada más cierto que esto; si quisiéramos subir á los orígenes del poder marital por todas partes encontraríamos la fuerza. ¿Pero para qué? ¿No lo confiesa el mismo Portalis? Pues bien, la fuerza que reinaba en el mundo antiguo fué destronada en 89; la ley de desigualdad ha cedido el lugar á la de igualdad. Para expresarnos mejor, la Revolución no ha hecho más que consagrar la transformación que se había operado en las costumbres. A despecho del Código, que ha mantenido la tradicion vieja, la igualdad reina en el matrimonio como en el orden político; no son la *protección* y la *obediencia* las que dominan, es el cariño, vínculo de las almas; no se trata de un amo que impone su voluntad y un esclavo que la sufre sino que las decisiones se toman por la vía de deliberación común y de concurso de consentimientos. ¿Pero, exclama Portalis, cómo podría existir una sociedad de dos personas si no se diese voz ponderativa á uno de los asociados? (2). Portalis olvida que muy bien puede haber sociedades de dos personas sin que una de ellas tenga preeminencia sobre la otra. Si los asociados están en disentimiento el tribunal decide, Lo mismo pasa en la sociedad conyugal á pesar del poder marital. Cuando el marido se niega á autorizar á la mujer á hacer un acto jurídico la mujer puede dirigirse á la justicia. Cuando el marido no proporciona á la mujer el sostenimiento á que ella tiene derecho pueden también recurrir al juez. ¿Por qué no habría de organizarse un recurso en todos los casos en que los esposos estuviesen en desacuerdo?

No insistimos porque nuestro objeto no es criticar la ley sino exponer sus principios. Hagamos notar, sin embargo, con Condorcet, las funestas consecuencias que dimanan del principio de la desigualdad. La mujer no es igual al hombre, luego no debe gozar, con el mismo título, de los beneficios de la educación. Se entiende que ella debe tener una religión, mientras que el marido es libre pensador. ¿Quién no sabe la hermosa armonía que reina en el hogar en donde la mujer es esclava de la superstición? Se entiende también que la mujer debe tener más moral que el hombre; libre es éste para adulterar cuantas veces quiera; nada tiene que reprenderle la ley, con tal que se cuide de no tener á su concubina en la casa común! La ley de la igualdad es á la vez más severa y más benéfica. Quiere que los esposos vivan de la misma vida intelectual y moral; les reconoce los mismos derechos, pero también los mismos deberes. ¡Sólo cuando este ideal haya entrado en nuestras leyes y en nuestras constumbres habrá un verdadero matrimonio!

1 Condorcet, *Bosquejo de los progresos del espíritu humano.*
2 Portalis, *Discurso preliminar*, núm. 42 (t. I, p. 165).

§ II. *Deberes especiales.*

Num. 1.—Fidelidad, asistencia y auxilio.

84. «Los esposos se deben mutuamente fidelidad,» dice el código Napoleón (art. 212). Ciertamente que éste es un deber común, el derecho natural nos lo dice, y la ley parece consagrar el grito de la conciencia. Sin embargo, nada de esto existe. Leánse los artículos 229 y 230; en ellos se verá que el marido puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer, mientras que la mujer no puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido, sino cuando haya tenido á su concubina en la casa común. Abrase el código penal, y se leerá que la mujer convicta de adulterio será sentenciada á una prisión de tres meses á dos años; mientras que al marido adúltero no se le señala

querido justificarla por medio de sofismas (1). Nada más cierto que esto; si quisiéramos subir á los orígenes del poder marital por todas partes encontraríamos la fuerza. ¿Pero para qué? ¿No lo confiesa el mismo Portalis? Pues bien, la fuerza que reinaba en el mundo antiguo fué destronada en 89; la ley de desigualdad ha cedido el lugar á la de igualdad. Para expresarnos mejor, la Revolución no ha hecho más que consagrar la transformación que se había operado en las costumbres. A despecho del Código, que ha mantenido la tradicion vieja, la igualdad reina en el matrimonio como en el orden político; no son la *protección* y la *obediencia* las que dominan, es el cariño, vínculo de las almas; no se trata de un amo que impone su voluntad y un esclavo que la sufre sino que las decisiones se toman por la vía de deliberación común y de concurso de consentimientos. ¿Pero, exclama Portalis, cómo podría existir una sociedad de dos personas si no se diese voz ponderativa á uno de los asociados? (2). Portalis olvida que muy bien puede haber sociedades de dos personas sin que una de ellas tenga preeminencia sobre la otra. Si los asociados están en disentimiento el tribunal decide, Lo mismo pasa en la sociedad conyugal á pesar del poder marital. Cuando el marido se niega á autorizar á la mujer á hacer un acto jurídico la mujer puede dirigirse á la justicia. Cuando el marido no proporciona á la mujer el sostenimiento á que ella tiene derecho pueden también recurrir al juez. ¿Por qué no habría de organizarse un recurso en todos los casos en que los esposos estuviesen en desacuerdo?

No insistimos porque nuestro objeto no es criticar la ley sino exponer sus principios. Hagamos notar, sin embargo, con Condorcet, las funestas consecuencias que dimanan del principio de la desigualdad. La mujer no es igual al hombre, luego no debe gozar, con el mismo título, de los beneficios de la educación. Se entiende que ella debe tener una religión, mientras que el marido es libre pensador. ¿Quién no sabe la hermosa armonía que reina en el hogar en donde la mujer es esclava de la superstición? Se entiende también que la mujer debe tener más moral que el hombre; libre es éste para adulterar cuantas veces quiera; nada tiene que reprenderle la ley, con tal que se cuide de no tener á su concubina en la casa común! La ley de la igualdad es á la vez más severa y más benéfica. Quiere que los esposos vivan de la misma vida intelectual y moral; les reconoce los mismos derechos, pero también los mismos deberes. ¡Sólo cuando este ideal haya entrado en nuestras leyes y en nuestras constumbres habrá un verdadero matrimonio!

1 Condorcet, *Bosquejo de los progresos del espíritu humano.*
2 Portalis, *Discurso preliminar*, núm. 42 (t. I, p. 165).

§ II. *Deberes especiales.*

Num. 1.—Fidelidad, asistencia y auxilio.

84. «Los esposos se deben mutuamente fidelidad,» dice el código Napoleón (art. 212). Ciertamente que éste es un deber común, el derecho natural nos lo dice, y la ley parece consagrar el grito de la conciencia. Sin embargo, nada de esto existe. Leánse los artículos 229 y 230; en ellos se verá que el marido puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer, mientras que la mujer no puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido, sino cuando haya tenido á su concubina en la casa común. Abrase el código penal, y se leerá que la mujer convicta de adulterio será sentenciada á una prisión de tres meses á dos años; mientras que al marido adúltero no se le señala

pena alguna, á menos que no haya tenido á su concubina en la casa comúu, y aun en este caso, á pesar de la circunstancia agravante del insulto, no será castigado sino con una prisión de un mes á un año (arts. 387-389). El código de 1810 no castigaba sino con una multa (art. 339).

¡Tales son las lecciones de moral que la ley de desigualdad da al hombre! Montesquieu ha tratado de justificar esta irritante desigualdad: «Las leyes, dice, exigen á las mujeres un grado de modestia y de continencia que no exigen á los hombres, porque la violación del pudor supone en las mujeres la renuncia de todas las virtudes» (1). Si las leyes hacen esto, las leyes hacen mal; porque el legislador nunca debe dar lecciones de inmoralidad, y las da cuando permite que el hombre viole impunemente el deber de fidelidad, mientras que castiga esta violación en la mujer. En vano se dice que el adulterio de la mujer tiene consecuencias más graves, puesto que introduce en la familia y pone á cargo del marido hijos que le son extraños. Es ésta una circunstancia agravante que justificaría una pena más fuerte, pero no es ciertamente una razón para excusar el adulterio del marido. Mucho menos es razón para dar al marido el derecho de divorcio, cuando se le niega á la mujer. La desigualdad conduce á la injusticia lo mismo que á la inmoralidad.

85. «Los esposos se deben auxilio y asistencia,» dice además el art. 212. Estas dos obligaciones se refieren á lo que se llama el peso de la vida. Nuestra existencia tiene sus miserias, necesidades físicas y tormentos del alma. El esposo debe á su cónyuge las necesidades materiales, y esto es lo que se llama la obligación alimenticia; de ella ya hemos hablado. En cuanto á los consuelos, en cuanto á la abnegación que aligera las desgracias inevitables inherentes

1 Montesquieu, del *Espíritu de las leyes*, XXVI, 8.

á la condición humana, éstos deberes son más bien del resorte del sentimiento que del derecho. Este es el dominio del afecto conyugal, el más vivo, el más intenso de los afectos. No puede resultar acción judicial de la asistencia que deriva de la moral mas bien que del derecho. No sucede lo mismo con la obligación de auxiliarse. Sin embargo, los dos deberes tienen una sanción civil: su violación puede constituir una injuria grave, lo que es una causa de divorcio ó de separación de cuerpo (arts. 231, 306).

Núm. 2.—De la vida común.

86. «La mujer, dice el art. 214, está obligada á habitar con el marido y á seguirle por donde él juzgue oportuno residir: el marido está obligado á recibirla y á procurarle todo lo que es necesario para las exigencias de la vida, según sus facultades y su estado.» Esta obligación dimana de la esencia misma del matrimonio, supuesto que éste implica una vida común. La comunidad de vida supone una sola y misma habitación para los dos esposos; esta habitación es la del marido; esta es la consecuencia más natural y más legítima del poder marital. De aquí el principio establecido por el art. 108 que la mujer no tiene más domicilio que el de su marido. La ley comprende el domicilio de hecho tanto como el domicilio de derecho.

El código Napoleón no ha hecho más que formular los principios admitidos en el derecho antiguo. Pothier dice, casi en los mismos términos, que la mujer está obligada á seguir á su marido por donde éste juzgue á propósito ir á residir; pero agrega, con tal que no sea fuera del reino y en país extranjero. Si el marido, dice, abjurando de su patria, quisiere establecerse en otra parte, la mujer, que debe mucho más á su patria que á su marido, no estará obligada

á seguirlo (1). El proyecto de código reproducía esta excepción: «Si el marido quisiese dejar el suelo de la república, no podrá forzar á su mujer á seguirlo, á no ser en el caso de que esté encargado por el gobierno de alguna comisión que exija residencia.» Esta disposicion fué suprimida por el consejo de Estado á instancias reiteradas del primer cónsul: éste hizo notar, con razón, que siendo general y absoluta la obligación de la mujer de seguir á su marido, no debía recibir ninguna modificación (2). Romper la vida común, habría equivalido á romper el matrimonio. No se podía permitir á la mujer romper el matrimonio por su sola voluntad, siendo así que en el sistema del poder marital, ella no tiene voluntad, supuesto que debe obedecer á su marido. En cuanto á los motivos dados por Pothier, tienen por orígen las ideas del viejo régimen que fijaba al hombre en la tierra en donde vió la luz; la abjuración de la patria no es ya un crimen según nuestro derecho público, sino un derecho que se deriva de la libertad individual.

87. Así, pues, en principio, el deber de cohabitación no permite excepciones. ¿Quiere esto decir que es absoluto? Todos admiten que la obligación de la mujer de habitar con su marido, está subordinada á la obligación que al marido incumbe de recibirla según sus facultades y su estado. Está juzgado que cuando la casa conyugal está desprovista de los objetos de primera necesidad, la mujer no está obligada á habitarla; basta el buen sentido para decidir que la mujer no puede verse obligada á habitar una casa que no es habitable, y el derecho agrega que si la mujer debe habitar con el marido, á éste corresponde recibirla (3). Los

1 Pothier, *Del poder del marido*, núm. 1.
2 Sesión del 5 vendimiario año XI, núms. 307 32 (Locré, t. II, p. 433 y siguientes).
3 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 749, 3°-7°)

autores están, además, de acuerdo en enseñar que si el marido búscase su subsistencia por medios vergonzosos, ó si albergase á una concubina enla casa común, la mujer no estaría obligada á habitar con él (1). En efecto, no está satisfecha la obligación que la ley impone al marido de recibir á su mujer, si el marido ofrece á su mujer las cuatro paredes de una habitación y los muebles, así como las necesidades de la vida; esto no es más que el elemento material de la vida común, pero la vida común, es ante todo una vida moral; si la mujer sólo encuentra en el domicilio conyugal la deshonra é infamia, ya no hay vida común, y por lo tanto, la mujer no tiene obligación de compartirla. Se ha juzgado muy bien que si el marido, á la vez que pone á disposición de la mujer un alojamiento, no apetece una vida común, y se mantiene en barrio aparte, en donde rehusa recibir á su mujer, por este hecho mismo dispensa á su mujer de habitar la casa conyugal (2). Nosotros somos de opinión que debe resolverse, por los mismos motivos, que si la mujer sufre malos tratamientos en el domicilio del marido, no estará obligada á habitar en su compañía. En vano se dirá que la ley obliga á la cohabitación desde el momento en que el marido le satisface las necesidades de la vida según sus facultades y su estado. Nó, la ley exige más, prescribe la vida común; ¿y es vida común la que consiste en malos tratamientos? Dícese que estos excesos ó estas injurias serán para la mujer una causa de divorcio ó de separación de cuerpo, pero que no la dispensan del deber de cohabitación (3). Ya nos hemos encontrado con esta objeción y la hemos contestado con la jurisprudencia,

1 Duranton, *Curso de derecho frances*, t. II, p. 408, núm. 437.
2 Sentencia de casación de 20 de Enero 1830 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 748, 3°).
3 Demolombe, *Curso del código Napoleón*, t. IV, p. 117, núm. 97.

diciendo que el divorcio es un derecho que la mujer puede no usar, y que sería inmoral obligarla á él indirectamente. Vale más una separación de hecho que puede llegar á cesar, que una ruptura definitiva que es siempre un mal grave aun cuando sea una necesidad (1).

88. ¿Es absoluta la obligación que el marido tiene de recibir á su mujer? Se ha juzgado que el marido no estaba obligado á recibir á su mujer ni á ministrarle alimentos, cuando ella hubiese abandonado el domicilio conyugal para entregarse á una mala conducta (2). Esto es dudoso. Sin duda alguna que la mujer viola sus deberes y por todo el tiempo que no solicite volver al domicilio conyugal, no puede tratarse de pagarle una pensión alimenticia. Pero desde el momento en que ella quiere restablecer la vida común, no hay motivo jurídico para que el marido se niegue á ello, salvo el medio extremo del divorcio ó de la separación de cuerpo. Hay, á este respecto, una diferencia entre el deber de cohabitación de la mujer y el deber de cohabitación del marido. El primero está subordinado á un deber correlativo del marido, el de recibir á su mujer; el segundo no tiene correlativo; es, pues, absoluto, y no puede cesinsar o por la ruptura legal de la vida común.

89. ¿La obligación de la vida común tiene una sanción? Esta es una de las cuestiones más controvertidas del código civil. Ordinariamente se presenta en favor de la mujer. ¿Si ella deja el domicilio conyugal, puede el marido obligarla á volver? ¿Y cuáles son las vías de violencia que éste puede emplear? La opinión admitida con bastante generalidad es que los tribunales tienen un poder discrecional en

1 La jurisprudencia está en este sentido (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 749, 8°)

2 Sentencia de Paris, de 29 de Agosto de 1857 (Dalloz, *Colección periodica* 1858, 2, 27.

esta materia (1). Hay sentencias que fundan este pretendido poder en el silencio de la ley. El código establece un deber, ó por mejor decir, una obligación civil; nada dice de la sanción de este deber: ¿y de esto se deducirá que el código haya de atenerse á los tribunales? (2). Este razonamiento nos parece muy poco jurídico. En principio, los tribunales no tienen poder discrecional en lo que concierne á la ejecución forzosa de las obligaciones legales ó convencionales; el código de procedimientos traza estas vías, y el juez no puede prescribir otras. Esto se concibe: las vías de ejecución son de derecho público; ahora bien, nada de lo que se refiere al derecho público puede abandonarse al arbitrio de los tribunales. Para que así fuese, se necesitaría una voluntad del legislador, claramente manifestada. Se pretende que los autores del código han querido, en el caso del art. 214, dejar pleno poder al juez (3). Pero la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado no dice esto. La cuestión que en su seno se debatió ni siquiera era la nuestra. Preguntábase si la mujer estaba obligada á seguir á su marido al extranjero. Este era el parecer del primer cónsul. Réal objetó que no veía un medio de obligar á la mujer; Regnauld contestó que el marido intimaría á la mujer á seguirlo, y que si ella persistía en su negativa, se daría por hecho que lo había abandonado. Esto no era contestar á la objeción; Réal, replicó que sería preciso un fallo que exigiese á la mujer seguir á su marido; pero ¿cómo se lograría ejecutarlo? El primer cónsul dijo que el marido, cesaría de dar alimentos á la mujer. Boulay

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. IV, p. 119, número 100.

2 Sentencia de Bruselas, de 1° de Abril de 1824 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 759).

3 Sentencia de Aix, de 23 de Marzo de 1840 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 762, 4°)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

concluyó por observar que todas estas dificultades deberían abandonarse á las constumbres y á las circunstancias (1). Esta es la discusión de donde se ha querido deducir que el legislador da un poder discrecional á los tribunales. Las palabras de Boulay que se citan son de esas que sólo expresan un sentimiento individual. Y aun así, él no dice lo que se le atribuye, y más bien dice lo contrario. En efecto, si esta es una cuestión de *constumbres*, en ella no deben intervenir los tribunales. Y nada es tan cierto, como vamos á verlo.

90. La única sanción jurídica de que se haya tratado en el consejo de Estado, es la que el cónsul inició. Si la mujer abandona el domicilio conyugal, es evidente que el marido no le debe alimentos, porque ella debe recibirlos en el domicilio del marido. Hay algunas sentencias en este sentido (2) y esto no puede dar márgen á sombra de duda. Pero esta sanción no es suficiente. Si la mujer no pide alimentos, no hay lugar á que los rehuse. Si la mujer está casada bajo el régimen de la separación de bienes ó bajo el régimen dotal, ella misma dispone de todo ó de parte de sus rentas. En este caso no necesita alimentos, y en consecuencia, la obligación de cohabitar con su marido no tendrá esta sanción. ¿Y no hay otra?

91. ¿El marido puede tomar las rentas de la mujer y entrar en posesión de sus bienes? Esto supone que los esposos están casados bajo el régimen de la separación de bienes, ó bajo el régimen dotal. La mujer tiene en estos dos régimenes el derecho de disfrutar de sus bienes, salvo los bienes dotales propiamente dichos. Hay una hipótesis den-

1 Sesión del consejo de Estado del 5 ventiminario año X, número 32 (Locré, t. II, p. 344).

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 757.

tro de la cual el marido tiene el derecho incontestable de apoderarse de los bienes de su mujer, y es cuando no entrega al marido la porción de sus rentas con la cual debe contribuir á los cargos del matrimonio. La Corte de París ha resuelto en el sentido de que como la mujer que ha conseguido la separación de bienes debe soportar, en proporción á sus facultades y á las del marido, los gastos del hogar había lugar á atribuir á su marido una parte de las rentas de su mujer hasta el día del reintegro de ésta al domicilio conyugal (1).

Pero es diferente la cuestión de saber si el marido puede tomar todas las rentas de su mujer y ponerse en posesión de sus bienes para obligarla á volver al domicilio conyugal. Nosotros creemos que la cuestión debe resolverse negativamente y sin vacilar. La mujer tiene el derecho de administrar sus bienes y de disfrutarlos. Para privarla de un derecho que debe á su calidad de propietaria y á su contrato de matrimonio se necesitaría un texto. El derecho del propietario es absoluto y los tribunales no pueden modificarlo sino en virtud de la ley. En vano se dice que el acreedor puede apoderarse de los bienes del deudor, en el caso en cuestión no hay ni acreedor ni deudor (2). Por otra parte, el apoderamiento de los bienes es una vía de ejecución que termina en la venta forzosa de los bienes para satisfacer á los acreedores, mientras que en el caso presente la mujer estaría privada, durante todo el matrimonio, de la administración y del goce de sus bienes, lo que sería un verdadero cambio en las convenciones matrimoniales. Se objeta que el apoderarse de los bienes equivale á negar alimentos, y que si la denegación de alimen-

1 Sentencia de 27 de Enero de 1855 (Dalloz, *Colección periódica*, 1855, 2, 208).

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, ps. 410 y 412, números 438 y siguientes).

tos es permitida en un régimen debe autorizarse en todos los regímenes. Nosotros contestamos que no hay lugar á rehusar alimentos á la mujer que no los pide; que la denegación de alimentos no es legítima sino en el sentido de que la mujer debe recibirlos en la casa conyugal, y si ella la abandona no puede reclamarlos de su marido. Así, pues, no há lugar á una denegación de alimentos cuando la mujer nada reclama. La jurisprudencia está dividida: se pronuncia generalmente por la toma de posesión (1); y lo mismo sucede con los autores (2).

92. Se pregunta si la mujer puede ser sentenciada á daños y perjuicios hasta el momento en que reintegre el domicilio conyugal. Hay sentencias y autores que admiten esta vía de ejecución. A decir verdad esta no es una vía de ejecución, es una pena, una multa, como lo expresa la Corte de Bruselas, que ha sentenciado á la mujer á pagar una suma de dinero por cada día que tardase en cumplir la obligación de cohabitar con su marido (3). ¿Esta palabra *pena* que la Corte pronuncia no habría debido recordarle que no puede haber pena sin ley penal? ¿Y cómo unos jurisconsultos han podido concebir la idea de aplicar al matrimonio los principios sobre daños y perjuicios? (4). Como muy bien lo dice la Corte de Colmar, basta leer los artículos del Código referentes á daños y perjuicios para convencerse de que es imposible hacer su aplicación al deber que tiene la mujer de habitar con su marido (1). En los términos del art. 1149 los daños y perjuicios que se deben al acreedor son por la pérdida que ha sufrido y por la ganancia de que se ha visto privado. ¿El marido es un acreedor? ¿Cuál es la pérdida que ha sufrido? ¿Cuál la ganancia de que se ha visto privado? Estas cuestiones, tan naturales cuando se trata de una deuda de dinero, son absurdas cuando se plantean con motivo de una obligación moral. En definitiva, ¿de qué se trata? De obligar á la mujer á que vuelva al domicilio conyugal. Supongamos que lo haga; ¿su presencia material en la casa que su marido habita restablecerá esa vida común que hace de dos seres uno solo? ¡Cómo, la mujer ha abandonado la casa conyugal y vuelve á ella no porque apetezca restablecerla sino para no pagar daños y perjuicios! ¿Si al marido le queda un sentimiento de honra no debería estar avergonzado de haber obtenido por el interés lo que en vano había pedido al amor? ¿Y cómo conciliar el cariño con las penas y las multas?

1 Sentencia de Riom de 13 de Agosto de 1810 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 759, 2°) Sentencia de Colmar de 10 de Julio de 1833 (Dalloz, *ibid.*, núm. 761). Sentencia de Caen de 14 de Agosto de 1848 (Dalloz, *Colección periódica*, 1850, 2, 185). En sentido contrario, sentencia de Pau de 11 Mayo de 1863 (Dalloz, *Colección periódica*, 1863, 2, 193).

2 Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 219, nota 4. Demolombe, t. IV, p. 124, núm. 105.

3 Sentencia de 1.° de Abril de 1824 [Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 759, 3°)

4 Durantón, t. II, p. 412, núm. 440. Demolombe, t. IV, p. 125, número 106. En sentido contrario, Zachariae, edición de Aubry, t. III, p. 220, nota 4, pfo. 471.

93. La jurisprudencia y la doctrina han ido más lejos; admiten que el juez puede autorizar al marido para requerir la fuerza pública á fin de obligar á su mujer á reintegrar el domicilio conyugal. Se invoca el principio elemental que permite la ejecución forzosa para todo derecho consagrado por la ley. El deber de la mujer de cohabitar con su marido no es únicamente un deber moral, es además una obligación civil, de la que nace un derecho para el marido; este derecho le da acción contra la mujer; así, pues, á instancias del marido el juez debe ordenar á la mujer que vuel-

1 Sentencia de 10 de Julio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 761).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

va á la casa conyugal. ¿Qué sería de la autoridad de las leyes, qué del respecto debido á las sentencias de los tribunales, si la mujer pudiese provocar al legislador y al magistrado? (1). Al leer estas sentencias recuérdanse las palabras de Napoleón en el Consejo de Estado: «No saben ustedes lo que es el matrimonio.» Sin duda alguna que el deber de cohabitación es una obligación civil, ¿pero resulta de esto que pueda asegurarse esta obligación por la ejecución forzosa? Véamos como obrará la fuerza. Los gendarmes llevan á la mujer á la casa conyugal. Ahí no tendrán á la mujer á la vista, si no habría una violación de la libertad individual. El marido no podrá tampoco poner á su mujer bajo de llaves. Así, pues, desde el momento mismo en que constreñida por la fuerza la mujer pone el pie en el domicilio conyugal puede salirse. ¿Habrá que recurrir de nuevo á la fuerza? ¿Los gendarmes se ocuparán permanentemente en transportar al domicilio conyugal á la mujer recalcitrante? ¿A esto se llama restablecer la vida común? Confesémoslo: en este caso los gendarmes son impotentes. No hay en el mundo fuerza alguna que pueda obligar á la mujer á habitar con su marido cuando ella ya no lo apetece (2).

Los autores están divididos. Y los hay, por cierto de los mejores, que admiten que se emplee la fuerza. En verdad que la argumentación de Zachariæ seguida por Marcadé bastaría para rechazar una doctrina tan mal defendida. El

1 Sentencia de Pau de 12 de Abril de 1810 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 762, 1°); de la Corte de Casación de 9 de Agosto de 1826 (Dalloz, *ibid.*, 762, 2.°); de París de 31 de Marzo de 1855 (Dalloz, *ibid.*, 1863, 2, 193); de Pau de 11 Marzo de 1863 (Dalloz, *ibid.*, 1863, 2, 192).

2 Sentencia de Bourges de 15 de Julio de 1811 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 761); de Tolosa de 24 de Agosto de 1818 (*ibid.*, núm. 758, 1°); de Colmar de 10 de Julio de 1833 (*ibid.*, número 761). Las cortes de Holanda se pronuncian en el mismo sentido. Véanse dos sentencias citadas por Dalloz, 1852, 2, 105 y 106.

marido, dice el jurisconsulto alemán, tiene un derecho cuyo objeto es la persona de la mujer; en donde yo encuentro una cosa la reivindico (1). Zachariæ olvida que si la mujer es una cosa es por lo menos una cosa mobiliaria y que las cosas mobiliares no se reivindican. Marcadé da otro giro á este argumento brutal. «En el matrimonio la mujer me ha ofrecido su persona misma: ¿por qué no habría yo de poder perseguir por las vías legales la posesión de esta persona? (2)» ¿Por qué, agregaremos nosotros, no habrían de instalarse los gendarmes en la cámara nupcial? ¡No le vemos término á la cuestión, y con razón!

La opinión que sostenemos la enseñan Delvincourt, Durantón y Duvergier (3). Nosotros no aceptamos todas las razones que se dan en pro ó contra de esta doctrina. En general los que repelen la fuerza invocan la libertad individual; ven en el empleo de la fuerza una especie de pena corporal y, por consiguiente, una violación del artículo 2063, que prohibe al juez pronunciar la pena corporal fuera de los casos determinados por la ley. A nuestro modo de juzgar nada de común hay entre el uso de la fuerza con el fin de obligar á una persona á hacer lo que está obligada á hacer y la pena corporal (4). En principio admitimos que el deudor puede ser forzado á cumplir su obligación, cuando se pueda, por el empleo de la fuerza. En esto no hay la menor lesión á la libertad individual. Se violaría la libertad cuando el deudor fuese encarcelado; se violaría respecto á la mujer si fuese encerrada en el domi-

1 Zachariae, edición de Vergé, t. I, p. 228, nota 4.
2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 457, art. 214, núm. 11.
3 Delvincourt, t. I, p. 79, nota 4. Durantón t. II, p. 412, número 440. Duvergier sobre Toullier, t. II, núm. 666, nota 1, pfo. 10.
4 Esto está muy bien demostrado en una sentencia de la Corte de Dijón de 25 de Julio de 1840 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 762, 5°)

cilio conyugal; no se viola la libertad si únicamente se la obliga á volver, puesto que á ello está obligada: ella misma es la que en este sentido está privada de la libertad desde el momento en que se casa. Si rechazamos la fuerza es porque se trata no sólo de obligar á la mujer á reintegrar el domicilio conyugal sino de la vida común; ahora bien, en este caso la fuerza es impotente. La obligación, por más que esté consagrada por la ley, sigue siendo un deber moral en el sentido de que es imposible la ejecución por la fuerza.

94. El marido está obligado á recibir á su mujer. ¿Si se niega á ello cuál será la sanción? Cierto es que la mujer podrá pedir una pensión alimenticia. Enséñase también que podrá reclamar daños y perjuicios. La jurisprudencia decide igualmente que ella podrá reclamar el empleo de la fuerza pública con el fin de hacerse abrir el domicilio conyugal (1). ¿Pero si el marido abandonase el domicilio conyugal podría la mujer exigir que volviese? Evidentemente que sí podría; ¿y en dónde estaría la sanción? Los autores no quieren otra que no sea la de daños y perjuicios. Esto sería una flagrante lesión al poder marital, dice M. Demolombe (2). ¡Cómo! ¿Sería violar el poder marital forzar al marido á que cumpliese su deber? ¿Por qué no aplicar al marido lo que se hace respecto de la mujer? ¿Existe un derecho aparte para el marido? ¿Una sola y misma obligación, la de cohabitar, tendrá una sanción si de la mujer se trata y no la tendrá si se trata del marido? ¿No probaría esto que la doctrina de la fuerza no es suficientemente sólida? A nuestro juicio no hay sanción, salvo el derecho para cada uno de los esposos de pedir el divorcio ó la separación de cuerpo.

1 Sentencia de Bruselas de 7 de Diciembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 748, 3.°)

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 131, núm. 110.

SECCION II.—De la incapacidad de la mujer casada.

§ 1. Principios generales.

95. La mujer casada está destinada á la incapacidad jurídica; se le coloca entre los incapaces por el Código Civil (art. 1124). ¿Qué fundamento tiene esta incapacidad? Ya en el antiguo derecho los autores estaban divididos en este punto, y no ha cesado del todo la incertidumbre bajo el imperio de la nueva legislación. Hay desde luego una razón bastante banal que precisa rechazar por más que tenga su parte de verdad. Invocábase en otros tiempos la ligereza de la mujer y su inexperiencia para justificar la incapacidad que la ley le impone. Cierto es que las mujeres no tienen ni pueden tener en el mismo grado que los hombres la experiencia de los negocios. ¿Pero esta diferencia de capacidad influye en el derecho? Nó, porque la mujer no casada ó viuda es tan capaz como el hombre. Supuesto que sólo la mujer casada es incapaz debe buscarse la razón de esto en el matrimonio; en efecto, desde el momento en que el matrimonio se celebra la incapacidad comienza, y cesa cuando el matrimonio se disuelve. El matrimonio coloca á la mujer bajo el poder de su merido. Este poder debe ejercer una influencia en la incapacidad jurídica de la mujer; como ella debe obedecer en todo á su marido es claro que no conviene que ejecute acto alguno sin haber solicitado su consentimiento. Esta es la razón que da Pothier. «El poder, dice, que el marido tiene en la persona de su mujer no permite á ésta hacer algo sino bajo la dependencia de aquél (1).» Deducíase de aquí, en el derecho

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, sec. II, t. II, p. 170.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cilio conyugal; no se viola la libertad si únicamente se la obliga á volver, puesto que á ello está obligada: ella misma es la que en este sentido está privada de la libertad desde el momento en que se casa. Si rechazamos la fuerza es porque se trata no sólo de obligar á la mujer á reintegrar el domicilio conyugal sino de la vida común; ahora bien, en este caso la fuerza es impotente. La obligación, por más que esté consagrada por la ley, sigue siendo un deber moral en el sentido de que es imposible la ejecución por la fuerza.

94. El marido está obligado á recibir á su mujer. ¿Si se niega á ello cuál será la sanción? Cierto es que la mujer podrá pedir una pensión alimenticia. Enséñase también que podrá reclamar daños y perjuicios. La jurisprudencia decide igualmente que ella podrá reclamar el empleo de la fuerza pública con el fin de hacerse abrir el domicilio conyugal (1). ¿Pero si el marido abandonase el domicilio conyugal podría la mujer exigir que volviese? Evidentemente que sí podría; ¿y en dónde estaría la sanción? Los autores no quieren otra que no sea la de daños y perjuicios. Esto sería una flagrante lesión al poder marital, dice M. Demolombe (2). ¡Cómo! ¿Sería violar el poder marital forzar al marido á que cumpliese su deber? ¿Por qué no aplicar al marido lo que se hace respecto de la mujer? ¿Existe un derecho aparte para el marido? ¿Una sola y misma obligación, la de cohabitar, tendrá una sanción si de la mujer se trata y no la tendrá si se trata del marido? ¿No probaría esto que la doctrina de la fuerza no es suficientemente sólida? A nuestro juicio no hay sanción, salvo el derecho para cada uno de los esposos de pedir el divorcio ó la separación de cuerpo.

1 Sentencia de Bruselas de 7 de Diciembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 748, 3.°)

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 131, núm. 110.

SECCION II.—De la incapacidad de la mujer casada.

§ 1. Principios generales.

95. La mujer casada está destinada á la incapacidad jurídica; se le coloca entre los incapaces por el Código Civil (art. 1124). ¿Qué fundamento tiene esta incapacidad? Ya en el antiguo derecho los autores estaban divididos en este punto, y no ha cesado del todo la incertidumbre bajo el imperio de la nueva legislación. Hay desde luego una razón bastante banal que precisa rechazar por más que tenga su parte de verdad. Invocábase en otros tiempos la ligereza de la mujer y su inexperiencia para justificar la incapacidad que la ley le impone. Cierto es que las mujeres no tienen ni pueden tener en el mismo grado que los hombres la experiencia de los negocios. ¿Pero esta diferencia de capacidad influye en el derecho? Nó, porque la mujer no casada ó viuda es tan capaz como el hombre. Supuesto que sólo la mujer casada es incapaz debe buscarse la razón de esto en el matrimonio; en efecto, desde el momento en que el matrimonio se celebra la incapacidad comienza, y cesa cuando el matrimonio se disuelve. El matrimonio coloca á la mujer bajo el poder de su merido. Este poder debe ejercer una influencia en la incapacidad jurídica de la mujer; como ella debe obedecer en todo á su marido es claro que no conviene que ejecute acto alguno sin haber solicitado su consentimiento. Esta es la razón que da Pothier. «El poder, dice, que el marido tiene en la persona de su mujer no permite á ésta hacer algo sino bajo la dependencia de aquél (1).» Deducíase de aquí, en el derecho

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, sec. II, t. II, p. 170.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

antiguo, que la incapacidad de la mujer era absoluta y traía consigo una nulidad absoluta.

¿Y esta es la teoría del Código Civil? Nó, la dependencia de la mujer hace ciertamente su papel en su incapacidad, pero no un papel predominante como en el derecho antiguo. Hay, á este respecto, una notable diferencia en los textos. Las costumbres decían: "La mujer casada de ninguna manera puede contratar." Mientras que el artículo 1124 dice que la mujer es incapaz de contratar *en los casos expresados por la ley*; esto equivale á decir que la incapacidad no es absoluta en el sentido de que engendre una nulidad absoluta. En efecto, el artículo siguiente asienta el principio de la nulidad relativa. Esto revela un cambio completo de sistema. Una nulidad relativa implica que no está establecida por un motivo de interés general. Así, pues, no puede decirse con Coquille que la incapacidad de la mujer casada esté fundada en el decoro público; hay que decir que está establecida para poner á cubierto los intereses de las que pueden prevalecerse de la nulidad. El marido lo puede porque su autoridad ha sido menospreciada. La mujer lo puede, pero ¿por qué? Debe contestarse que porque ella no ha disfrutado de la protección que la ley ha querido asegurarle. ¿Pero cuáles son los intereses que la ley ha pretendido poner á cubierto? La mujer casada no está ya en la posesión en que se *encontraba* siendo doncella; no puede ejecutar acto jurídico que no refluya sobre sus hijos ó sobre su marido; así, pues, los actos que se halla en el caso de ejecutar interesan á toda la familia. ¿Y siendo esto así no es necesario que el jefe de la familia intervenga para garantizar los intereses comunes? El matrimonio es una sociedad; cada asociado tiene su esfera de acción, su misión; tócanle á la mujer los cuidados del interior de la casa, la educación de los hijos; al marido, la dirección de los negocios. En este sentido, requiérese su intervención no sólo porque tiene autoridad sobre la mujer, sino también porque debe velar por los intereses generales de la familia (1).

Esta teoría descansa en los textos del código; hemos citado los artículos 1124 y 1125. Hay además otras disposiciones que no pueden explicarse por el principio del poder marital. En el derecho antiguo, el marido menor de edad podía autorizar á su mujer; no puede hacerlo según el código (art. 224). Y es porque en el derecho antiguo la incapacidad de la mujer sólo se fundaba en el poder del marido; ahora bien, el menor tiene este poder tanto como el mayor de edad, así, pues, debía solicitarse su autorización. En el derecho moderno, al contrario, la idea de protección es la que preferentemente domina, y ¿de qué serviría la protección de un marido menor que á su vez necesita ser protegido?

Cuando el marido es menor, está ausente ó incapacitado, se acude á la justicia para que autorice á la mujer (artículos 224 y 222). Evidentemente que entonces ningún papel hace el poder marital. Así, pues, si la incapacidad de la mujer casada no tuviese más fundamento que el poder del marido, la mujer debería volver al goce de su capacidad natural. Si sigue siendo incapaz, si necesita la autorización de la justicia, esto prueba que hay además otros intereses en juego, el interés de la familia que se confunde con el de la mujer.

96. El principio de que la incapacidad de la mujer está fundada en el matrimonio tiene importantes consecuencias. Resulta que es de orden público, supuesto que el matrimonio es de orden público. Síguese de aquí, que las con-

1 Zachariae, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 323, pfo, 472.

venciones matrimoniales no pueden dar á la mujer la capacidad que pierde al casarse. El art. 1388 lo dice: «Los esposos no pueden derogar los derechos que resultan del poder marital sobre la persona de la mujer.» Hé aquí por qué los arts. 215 y 217, que establecen la incapacidad de la mujer casada, agregan que esta incapacidad existe aun cuando la mujer esté separada de bienes ó no viva en común. Sin embargo, la regla formulada por el art. 1388 no es absoluta; el contrato de matrimonio puede modificar la incapacidad de la mujer. Esto acontece toda vez que la mujer se reserva la administración de todo ó de parte de sus bienes; puede entonces ejecutar los actos relativos á esta administración sin autorización del marido ni de la justicia (arts. 223, 1536 y 1576).

Del principio de que la incapacidad de la mujer es una consecuencia del matrimonio, síguese además, que subsiste durante todo el tiempo del matrimonio. La mujer, aun separada de cuerpo, sigue siendo incapáz, porque la separación de cuerpo, rompe únicamente la vida común, no arrebata al marido el poder que tiene sobre su mujer sino en lo que concierne al deber de cohabitación; en todos los demás respectos, la autoridad marital subsiste, y en consecuencia la incapacidad de la mujer. Sin embargo, la separación de cuerpo tiene una influencia considerable en la capacidad de la mujer, puesto que trae consigo la separación de bienes (art. 311); ahora bien, la mujer separada en bienes tiene la libre administración de su patrimonio, y la incapacidad, por lo mismo, está disminuida.

El principio tiene otras muchas consecuencias, que expondremos sucesivamente al entrar en los detalles de la materia.

---

§ II. EXTENSION DE LA INCAPACIDAD.

Núm. 1. De los actos extrajudiciales.

I. REGLA GENERAL.

97. El art. 217 establece: «La mujer aun no llevando vida común ó separada de bienes, no puede dar, enagenar, hipotecar, adquirir á título oneroso ó gratuito . . . .» ¿Es restrictiva esta enumeración? Es esto preguntar si la incapacidad de la mujer casada es general, ó si sólo se refiere á ciertos actos determinados por la ley. Es de principio que la mujer es incapáz de ejecutar un acto jurídico sin autorización de su marido. Los motivos que han hecho establecer la incapacidad son generales; la sumisión que la mujer debe á su marido exige que ella obtenga su consentimiento para todo acto, y el interés de la familia exige igualmente que el marido tome conocimiento de todos los actos que la mujer se propone ejecutar. Este principio resulta, por otra parte, del conjunto de las disposiciones del código.

El artículo 207 dice: «La mujer, aun no llevando vida común ó separada de bienes.» así es que la incapacidad existe en todos los régimenes. Acabamos de decir que ésta es una consecuencia del principio, en el cual se funda la incapacidad. El código, á este respecto, deroga el antiguo derecho. En la naciones de derecho escrito, la mujer casada bajo el régimen dotal temia la libre disposición de sus bienes parafernales. Esta era una evidente inconsecuencia El legislador moderno con más lógica, mantiene la incapacidad en todos los régimenes; salvo el minorar su rigor cuando la mujer tiene la administración de sus bienes en virtud del contrato de matrimonio; en este caso, puede ella ejecu-

venciones matrimoniales no pueden dar á la mujer la capacidad que pierde al casarse. El art. 1388 lo dice: «Los esposos no pueden derogar los derechos que resultan del poder marital sobre la persona de la mujer.» Hé aquí por qué los arts. 215 y 217, que establecen la incapacidad de la mujer casada, agregan que esta incapacidad existe aun cuando la mujer esté separada de bienes ó no viva en común. Sin embargo, la regla formulada por el art. 1388 no es absoluta; el contrato de matrimonio puede modificar la incapacidad de la mujer. Esto acontece toda vez que la mujer se reserva la administración de todo ó de parte de sus bienes; puede entonces ejecutar los actos relativos á esta administración sin autorización del marido ni de la justicia (arts. 223, 1536 y 1576).

Del principio de que la incapacidad de la mujer es una consecuencia del matrimonio, síguese además, que subsiste durante todo el tiempo del matrimonio. La mujer, aun separada de cuerpo, sigue siendo incapáz, porque la separación de cuerpo, rompe únicamente la vida común, no arrebata al marido el poder que tiene sobre su mujer sino en lo que concierne al deber de cohabitación; en todos los demás respectos, la autoridad marital subsiste, y en consecuencia la incapacidad de la mujer. Sin embargo, la separación de cuerpo tiene una influencia considerable en la capacidad de la mujer, puesto que trae consigo la separación de bienes (art. 311); ahora bien, la mujer separada en bienes tiene la libre administración de su patrimonio, y la incapacidad, por lo mismo, está disminuida.

El principio tiene otras muchas consecuencias, que expondremos sucesivamente al entrar en los detalles de la materia.

---

§ II. EXTENSION DE LA INCAPACIDAD.

Núm. 1. De los actos extrajudiciales.

I. REGLA GENERAL.

97. El art. 217 establece: «La mujer aun no llevando vida común ó separada de bienes, no puede dar, enagenar, hipotecar, adquirir á título oneroso ó gratuito . . . .» ¿Es restrictiva esta enumeración? Es esto preguntar si la incapacidad de la mujer casada es general, ó si sólo se refiere á ciertos actos determinados por la ley. Es de principio que la mujer es incapáz de ejecutar un acto jurídico sin autorización de su marido. Los motivos que han hecho establecer la incapacidad son generales; la sumisión que la mujer debe á su marido exige que ella obtenga su consentimiento para todo acto, y el interés de la familia exige igualmente que el marido tome conocimiento de todos los actos que la mujer se propone ejecutar. Este principio resulta, por otra parte, del conjunto de las disposiciones del código.

El artículo 207 dice: «La mujer, aun no llevando vida común ó separada de bienes.» así es que la incapacidad existe en todos los régimenes. Acabamos de decir que ésta es una consecuencia del principio, en el cual se funda la incapacidad. El código, á este respecto, deroga el antiguo derecho. En la naciones de derecho escrito, la mujer casada bajo el régimen dotal temia la libre disposición de sus bienes parafernales. Esta era una evidente inconsecuencia El legislador moderno con más lógica, mantiene la incapacidad en todos los régimenes; salvo el minorar su rigor cuando la mujer tiene la administración de sus bienes en virtud del contrato de matrimonio; en este caso, puede ella ejecu-

tar los actos que conciernen á esta administración sin autorización marital, pero sigue siendo incapaz para todo acto extraño á la administración.

La incapacidad se aplica á toda especie de actos, sin distinguir si son á título gratuito ó á título oneroso. De manera que la mujer necesita la autorización marital, aun para aceptar una donación que se le hace. Así era ya en el antiguo derecho, en virtud de la ordenanza de 1731; era esta una de las raras disposiciones aplicables á las provincias de derecho escrito como á los países del derecho consuetudinario; lo que prueba que la incapacidad se fundaba en un motivo de órden público. Cierto es que, cuando la mujer adquiere á título gratuito, no contrae ninguna obligación, pero las buenas constumbres exigen que el marido intervenga para autorizar la aceptación.

El art. 217 no dice, como las constumbres, que la mujer no puede de ninguna manera contratar. Sin embargo, claro es que la mujer casada es incapaz para obligarse. Esto resulta de los textos mismos del código. El art. 220 establece que la mujer, si es comerciante pública, puede, sin la autorización de su marido, obligarse en lo que concierne á su negocio. Esta excepción supone que la incapacidad de obligarse, forma la regla. Los arts. 221, 222 y 224, exigen que la mujer obtenga la autorización de justicia para contratar, cuando el marido está en la imposibilidad legal de dar su consentimiento; *contratar*, es obligarse por convención; así, pues, la mujer no puede obligarse sin autorización de justicia, lo que de nuevo implica que su incapacidad es general. Por último, el artículo 1124 pone á las mujeres casadas entre los menores y los incapacitados. La ley agrega, en verdad, que la mujer es incapaz de contratar en los casos previstos por la ley; pero, según lo hemos hecho notar, estos términos no son restrictivos.

Los textos confirman, pues, el principio elemental que declara á las mujeres casadas incapaces de ejercitar acto jurídico ninguno. Pero la incapacidad recibe excepciones, y sin duda, por esta razón el legislador no ha querido formularla de una manera demasiado absoluta.

II.—Excepciones.

98. La doctrina admite como principio que los incapaces pueden ejecutar los actos conservatorios, sin autorización ni asistencia ninguna. Este principio se desprende de la naturaleza misma de los actos conservatorios; tienden á conservar los derechos, y aprovechan necesariamente á los que los tienen, y por lo mismo no hay razón para prohibirlos á los incapaces. En cuanto á la mujer, hay, no obstante, un motivo para dudar. Su incapacidad estriba no en la edad, como para con el menor, ni en las facultades intelectuales, como en el incapacitado, sino en el poder marital; ahora bien, en teoría puede decirse que el poder marital no tolera excepciones; la mujer debe obediencia á su marido en las cosas pequeñas como en las grandes. Si este principio se siguiese con todo rigor, habría que exigir siempre la autorización marital, hasta para los actos conservatorios. Pero la ley misma deroga esto. Así es que permite á la mujer requerir la inscripción de su hipoteca legal (1). La aplicación del principio es lo que permite á los incapaces ejecutar los actos conservatorios. Hay que aplicar el mismo principio á la inscripción de la hipoteca convencional ó testamentaria. El código civil lo dice expresamente de la transcripción de las donaciones hechas á la mujer; la mujer puede proceder sin autorización (art. 940). Nuestra ley hipotecaria generaliza el principio de la transcripción (art. 10);

1 Ley hipotecaria del 16 de Diciembre de 1851, art. 64.

es en todo caso un acto conservatorio, para el cual la mujer puede en todo tiempo requerirla. Interrumpir una prescripción, hacer una protesta, son actos conservatorios, en los que la mujer puede proceder sin autorización.

99. Hay, en segundo lugar, actos que la ley permite ejecutar á la mujer, dispensándola expresa ó tácitamente de la autorización marital. Tal es el testamento. En nuestro antiguo derecho, había constumbres que declaraban á la mujer incapaz de testar. Esto era exagerar el principio de la incapacidad: como el testamento no ha de tener efecto sino á la muerte de la mujer, no ha lugar á hacer intervenir en él la autoridad del marido, supuesto que, á la muerte ya no tiene poder marital. Por otra parte, es de la esencia del tastamento que sea la libre expresión de la voluntad del testador, y ninguna voluntad extraña puede intervenir en él, sin viciarlo. El código Napoleón ha devuelto á la mujer un derecho de que malamente la habían despojado las leyes antiguas (art. 226).

Las donaciones hechas entre esposos durante el matrimonio participan de la naturaleza de los testamentos, en el sentido de que son siempre revocables. ¿Quiere esto decir que la mujer puede hacerlas sin autorización? Nó, porque la donación, aunque revocable, es un contrato por el cual la mujer enagena á título gratuito, y desde luego la mujer no puede donar (art. 217). Pero el código le permite que revoque la donación, sin estar autorizada por el marido ni por justicia (art. 1096). Esta excepción resulta de la naturaleza misma de estas donaciones; si la ley las declara revocables, es porque abriga el temor de que no sean la expresión de la voluntad libre del donante; desde entonces debía permitir á la mujer que manifestase su voluntad revocando sin autorización las liberalidades que sólo hizo en vista de una violencia moral.

La ley permite á la madre que acepte una donación hecha á su hijo menor de edad (art. 985); y por esto mismo, puede aceptarla sin autorización; si la ley hubiere pretendido exigir la autorización, inútil habría sido decir que el *el padre y la madre* pueden aceptar por el menor. Hay, sin embargo, esto de singular, y es que un incapás está llamado á cubrir la incapacidad de otro incapaz. La razón de esta anomalía aparente es que la incapacidad de la mujer casada no es absóluta; no se establece sino en razón del poder marital y de los intereses de la familia; ahora bien, cuando se trata de aceptar una donación en nombre del hijo menor, estos motivos no tienen ya valor.

El artículo 337 permite al esposo hacer durante el matrimonio el reconocimiento de un hijo natural que hubiese tenido antes de su matrimonio, de persona que no es su cónyuge. Se pregunta si la mujer puede hacerlo sin autorización. Generalmente se enseña la afirmativa. Insistiré mos en este punto en el título de la Paternidad.

100. La mujer casada es incapaz, en el sentido de que no puede ejecutar ningún acto jurídico sin autorización. Síguese de aquí que no puede estar obligada por el hecho de haberlo ejecutado. Pero hay casos en que estamos obligados sin acto nuestro: la mujer, dice Pothier, es capaz de estas obligaciones, como cualquiera otra persona, sin ninguna autorización. El principio es cierto, pero la aplicación presenta algunas dificultades.

Según los términos del art. 1370, hay compromisos que resultan de la sola autoridad de la ley: tales son, dice el código, los de los tutores y otros administradores que no pueden rehusar la función que se les ha confiado. Se pregunta si la mujer queda valederamente comprometida cuando tiene á su cargo una tutela, sin que la haya aceptado con autorización del marido. Duranton dice que la

mujer no está obligada, como tutora, sino cuando ha aceptado la tutela con autorización. Zachariæ critica esta decisión; pretende que las obligaciones que nacen de la tutela se desprenden de la ley misma, independientemente de toda aceptación. Esto es cierto en general, pero no tratándose de la mujer; la madre tutora puede rehusar la tutela, luego si no la rehusa es porque la acepta, y por lo tanto, las obligaciones que contrae proceden de un hecho voluntario. Hay, pues, lugar para aplicar la regla general y no la excepción (1), entendiéndose bien si la viuda vuelve á casarse. ¿Pasaría lo mismo si una ascendiente fuese nombrada tutora? La cuestión presenta otras dificultades. Insistirémos en ellas en el título de la *tutela*.

Por aplicación del mismo principio, la mujer está obligada por sus delitos y por sus cuasi delitos. Esto no tiene duda. La ley lo expresa así respecto del menor (art. 1310); con mayor razón debe ser lo mismo respecto de la mujer.

101. Pothier aplica también la excepción á los cuasi contratos, en el sentido de que los compromisos que de ellos se derivan, sin concurso de consentimiento, existen respecto á la mujer, aunque no esté autorizada. Tal es la gestión de negocios. Si es negocio de la mujer el que se gestiona, ella quedará obligada, como cualquiera otra persona, por el hecho del gerente. ¿Puede ella también gestionar negocio ageno sin autorización? Nó, porque aquí se trata de un hecho personal á la mujer, y ella no puede quedar obligada de hecho sin estar autorizada (2). Ninguna duda hay en cuanto á las obligaciones que ella contrae respecto á tercero como gerente; evidentemente que serían nulas. ¿Pero al menos la mujer no estaría obligada respecto al actor por el perjuicio que ella le causa por su mala gestión? Aquí hay una duda. Cierto es que la mujer no puede verse obligada como gerente, porque no puede ser gerente sin autorización. ¿Pero no podría obligársele en virtud de un cuasidelito? La dificultad consiste en saber si puede aplicársele el art. 1382, en cuyos términos todo hecho cualquiera del hombre que causa daño á otro obliga á aquel por cuya culpa ha tenido lugar á repararlo (1). Hay un motivo para dudar; el hecho de gestionar asuntos de otro está previsto por el art. 1372 en el capítulo de los cuasicontratos; ahora bien, ¿un solo y mismo hecho puede ser á la vez un cuasicontrato y un cuasidelito? ¿Desde ese momento nó es preciso decir que hay lugar á aplicar los principios que rigen los cuasicontratos y no los que rigen los cuasidelitos? Nó, porque en realidad no hay gestión de negocios, supuesto que la mujer no puede ser gerente. Queda, pues, en pie un hecho voluntario de la mujer que causa un daño; es decir, un cuasidelito.

La mujer recibe un pago indebido. ¿Está obligada á restituir lo que le ha sido pagado? Pothier establece como regla que la mujer debe cumplir las obligaciones que produce la sola equidad; cita como ejemplo el caso de un préstamo hecho á la mujer; ésta debe restituir lo que ha recibido, en tanto que con ello se ha enriquecido, no en virtud del préstamo sino en virtud de la máxima de equidad que prohibe enriquecerse á expensas de otro (2). Hay que aplicar el mismo principio al pago indebido; la mujer á quien se ha hecho quedará obligada en tanto que se ha enriquecido. Se pregunta si estaría obligada á restituir todo lo que ha recibido en el caso de que estando separada de bienes es

1 Duranton, t. II, p. 449, núm. 500. Zachariæ, t. III, p. 327, nota 18, pfo. 472.
2 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núm. 50.

1 Demolombe, t. IV, p. 217, núm. 181, Mourlón, *Repeticiones*, tomo I, p. 393, nota.
2 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núm. 51.

capaz de recibir un pago (1). La cuestión está mal planteada. Es de principio que el que recibe un pago indebido, aun cuando sea capaz, no está obligado sino en tanto que se ha enriquecido, si él es de buena fe. Así, pues, cuando la mujer separada de bienes recibe de buena fe lo que no le es debido ella no debe restituir sino aquello con lo que se ha enriquecido. ¿Pero qué se resolverá si ella es de mala fe? Debe aplicársele el principio de derecho común, según el cual el que recibe de mala fe lo que no le es debido está obligado a reparar todo el perjuicio que causa. En este caso hay dolo y, en consecuencia, delito civil más bien que cuasicontrato. Ahora bien, la mujer está obligada por sus delitos y por sus cuasidelitos.

NUM. 2. DE LOS ACTOS JUDICIALES.

I. Regla general.

102. El art. 215 previene que la mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización del marido; lo que quiere decir que ella no puede litigar, ni como actora ni como demandada, si para ello no está autorizada. Esta incapacidad es más absoluta que la de que acabamos de hablar. La mujer separada de bienes puede ejercitar los actos relativos á su administración sin autorización marital; pero si con motivo de estos actos se suscita un ligio no puede ella comparecer en juicio. ¿Por qué si es capaz de administrar no ha de serlo para sostener las causas judiciales referentes á su administración? Al permitir á la mujer que administrase sus bienes el legislador debería por lo mismo permitirle que ejecutase los actos de administración sin autorización marital, porque estos actos son de todos los días y de todos los momentos. No se palpa la misma necesidad respecto á las causas judiciales que afortunadamente son cosa rara en la vida. Además, los litigios son actos peligrosos que pueden comprometer la fortuna de la mujer á causa de los gastos que ocasionan, mientras que los actos de administración siempre le son más ó menos provechosos. Por esto es que la prohibición de litigar es absoluta (1).

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 218, núm. 182.

El art. 215 agrega: "aun cuando sea comerciante público." Cuando la mujer es comerciante pública puede obligarse y hasta hipotecar y enajenar sus muebles para las necesidades de su comercio. Su capacidad es, pues, mayor que la de la mujer separada de bienes. No obstante, la ley la declara incapaz de comparecer en juicio en las causas judiciales referentes á su comercio. Las razones son las mismas que acabamos de exponer para la mujer separada de bienes. La incapacidad es idéntica y tan absoluta en uno como en otro caso. Sorprende, pues, que una corte haya resuelto lo contrario. Se ha juzgado que la mujer autorizada por su marido para hacer toda clase de operaciones de comercio, y con relación á estas operaciones, todos los actos permitidos por la ley á la mujer comerciante puede, en virtud de esta autorización, proseguir una instancia mercantil (2). Esto es violar la ley en su letra y en su espíritu. Cuando la ley exige que la mejer comerciante esté autorizada para comparecer en juicio quiere una autorización especial para cada instancia mercantil, y desde luego toda autorización general y que ni siquisiera hable de causas judiciales es ineficaz.

La expresión *comparecer en juicio* es general; se aplica

1 Sentencia de casación de 13 Noviembre de 1863 (Dalloz, *Colección periódica*, 1845, 1, 33).

2 Sentencia de la Corte de Aix de 9 de Enero de 1866 (Dalloz, *Colección periódica*, 1867, 5, 35).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

al caso en que la mujer es la demandada. En efecto, la razón es la misma; puede interesarle no defenderse. Aun se admite que la mujer necesita estar autorizada para presentarse á la oficina de conciliación (1). Que la mujer deba estar autorizada esto no tiene duda; ¿pero debe estarlo en virtud de la disposición que le prohibe comparecer en juicio? Nó, porque el preliminar de la conciliación no es una instancia judicial: es, como la palabra lo indica, una tentativa para conciliar á los que van á entrar en un litigio; así, pues, no hay todavía litigio, y no puede decirse que la mujer comparece en juicio cuando comparece ante el juez de paz. Pero por lo mismo que los preliminares de la conciliación pueden llevar á una transacción la mujer debe estar autorizada; de lo contrario su comparecencia ante el juez de paz no tendría objeto.

103. ¿Cuándo debe otorgarse á la mujer la autorización para comparecer en juicio? Es de jurisprudencia que no debe darse antes que la instancia comience y que basta que la mujer la obtenga antes del juicio definitivo. Así es que se ha juzgado que la autorización puede darla el marido á su mujer separada de bienes, por la primera vez, en la audiencia y que, en este caso, hace válido todo el procedimiento anterior (2). La Corte de Casación ha ido más lejos; ha resuelto que la autorización á efecto de apelar de un juicio cubre la nulidad del defecto de autorización para proceder ante el primer juez (3). Por aplicación de este principio se ha juzgado que la apelación interpuesta por una mujer no es nula aun cuando la haya hecho sin autorización de

1 De los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio* núm. 780.

2 Sentencia de Poitiérs de 14 de Marzo de 1828 y de Besançón de 1° de Octubre de 1810 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 859, 4° y 5°).

3 Sentencia de 5 de Diciembre de 1809 (Dalloz, en la palabra *Culto*, núm. 625).

su marido, y que basta que esta autorización se le haya dado posteriormente (1). Según el rigor de los principios es nula la instancia abierta por la mujer no autorizada, lo mismo que el acto extrajudicial ejercitado por ella. En el momento en que un incapaz obra es cuando se le debe autorizar, so pena de nulidad de todo lo que hace. Pero la nulidad puede quedar cubierta, como lo expresa la Corte de Casación; la autorizución que se dé después de la introducción de la instancia confirma lo que se ha hecho irregularmente. ¿Podría darse la confirmación después de que la instancia ha quedado terminada por un juicio definitivo? Más adelante examinaremos esta cuestión.

II.—Excepciones.

EN MATERIA CIVIL

104. La Corte de Casación asienta como principio, en esta materia, que no pueden admitirse mas excepciones que las que están formalmente establecidas por la ley (2). Tratábase de saber si la mujer que pide la nulidad de su matrimonio por vicio de consentimiento debe estar autorizada por su marido. Nosotros hemos enseñado la afirmativa (3) y, á nuestro juicio no ofrece duda alguna. La ley no establece excepciones y, por lo tanto, el caso entra en la regla general que exige la autorización. Es la aplicación del principio elemental que rige las excepciones (4). Muy diversa sería la cuestión, así como su resolución, si la mujer pretendiese que jamás hubo matrimonio. Entonces no

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 860 y 861.

2 Sentencia de 21 de Enero 1845 (Dalloz, 1845, 1, 97).

3 Véase el t. II de estos *Principios*, núm. 436.

4 Véase el t. I de estos *Principios*, núm. 277.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

obra como mujer casada y, por lo mismo, no necesita autorización. La Corte de Casación ha resuelto muy bien que la mujer que se inscribe en falso contra el acto de celebración de su matrimonio no debe estar autorizada por su marido (1). Esto no es una excepción de la regla sino la regla misma que no recibe aplicación.

105. Hay lugar para aplicar la regla cuando la mujer litiga contra su marido. Si es como actora es evidente que debe ser autorizada; más adelante veremos si por el marido ó por los tribunales. Si es como demandada se admite que no le es necesaria la autorización. Formulada de este modo la decisión es admisible. Desde el momento en que la mujer litiga debe estar autorizada; la letra y el espíritu de la ley lo exigen. ¿Qué importa que el marido sea el actor? Hay siempre que examinar si la mujer está interesada en defenderse. Necesita, pues, una autorización. Lógicamente la ley habría debido exigir la intervención de la justicia, supuesto que el marido es parte en la causa. Ya veremos que no es este el sistemo del Código. El marido es llamado para autorizar. ¿Pero precisa una autorización expresa, ó el hecho de que el marido intente una acción contra su mujer puede considerarse como una autorización tácita? Es de principio que la autorización puede ser tácita cuando se trata de acciones judiciales tanto como cuando se trata de actos extrajudiciales. La autorización es tácita cuando el marido asienta un hecho que implica necesariamente la voluntad de autorizar. Tal es, sin duda alguna, el hecho de intentar una acción contra su mujer. ¿Qué es lo que quiere el marido que demanda? Quiere obtener un juicio; ahora bien, para esto es fuerza que la mujer pueda

1 Sentencia de 31 de Agosto de 1824 (Dalloz, 1824, 1, 336). Véanse estos *Principios*, t. II, núm. 446.)

defenderse. Intentar acción contra la mujer equivale, pues, á autorizarla para litigar (1).

106. La jurisprudencia admite que no há lugar á autorizar á la mujer cuando contra ésta se ha dirigido una acción de expropiación. Desde luego, dice la Corte de Agén, (2) la acción va más particularmente dirigida contra la cosa que contra la persona. Este primer argumente prueba demasiado, ¿no pasa lo mismo en todas las acciones reales? El aseguramiento, se dice, no es una instancia judicial. Cierto es que tiene sus caracteres particulares; pero esto no impide que venga á terminar en un juicio. Así es que se admite que la adjudicación, aun preparatoria, no puede pronunciarse contra la mujer sin autorización (3). Esto nos parece que decide la cuestión respecto á los actos de procedimiento que preceden á la adjudicación. El principio que domina en esta materia es, en efecto, que la mujer no puede figurar en un acto jurídico sin estar autorizada. Poco importa, pues, que el procedimiento de expropiación sea judicial ó extrajudicial.

M. Demolombe dice que la cuestión la decide el texto del Código (4). En efecto, el art. 2508 supone que la mujer debe estar autorizada. Pero no lo previene así sino para el caso en que la mujer es deudora. La mujer puede ser traída á juicio por detener un inmueble hipotecado por la deuda de un tercero. En este caso puede decirse con la Corte de Agén que no es la mujer la perseguida sino el inmueble. Sin embargo, hay entonces una razón de más para exigir la autorización. El tercero detentador tiene derechos, puede desistir, puede pagar; ahora bien, desde el

1 Esta es la opinión unánime (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 776).

2 Sentencia de 4 de Enero de 1841 (Dalloz, 1845, 4, 41).

3 Véanse las sentencias citadas por Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 776.

4 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 153, núm. 134.

momento en que se trata del ejercicio de un derecho, el marido debe intervenir para garantir los intereses de la mujer y los de la familia.

107. Hay casos en que la mujer no necesita autorización ó, por mejor decir, en que la autorización del marido la reemplaza la intervención de la justicia. La mujer puede, sin previa autorización, intentar la acción en divorcio por causa determinada. Según los términos de los artículos 240 y 241 la mujer debe pedir al tribunal permiso para citar á su marido. Este permiso equivale á una autorización. Concíbese que á causa de la naturaleza de la acción la mujer no está obligada á dirigirse á su marido, á quien debe suponerse culpable, y el cual, autorizando á su mujer, confesaría hasta cierto punto sus faltas y sus crímenes. Por el mismo motivo la mujer puede formular una demanda de separación de cuerpo sin la autorización del marido. En este caso llámase al presidente del tribunal para que la autorice (Código de Procedimientos, arts. 875 y 878). Por análogas razones la mujer que pide la separación de bienes debe estar autorizada no por el marido sino por el presidente del tribunal (Código de Procedimientos, art. 865).

108. ¿Debe aceptarse la misma excepción cuando la mujer pide el interdicto de su marido? La Corte de Tolosa ha resuelto que la mujer no necesitaba de autorización, fundándose en el artículo 490 que da á cada esposo el derecho de provocar el interdicto de su cónyuge. Lejos está esta decisión de ser decisiva. Decir que la mujer tiene calidad para ejercitar una acción no es autorizarla para que ejercite sin autorización. La Corte de Tolosa así lo ha sentado. Substituye la autorización de marido por la de la justicia; y esto no porque la mujer esté obligada á pedir al tribunal una autorización formal; el tribunal interviene para nombrar el consejo de familia y para la notificación que debe hacerse al demandado en juicio de

interdicto. Esto equivale á una autorización, dice la Corte, para lo que invoca la analogía que existe entre la acción de interdicto y las acciones de divorcio de separación de cuerpo y de separación de bienes (1). ¿Pero es cierto que exista tal analogía? Las tres últimas acciones son más ó menos injuriosas y hasta infamantes, mientras que el interdicto se pide por interés mismo del marido; pero no debe intentarse con ligereza. Bueno es que haya acuerdo entre los cónyuges, si ello es posible; y en el caso de que el marido lo rehuse es inútil que la justicia intervenga antes de proceder á las formalidades necesarias.

En materia criminal.

109. El art. 216 establece: «No es necesaria la autorización del marido cuando la mujer es perseguida en materia criminal ó de policía.» Se ve que la excepción se hace en el caso de que la mujer sea acriminada; si ella es la que ejecuta la persecución el caso entra en la sola regla general; la mujer necesita autorización porque ninguna razón hay para dispensársela (2). ¿Por qué no ha de ser autorizada cuando se la persigue? La mujer debe tener la autorización de su marido en materia civil, aun cuando sea la parte demandada. ¿Qué razón de diferencia hay entre las causas civiles y las criminales? A veces se aduce una razón débil diciendo que la defensa es de derecho natural cuando la mujer es perseguida en materia criminal. ¿Y acaso en derecho civil la defensa no es un derecho natural? La verdadera razón es esta. Puede interesarle á la mujer demandada en materia civil el no defenderse para evitar gastos inútiles; importa, pues, que el marido intervenga. En

1 Sentencia de 10 de Febrero de 1823 (Dalloz, *Repertorio*, número 778, 2°).

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Repertorio*, núm. 794.

materia criminal la causa sigue su secuela, defiéndase ó nó la mujer; de donde resulta que ella está siempre interesada en defenderse, por lo que es inútil la intervención del marido.

110. ¿Qué debe resolverse respecto de la acción civil que emana del delito? Si se intenta ante los tribunales civiles es una acción de daños y perjuicios, y, por lo mismo una acción puramente civil. Así, pues, no estamos en el caso de la excepción establecida por el art. 216: la mujer no está perseguida en materia criminal y puede interesarle no defenderse. Volvemos á entrar en la regla general del art. 215: la mujer no puede comparecer en juicio sin estar autorizada por su marido. Si la acción civil se promueve en los tribunales criminales hay que hacer distinciones. Hay una hipótesis en la cual todos están de acuerdo. El Ministerio Público es el que promueve y la parte lesionada se constituye parte civil: la mujer no necesita autorización porque se la persigue en materia criminal. Cierto es que hay dos acciones distintas normadas por diferentes principios, pero estas diferencias no tienen ninguna influencia en la solución de nuestro caso. La acción civil es aquí el accesorio de la acción pública; la mujer, al defenderse contra la acción pública, se defiende contra la acción civil; y como puede defenderse sin autorización contra la acción del Ministerio Público puede también defenderse contra la parte civil sin autorización Es más difícil la cuestión cuando la parte lesionada intenta directamente su acción ante el tribunal correccional ó de policía. Aunque intentada ante un tribunal penal la acción no es criminal, supuesto que tiende á una sentencia en daños y perjuicios. Así, pues, es una acción civil, y, en consecuencia, estamos dentro de la regla que exige la autorización cuando la mujer es la parte demandada en el orden civil. Tal es la opinión de Zachariæ seguida por Marcadé (1). Objétase que la acción no es puramente civil, supuesto que el Ministerio Público puede de un momento á otro tomar conclusiones contra la mujer si la parte civil prueba la existencia de un delito ó de una contravención (2). No nos parece concluyente la objeción. Para que haya lugar á la excepción del art. 216 se necesita que la mujer esté perseguida en materia criminal; es decir, como culpable de un delito ó de una contravención. Pues bien, no puede decirse que la mujer esté perseguida en materia criminal cuando la acción tiene por objeto único reclamar daños y perjuicios. Poco importa lo que pueda llegar á suceder; la naturaleza de la acción se determina no por lo que el Ministerio pueda hacer sino por lo que la parte vulnerada demanda. En cuanto al espíritu de la ley es igualmente contrario á la opinión que combatimos. ¿Por qué el artículo 216 dispensa á la mujer de la autorización en materia criminal? Porque perseguida criminalmente tiene siempre interés en defenderse. ¿Y puede decirse que la mujer está siempre interesada en defenderse cuando es requerida ante un tribunal criminal por la parte vulnerada? Ciertamente que no; puede interesarle indemnizar desde luego al quejoso para impedir que el Ministerio Público concluya contra ella en el caso de que se estableciese un hecho criminal. Esto quiere decir que estamos dentro de la regla que prohibe á la mujer comparecer en juicio sin autorización.

§ *III. De la autorización marital.*

Num. 1.—Principios generales.

111. ¿Qué se entiende por autorización? ¿Es una de esas

1 Zachariae, t. III, pfo. 472, p. 825 y nota 13 (Marcadé t. I, página 549, núm. 1, sobre el art. 216).
2 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 157, núm. 143.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

materia criminal la causa sigue su secuela, defiéndase ó nó la mujer; de donde resulta que ella está siempre interesada en defenderse, por lo que es inútil la intervención del marido.

110. ¿Qué debe resolverse respecto de la acción civil que emana del delito? Si se intenta ante los tribunales civiles es una acción de daños y perjuicios, y, por lo mismo una acción puramente civil. Así, pues, no estamos en el caso de la excepción establecida por el art. 216: la mujer no está perseguida en materia criminal y puede interesarle no defenderse. Volvemos á entrar en la regla general del art. 215: la mujer no puede comparecer en juicio sin estar autorizada por su marido. Si la acción civil se promueve en los tribunales criminales hay que hacer distinciones. Hay una hipótesis en la cual todos están de acuerdo. El Ministerio Público es el que promueve y la parte lesionada se constituye parte civil: la mujer no necesita autorización porque se la persigue en materia criminal. Cierto es que hay dos acciones distintas normadas por diferentes principios, pero estas diferencias no tienen ninguna influencia en la solución de nuestro caso. La acción civil es aquí el accesorio de la acción pública; la mujer, al defenderse contra la acción pública, se defiende contra la acción civil; y como puede defenderse sin autorización contra la acción del Ministerio Público puede también defenderse contra la parte civil sin autorización Es más difícil la cuestión cuando la parte lesionada intenta directamente su acción ante el tribunal correccional ó de policía. Aunque intentada ante un tribunal penal la acción no es criminal, supuesto que tiende á una sentencia en daños y perjuicios. Así, pues, es una acción civil, y, en consecuencia, estamos dentro de la regla que exige la autorización cuando la mujer es la parte demandada en el orden civil. Tal es la opinión de Zachariæ seguida por Marcadé (1). Objétase que la acción no es puramente civil, supuesto que el Ministerio Público puede de un momento á otro tomar conclusiones contra la mujer si la parte civil prueba la existencia de un delito ó de una contravención (2). No nos parece concluyente la objeción. Para que haya lugar á la excepción del art. 216 se necesita que la mujer esté perseguida en materia criminal; es decir, como culpable de un delito ó de una contravención. Pues bien, no puede decirse que la mujer esté perseguida en materia criminal cuando la acción tiene por objeto único reclamar daños y perjuicios. Poco importa lo que pueda llegar á suceder; la naturaleza de la acción se determina no por lo que el Ministerio pueda hacer sino por lo que la parte vulnerada demanda. En cuanto al espíritu de la ley es igualmente contrario á la opinión que combatimos. ¿Por qué el artículo 216 dispensa á la mujer de la autorización en materia criminal? Porque perseguida criminalmente tiene siempre interés en defenderse. ¿Y puede decirse que la mujer está siempre interesada en defenderse cuando es requerida ante un tribunal criminal por la parte vulnerada? Ciertamente que no; puede interesarle indemnizar desde luego al quejoso para impedir que el Ministerio Público concluya contra ella en el caso de que se estableciese un hecho criminal. Esto quiere decir que estamos dentro de la regla que prohibe á la mujer comparecer en juicio sin autorización.

§ *III. De la autorización marital.*

Num. 1.—Principios generales.

111. ¿Qué se entiende por autorización? ¿Es una de esas

1 Zachariae, t. III, pfo. 472, p. 825 y nota 13 (Marcadé t. I, página 549, núm. 1, sobre el art. 216).
2 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 157, núm. 143.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

formalidades que llamamos instrumentales y que la ley prescribe para garantizar la libre expresión de la voluntad del que ejercita una acción? ¿O es un simple consentimiento, una aprobación que el marido da al acto que la mujer quiere ejecutar? Esta cuestión se origina de la comparación entre el derecho de las costumbres y el Código actual. En el antiguo derecho la mayor parte de las costumbres distinguían entre la autorización que se daba por las instancias judiciales y la que intervenía en los actos extrajudiciales; la primera era un simple consentimiento, mientras que la otra era una forma solemne, de donde se deducía que había que servirse del término *autorizar*, término sacramental, sin lo cual no había autorización (1). Pothier no da ninguna razón para esta diferencia. El Código la ha rechazado; se sirve indiferentemente de las palabras *autorización y consentimiento* para los actos extrajudiciales como para los juicios (2), y admite formalmente la autorización tácita (art. 215), lo que excluye toda forma solemne. La teoría del Código está en harmonía con la esencia de la autorización. Si el marido interviene es para aprobar lo que la mujer hace y no para asegurar la libertad de su voluntad; así, pues, se le llama para dar una aprobación ó un *consentimiento* (3).

112. No hay que confundir la *autorización* con el *mandato*. La mujer debe ser autorizada por su marido cuando obre en su propio nombre, cuando litigue ó cuando sea contrayente; ella es la que se obliga, el marido que la autoriza no se obliga no hace más que aprobar la obli-

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núms. 68 y 75. Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Autorización marital*, sec. VI, pfo. 2.
2 Véanse los arts. 215, 226, 776, 934, 2126, 1449, 1535, y Código de Comercio, arts. 4 y 5.
3 Zachariae, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 230, nota 3.

gación contraída por la mujer. Cuando el marido da mandato á su mujer trátase de los propios derechos de aquél, de sus intereses; es él quien litiga, quien habla en el contrato y quien se obliga; la mujer mandataria no se obliga más que otro mandatario cualquiera. Cuando el marido otorga un mandato á su mujer no necesita autorizarla ó, por mejor decir, no hay lugar á autorización; aun cuando el marido se hubiese servido de esta palabra habría mandato. Grande es la diferencia entre el mandato y la autorización. Según los términos del artículo 223 la autorización no puede ser general, debe ser especial bajo pena de nulidad, mientras que el mandato puede ser general (artículo 1987). Cuando la autorización es expresa el Código quiere que se otorgue por escrito (art. 215); el mandato no debe darse por escrito.

Importa, pues, mucho distinguir cuándo hay autorización y cuándo hay mandato. No son los términos los que deciden la cuestión; posible es que el marido se haya servido de la palabra *autorización*, siendo así que otorga á su mujer un verdadero mandato. La cuestión de saber si se trata de los derechos de la mujer ó de los derechos del marido depende de las convenciones matrimoniales. Supongamos que los esposos se hayan casado bajo el régimen de la comunidad legal. No es necesario decir que si el marido otorga poder á la mujer para que intente acciones judiciales respecto á sus bienes propios ó respecto á los bienes de la comunidad hay mandato ni autorización. Síguese de aquí que si el poder se refiere á la administración de los bienes de la mujer hay todavía mandato, porque en el régimen de la comunidad el marido administra los bienes de la mujer; se trata, pues, de un derecho del marido, y la mujer no puede ejercitarlo sino en virtud de un mandato. Si, al contrario, el poder es concerniente á la propie-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dad de los bienes de la mujer, este pretendido poder no es en realidad más que una autorización porque se trata de un derecho de la mujer. Resulta de esto que para la administración de los bienes de la mujer no hay nunca lugar á autorización. Si esta adm inistración pertenece al marido la mujer no tiene ya ningún derecho, así es que no puede obrar sino en virtud de un mandato. Si el contrato del matrimonio da á la mujer la administración de sus bienes puede ejecutar todos los actos de administración sin autorización marital; ó, como lo expresa el art. 223, la cláusula del contrato de matrimonio se considera como una autorización general.

Núm. 2.—Especialidad de la autorización.

113. La autorización debe ser especial. El art. 223 prohibe toda autorización general. ¿Qué debe entenderse por autorización especial? La cuestión es incontrovertible. N s parece que el texto y el espíritu de la ley la deciden con claridad. El art. 215 dice que la mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización de su marido, lo que implica que la mujer debe ser autorizada para cada causa en que sea demandante ó demandada. Cuando se trata de un acto extrajudicial el art. 216 quiere el concurso del marido en el acto; esta expresión nos revela la mente del legislador; se necesita que en cada acto que la mujer ejercite intervenga el marido para aprobarlo. La ley agrega: "ó su consentimiento por escrito." Deben entenderse estas palabras en el mismo sentido; la autorización expresa no puede regirse por otros principios que por la autorización tácita. El espíritu de la ley no deja duda alguna sobre esta interpretación. ¿Por qué se llama al marido para que autorice á la mujer? Para resguardar los intereses de la mujer

y los de la familia; ahora bien, la autorización no puede llenar este objeto si no es que el marido tome conocimiento de cada acto antes de autorizarlo. La ley exige además la autorización porque la mujer debe respeto y obediencia al marido, lo que igualmente implica que la mujer consulte á su marido en todo acto jurídico que se halle en el caso de otorgar. ¿Y sería mantener su autoridad si el marido diese de antemano á la mujer la autorización para hacer todo lo que le viniese á las mientes? Esto sería no ejercer el poder marital sino abdicarlo. Ahora bien, el poder marital es de orden público y, por lo mismo, no es permitido derogarlo (art. 6). La ley ni siquiera permite á los futuros esposos derogarlo por sus convenciones matrimoniales, por más que el contrato de matrimonio sea el más favorable de todos los contratos (arts. 223, 1388).

Los autores del Código no han hecho más que reproducir los principios consagrados por nuestras antiguas costumbres forenses. Importa recordarlos puesto que hay controversia. Pothier nos hace saber que se había declarado en varios actos de notoriedad emanados del Chatelet de París que la autorización debe ser especial; es decir, puesta en el acto mismo ó por medio de una procuración hecha especialmente para el acto en cuestión (1). Esta era también la opinión unánime de los autores. Pothier enseña que la autorización del marido debe ser especial para *tal y tal acto* (2). "Estimo, dice Lebrún, que las autorizaciones deben ser especiales en *cada negocio y en cada contrato*" (3).

Tal es también la opinión generalmente seguida bajo el imperio del Código. Hay, sin embargo, disentimientos y cierta vacilación en la jurisprudencia. Durantón y Zachariæ

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núm. 67.
2 Pothier, *Introducción al título X, de la Costumbre de Orleáns*.
3 eLbrún, *De la comunidad*, lib. II, cap. I, sec. IV, núm. 8.

entienden la palabra *especial* en el sèntido de *determinado*; decir que la autorización es especial cuando los bienes á los cuales se refiere están determinados: por e emplo, la autorización para enajenar los inmuebles situados en tal departamento. Lo que la ley prohibe, según estos autores, es la autorización dada en términos generales de enajenar, de hipotecar, de litigar (1). Se ha resuelto en este sentido que la autorización dada á una mujer «para pedir prestadas las sumas que le son ó que pueden serle necesarias para pagar lo que puede deber y para hacer reparaciones en una de sus propiedades ó para hacer el uso que juzgare conveniente» es especial; la sentencia ha conservado, en consecuencia, las hipotecas que la mujer había consentido para la garantía de los préstamos por ella contraídos (2).

Esta doctrina no ha prevalecido en la jurisprudencia, y con razón; ella se aparta de la tradición, es contraria al texto y al espíritu de la ley, tales como los acabamos de comprobar. La Corte de Casación ha juzgado que era preciso un consentimiento especial del marido para cada venta, cada préstamo, cada constitución de hipoteca. Invoca el art. 1538, que declara nula la autorización general de enajenar los inmuebles de la mujer; este texto, dice la Corte, se extiende, por identidad de razones, á los préstamos y á las hipotecas (3). El art. 1538 no nos parece decisivo: no dice lo que debe entenderse por autorización *general*; hay, pues, que recurrir ,como lo hemos hecho, al antiguo derecho y al espíritu de la ley (4).

1 Durantón, t. II, p. 417, núm. 449. Zachariæ, t. III, pfo. 333, nota 42.

2 Sentencia de la Corte de Casación de 3 de Enero de 1822 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio* (núm. 852, 1.°)

3 Sentencia de 18 de Marzo de 1840 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 853, 1°)

4 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véase Demolombe, t. IV, p. 241, núm. 207.

114. Por aplicación de estos principios la Corte de Casación ha decidido que la autorización dada por contrato de matrimonio para enajenar un inmueble indicado nominalmente era nula; era preciso, dice ella, que el marido interviniese en el acto de la enajenación. En el caso de que se trataba la venta se había hecho treinta años después del contrato de matrimonio, por un precio que se pretendía era inferior al valor real, y sin que se supiese en lo que había parado este precio. El consejero dictaminador hizo notar, con mucha razón, que semejante autorización no correspondía del todo al objeto de la ley. Un consentimiento vago dado con treinta años de anticipación para el objeto de una enajenación eventual sin que el marido conociese ni pudiese conocer al adquirente, ni las condiciones de la venta, ni el precio, ni el empleo del precio, ¿es esto lo que el legislador ha querido al exigir una autorización especial? La facultad discrecional, irrevocable, de enajenar un inmueble aun cuando esté determinada sería conpatible con la obediencia que la mujer debe al marido y con la protección que éste debe á aquélla (1).

Ante la Corte de Casación de Berlín se ha presentado una cuestión cuya solución pone el principio en toda su luz. Un marido autorizó á su mujer para que caucionase todas las deudas que pudiera contraer con motivo de las operaciones que hiciese con un tercero. La Corte de Colonia hizo válida esta autorización porque había sido otorgada para un acto especial, la caución, y porque se refería á personas designadas y á un género determinado de negocios. Su sentencia sufrió casación por la Corte de Berlín (2) porque la cau-

1 Sentencia de 14 de Diciembre de 1840 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 853, 2°)

2 Sentencia de 9 de Noviembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2. 146). Resuelto en el mismo sentido por la Corte de Bruselas (sentencia de 9 de Marzo de 1868, en la *Pasicrisia*, 1868, 2, 406).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ción para la que se había dado la autorización era general; en efecto, comprendía no sólo una obligación determinada sino el conjunto de todas las ob ligaciones que pudieran resultar de las relaciones de negocios entre el marido y un tercero. Para ser especial la autorización habría debido otorgarse para cada obligación contraída por el marido; la mujer habría sabido entonces á qué quedaba obligada, mientras que en el caso en cuestión no podía saberlo. Nada es tan peligroso como una caución contraída de este modo. Esto equivale á decir que la mujer no había disfrutado de la protección que la ley quiere asegurarle. La autorización era, pues, nula: esto es lo que muy bien ha resuelto la Corte de Metz en un negocio análogo (1). Como otra corte lo expresa «la autorización del marido se exige no sólo como un homenaje al poder marital sino también como un acto de tutela y de protección; preciso es, pues, para que se cumpla el objeto de la ley que la autorización se otorgue con pleno conocimiento de causa; és decir, con la mira de un acto determinado por la conveniencia y acerca de cuya oportunidad el marido puede ilustrar á su mujer.» (2)

115. La regla de que la autorización debe ser especial recibe algunas excepciones. Según los términos del artículo 223 «toda autorización general, aun estipulada por contrato de matrimonio, no es válida sino en cuanto á la administración de los bienes de la mujer.» La mujer puede estipular por su contrato de matrimonio que tenga la libre administración de sus bienes. Esto es lo que se llama el régimen de separación de bienes. La mujer separada de bienes puede ejecutar los actos de administración sin estar autorizada por su marido ó, por mejor decir, sin especial

1 Sentencia de 7 de Junio de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 156).
2 Sentencia de la Corte de Casación de 27 de Enero de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 27).

autorización; la cláusula del contrato de matrimonio vale lo que una autorización general (1). ¿Por qué el legislador en este caso prescinde del rigor de los principios? Lo hace por favorecer el matrimonio. Permite á los consortes que convengan en que la mujer administre sus bienes; y desde el momento en que la mujer administre debe tener derecho á verificar los actos de administración sin una autorización especial, porque la necesidad de semejante autorización para cada acto que fuese á verificarse estorbaría á cada instante su gestión.

Pothier enseña que la autorización general de administración puede también darse á la mujer fuera del contrato de matrimonio (2). Parece que el art. 223 reproduce esta doctrina: «Toda autorización general, aun estipulada por contrato de matrimonio, etc.» De donde pudiera deducirse que el marido puede dar á la mujer una autorización general para administrar durante el matrimonio. Pothier confunde el mandato con la autorización. Cuando el contrato de matrimonio no estipula que la mujer tenga la libre administración de sus bienes los consortes están casados bajo el régimen de la comunidad, bajo el exclusivo régimen de comunidad ó bajo el régimen dotal. Ahora bien, en todos estos regímenes el marido tiene la administración de los bienes de la mujer, es un derecho que le pertenece. Puede delegar su ejercicio á la mujer, pero si lo hace es por vía de mandato y no por vía de autorización. El mismo Pothier lo reconoce implícitamente; habla, en efecto, de una procuración que el marido da á su mujer, y una procuración es un mandato; hay muchas diferencias, como antes lo hemos dicho, entre el mandato y la autorización. Pothier

1 Arts. 1536, 1449, 1576 (véase el título *Contrato de Matrimonio*).
2 Pothier, *Tratado del Poder del Marido*, núm. 67.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no las distingue suficientemente, y esta inexactitud ha pasado al art. 225.

116. La regla de que la mujer no puede ejecutar acto alguno jurídico sin la autorización especial de su marido recibe una segunda excepción. Según el art. 220 «la mujer, si es comerciante pública, puede sin la autorización de su marido obligarse en lo concerniente á su negocio.» La ley se expresa mal al decir que la mujer comerciante puede obligarse sin autorización marital; en efecto, en los términos del art. 4 del Código de Comercio la mujer no puede ser comerciante pública sin el consentimiento de su marido; necesita, pues, una autorización, pero basta una autorización general. Así es que el art. 220 consagra una excepción al principio de la autorización especial. Pothier nos ha dicho la razón de esto, la utilidad, la necesidad del comercio; si la mujer necesitase de una autorización especial debería tener siempre á su lado al marido, porque los actos del comercio son de todos los instantes y no permiten demora alguna (1).

¿Cuándo es la mujer comerciante pública? El art. 220 establece: «No se le reputa comerciante pública cuando no hace más que vender al menudeo las mercancías del comercio de su marido sino únicamente cuando hace un comercio separado.» Cuando la mujer expende en la tienda de su marido ¿hace oficios de factor ó de dependiente? ¿En este caso necesita una autorización? Nó, porque no obra en su nombre ni en el ejercicio de sus derechos, obra en nombre y en interés del marido. Esto quiere decir que es mandataria, así es que el marido debe otorgarle un mandato y no una autorización. Mucha es la diferencia entre la mujer comerciante y la mujer mandataria: la primera está perso-

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núms. 20 y 21.

nalmente obligada, mientras que la otra no lo está (artículo 1420); el marido solo es el que contrae por medio de la mujer mandataria. Cuando la mujer es comerciante pública el marido no está, en principio, obligado por la autorización general que le ha otorgado, porque el que autoriza no se obliga. Se exceptúa el caso en que los consortes estén casados bajo el régimen de la comunidad; en este caso, dice el art. 220, la mujer obliga también á su marido. Esto es la aplicación de los principios que rigen la comunidad; toda deuda contraída por la mujer con autorización del marido se vuelve deuda de comunidad, y toda deuda de comunidad es una deuda del marido (art. 1419). Así, pues, cuando hay comunidad el marido está obligado por la autorización tanto como por el mandato que otorga á la mujer, siempre con la diferencia de que la mujer mandataria no está obligada personalmente.

¿Cuándo es la mujer comerciante? Debe aplicarse el artículo 1.º del Código de Comercio: «Son comerciantes los que ejecutan actos de comercio y de ellos hacen su profesión habitual.» Nos referimos al derecho mercantil para las dificultades que se presentan en la aplicación del principio. Lo mismo es para los actos que la mujer verifique como comerciante pública. El art. 220 dice que puede obligarse en lo que concierne á su negocio; el art. 7 del Código de Comercio ha explicado y extendido esta disposición; establece que las mujeres comerciantes públicas pueden empeñar, hipotecar y enajenar sus inmuebles. No necesita decirse que estos términos, aunque generales, deben entenderse en el sentido de que la mujer comerciante no puede disponer de sus inmuebles sino en interés de su comercio. La capacidad de la mujer comerciante es una excepción á un principio general; debe, pues, restringirse en los límites que resultan de la autoridad del comercio.

El Código mismo aplica esta regla de interpretación. P los términos del art. 215 la mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización de su marido, aun cuando sea comerciante pública. La necesidad que ha hecho establecer una excepción para los actos de comercio no existe para las causas judiciales; los unos, como dice Pothier, no sufren demora, mientras que los otros se prosiguen, por el contrario, con una prudente lentitud.

Núm. 3.—De la autorización expresa y tácita.

117. Resulta del art. 217 que la autorización marital puede ser expresa ó tácita. En estos términos generales la regla establecida por el Código no es más que la aplicación de un principio elemental. La autorizacióu es un consentimiento, y el consentimiento puede manifestarse, sea por una declaración expresa, sea por hechos que impliquen la voluntad de consentir. Pero el art. 217 se aparta de los principios generales en lo concerniente á los caracteres del consentimiento expreso y del consentimiento tácito. El consentimiento expreso puede darse, en general, verbalmente tanto como por escrito, mientras que el art. 217 parece exigir un consentimiento por escrito. Del mismo modo el consentimiento tácito resulta de toda especie de hechos que manifiesten la voluntad de consentir, mientras que el art. 217 parece limitar el consentimiento tácito á un solo hecho, el concurso del marido al acto. ¿Hay realmente derogación de los principios generales ó debe interpretarse el art. 217 conforme á estos principios? En esto hay controversia y, á nuestro juicio, inconsecuencia en la doctrina sobre estas cuestiones elementales.

El Código define la autorización tácita: el concurso del marido al acto. Define también la autorización expresa: el

consentimiento por escrito. Estas definiciones derogan el derecho común y son, por lo tanto, excepciones. ¿El intérprete puede no tener en cuenta estas excepciones y decir que á pesar de los términos excepcionales de la ley el derecho común es el qee debe recibir su aplicación? Esto nos parece inadmisible. ¿Preguntaremos que para qué sirven unas definiciones que en el fondo son excepciones si el legislador hubiese tenido la intención de mantener el derecho común? Dícese que lo que nosotros llamamos definiciones son en realidad ejemplos; que en este sentido debe interpretarse el texto del art. 217 porque no hay una razón para desviarse de los principios generales. Esto es lo que nosotros ponemos en duda. Tal vez no hay acto jurídico tan frecuente como la autorización marital, y es un acto tan importante como usual. Preciso era prevenir las disputas á que pudiera dar lugar. Estas disputas se habrían multiplicado hasta lo infinito si el legislador hubiese admitido todo género de manifestación de la volutad del murido. Esto es cierto, sobre todo de la autorizción tácita; nada tan vago y, en consecuencia, tan difícil de determinarse. Esto es también acto de la autorización expresa; si se admite un consentimiento verbal, una palabra pronunciada á la ligera ó extraída por la importunidad, se invocaría como autorización. Un consentimiento semejante estaría en oposición con el fin de la autorización. El marido debe examinar la naturaleza y las consecuencias del acto que la mujer se propone verificar, y es preciso que reflexione seriamente; es, pues, necesario que haya una garantía de que su aprobación se ha dado con consentimiento de causa. Se tiene esta garantía ateniéndose al texto del art. 217; cuando el marido concure al acto da una prueba de su voluntad seria y razonada; cuando da por escrito su consentimiento pesa sus palabras, así como calcula su resolución. El espíritu de la ley está,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pues, en harmonía con el texto; uno y otro exigen que el art. 217 se interprete restrictivamente. Tal es, á nuestro juicio, el principio. Entrando en los detalles veremos cuáles son las opiniones divergentes.

118. La autorización expresa, dice el art. 217, es el consentimiento dado por escrito. ¿Quiere esto decir que la autorización sea un acto solemne? Nó, porque la ley admite la autorización tácita, y el consentimiento tácito excluye toda idea de solemnidad. De aquí la mayor parte de los autores concluyen que la autorización puede darse verbalmente; todo lo que, según ellos, resulta del art. 217 es que la autorización verbal no puede probarse por testigos. Y aun Zachariæ enseña que la prueba testimonial sería admisible en los casos prescriptos por los artículos 1347 y 1348 (1).

Nosotros rechazamos esta doctrina porque nos parece contraria al texto y al espíritu de la ley. Sin duda alguna que la autorización no es un acto solemne, pero por los motivos que acabamos de decir la ley quiere que conste por escrito ó que se pruebe de una manera evidente por el concurso al acto. M. Demolombe está de acuerdo con nosotros en pricipio, pero, como de costumbre, ceja en la aplicación. Repele la prueba testimonial, aun cuando hubiese un comienzo de prueba por escrito, y admite el juramento. Esto es una inconsecuencia; se debe ó atenerse estrictamente á la letra de la ley ó admitir toda especie de prueba, salvo la prueba testimonial pura y simple (2). Tomemos, además, nota de la inconsecuencia de los que interpretan restrictivamentn la definición tácita dada por el art. 217 y que se desvían del texto para extender más allá de sus términos, la autorización expesa (1). ¿Cómo es posible que en una sola y misma disposición dos definiciones del mismo hecho jurídico sean la una, una definición restrictiva, la otra una especie de explicación muy obscura? ¿Por qué si el legislador quería únicamente retirar la prueba testimonial no lo ha dicho en términos claros y precisos? Nuestra conclusión es que la autorización expresa sólo por escrito puede probarse.

1 Demante, t. I, p. 424, núm. 300 *bis* VII. Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. III, pfo. 472, p. 336 y nota 50.
2 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 228, núm. 193.

119. ¿El escrito debe ser auténtico? El texto de la ley contesta á la pregunta: únicamente exige un escrito, porque todo escrito será suficiente. No había razón para exigir un acto auténtico y, por el contrario, hay motivo para conformarse con un acto bajo firma privada, cualquiera que sea esta acta, aun cuando sea una simple carta; estas autorizaciones son tan frecuentes que exigir la autenticidad habría equivalido á estorbar las relaciones civiles. Esto es de toda evidencia cuando el acto otorgado por la mujer está bajo firma privada. Pero aun en el caso de que el acto principal sea auténtico y, todavía más, aun cuando sea un acto solemne, tal como una donación ó una hipoteca, es fuerza mantener el principio establecido por el art. 217. Es cierto que las leyes exigen alguna vez la autenticidad para el mandato otorgado con motivo de un contrato solemne: la ley hipotecaria belga quiere que las procuraciones á efecto de constituir hipoteca se den en la forma auténtica, y la jurisprudencia extiende este principio á todos los actos solemnes. ¿Debe también aplicarse á la autorización marital? Nó, porque cosas diferentes son el mandato y la autorización. El mandato se confunde con el consentimiento, y en los actos solemnes todo lo que se refiere á la expresión del consentimiento debe ser solemne; así, pues, debe serlo también la procuración. Mientras que la autorización es el

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. I, p. 395.

consentimiento del marido, nada tiene de común con la libre expresión de la voluntad de la mujer. De donde se deduce que la autorización permanece en el derecho común de los actos no solemnes. (1)

Hay una sentencia contraria de la Corte de Besançón. (2) Esta invoca el art. 217, en cuyos términos la mujer no puede donar sin autorización de su marido; y no puede haber donación sin la condición de la autenticidad, lo que implica que todas las partes integrantes de la donación deben ser auténticas, por lo que debe serlo también la autorización. Ya hemos contestado de antemano á la objeción. El art. 217 nada prueba; por el contrario, puede uno prevalerse de él á favor de la opinión que sostenemos, supuesto que se conforma con un *escrito*, sin distiguir entre las diversas especies de los actos que enumera. No es exacto decir que la autorización es una parte integrante de la donación. Es un acto de autoridad y de protección del marido; nada de común tiene con el consentimiento de la mujer, y sólo este consentimiento es el que debe recibirse en la forma auténtica.

120. La aplicación del principio á la letra de cambio da lugar á algunas dificultades. Un marido gira contra su mujer una letra de cambio y ésta acepta. ¿Está la mujer suficientemente autorizada? La jurisprudencia decide la cuestión afirmativamente, y nos parece que con razón. Cuando el marido gira una letra de cambio contra su mujer manifiesta con este hecho la voluntad de que ella la acepte; ahora bien, todo lo que la ley exige es una manifestación de voluntad por escrito, no exige, como el antiguo derecho, que el marido se sirva de la palabra *autorizar* ó de una

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 230, núm. 149.
2 Sentencia de 30 de Mayo de 1844 (Dalloz, 1845, 4, 153).

análoga expresión (1). ¿Debe resolverse lo mismo cuando la mujer gira una letra de cambio contra su marido y que éste la acepta? Nó, dice la Corte de París (2). La autorización debe evidentemente preceder al compromiso contrído por la mujer ó acompañarlo; antes de que la mujer se obligue el marido debe examinar si este acto no vulnera los intereses de la mujer ó de la familia. Una vez consumado el acto no es ya oportunidad para autorizar; todo lo que el marido puede hacer es confirmar. Más adelante veremos si la confirmación del marido hace válido el acto respecto á la mujer.

121. La ley define así la autorización tácita; es el consentimiento del marido en el acto (art. 217). ¿Qué debe entenderse por esto? Sólo dos maneras hay para el marido de concurrir al acto celebrado por su mujer ó figurar en él: autorizando á su mujer ó ser una de las partes. En el primer caso hay autorización expresa. Para que haya autorización tácita preciso es que el marido haya sido parte en el acto; es decir, que haya permitido ó estipulado. No basta que el marido se halle presente porque la presencia en un contrato no es el concurso en dicho contrato. En vano se invocaría el viejo adagio: que el que calla otorga, porque aun suponiendo que el adagio siempre sea cierto no podría uno prevalerse de él en el caso de que se trata, porque la ley exige un poco más que el silencio, exige el concurso, y el que se calla no concurre. Hay más. No basta que el marido y la mujer sean partes en un acto, se necesita también que el marido haya tenido conocimiento del concurso de la mujer; sólo con esta condición es como puede suponérsele la voluntad de confirmar lo que la mu-

1 Sentencia de Caen de 18 de Noviembre de 1828 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 837).
2 Sentencia de 12 de Enero de 1815 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm 842).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

jer hace. Así, pues, si un billete hiciese constar únicamente la obligación contraída por el marido y que por la firma del marido la mujer se obliga solidariamente con él no hay autorización tácita. Hay en el caso dos actos aunque estén comprobados en el mismo billete; ahora bien, la mujer no es parte en el acto firmado por el marido, y el marido no es parte en el acto firmado por la mujer; no hay, pues, concurso del marido en el acto y, por lo tanto, no hay autorización tácita. Esta decisión, que parece rigurosa, está en harmonía con el espíritu de la ley. La autorización es una aprobación, y la aprobacion implica que el marido tenga conocimiento del acto; ahora bien, cuando le mujer se obliga en virtud del marido nada prueba que el marido haya conocido esa obligación y, por lo mismo, no puede decirse que la haya aprobado (1).

Hay una sentencia contraria de la Corte de Aix (2). El marido se halla presente á un compromiso recibido por el juez de paz, no es parte en el titigio ni es contrayente; la Corte deduce de ahí que el marido tácitamente ha autorizado á su mujer. De hecho es probable que tal haya sido la intención del marido; ¿pero esta probabilidad bastaría para que hubiese autorización tácita? El texto del artículo 207 contesta á nuestra cuestión. Una cosa es la *presencia* en un acto y otra el *concurso en este acto*. La ley no se ha conformado con la presencia sino que ha exigido el *concurso*. Esto decide la cuestión.

122. La aplicación del principio se hacé sin dificultad cuando la mujer subscribe un billete con su marido. Se ha juzgado que la mujer que firma juntamente con su marido está autorizada aun cuando en el cuerpo del acto no se hiciese especial mención de la obligación contraída por la mujer y por el marido; la obligación colectiva, seguida de la firma de los consortes, es bastante para que la mujer quede legalmente obligada (1)

1 Zachariae, t. III, pfo. 472, p. 387, nota 53. Demolombe, t. IV, p. 231, núm. 196.

2 Sentencia de 29 de Noviembre de 1848 confirmada por una sentencia de denegada (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 840, 2°)

La cuestión se hace dudosa cuando el marido comienza por firmar una obligación á la que es extraña la mujer; viene después una caución firmada por la mujer sin que el marido la haya autorizado, pero él es el que ha escrito el acta de caución. ¿Hay concurso del marido en el acto? Se juzga que había concurso del marido (2). Esto nos parece más que dudoso. La caución, aunque contraída en interés del marido, no es un acto en que el marido figure como parte; nada se estipula, nada se promete y, por lo mismo no puede tratarse de un concurso del marido en el acto; era, pues, forzosa una autorización expresa. Puede decirse que el marido por más que no haya sido parte en la caución la ha conocido, supuesto que él ha levantado el acta; y por lo mismo que levanta una acta hecha á favor suyo la aprueba; hé aquí evidente la autorización. Sí, si se admite que pueda haber autorización tácita fuera del concurso al acto. Nó, si se admite, como lo hemos hecho, que no hay más autorización tácita que la que define el art. 217, es decir, el concurso del marido al acto. Esta cuestión es controverdida; vamos á examinarla.

123. La opinión generalmente seguida por los autores es que el art. 217 es restrictivo. Ya hemos dicho los motivos por los cuales la adoptamos. Zachariæ enseña lo contrario, pero sin motivar su disentimiento, apoyándose en la jurisprudencia. Hay aplicaciones que conciernen á la autorización expresa más bien que á la autorización tácita:

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Matrimonio*, núm. 832, 2°, 3° y 5.°)

2 Sentencia de París de 14 de Mayo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 149).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tal es el caso en que el marido gira una letra de cambio contra su mujer (véase el párrafo 120). Hay un caso previsto por el Código de Comercio que parece confirmar la opinión de Zachariæ. El art. 5 establece que la mujer no puede ser comerciante pública sin el consentimiento de su marido. No exigiendo la ley que el consentimiento se dé por escrito la doctrina y la jurisprudencia admiten que el consentimiento puede ser tácito en el sentido de que basta que la mujer comercie á ciencia y paciencia de su marido para que esté tácitamente autorizada para ejercer la profesión de comerciante pública. Zachariae deduce de aquí que toda especie de autorización tácita es bastante en todo caso. Esto nos parece que es razonar mal. La autorización otorgada á la mujer para ser comerciante es una autorización general que interviene antes de que la mujer ejecute algún acto de comercio. Por esto sería imposible exigir que la autorización se diese por el concurso del marido en el acto: ¿si todavía no hay acto cómo es posible que á él concurra el marido? El art. 5 del Código de Comercio se queda dentro del derecho común; ni razón ni posibilidad habrá para derogarlo. Otra es la hipótesis prevista por el artículo 217. Aquí se trata de una autorización especial otorgada para actos determinados. La ley podría y debía definir la autorización tácita. En dos palabras, el principio establecido por el art. 217 no recibe aplicación al art. 5 del Código de Comercio, porque los casos regidos por estas dos disposiciones son esencialmente diferentes (1).

124. La jurisprudencia se inclina hacia la opinión de Zachariae. Esto se comprende; los tribunales reciben necesariamente la influencia de los hechos; ahora bien, es muy posible que, en un caso particular, la voluntad del marido para autorizar á su mujer sea cierta, aun cuando no haya

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 233, núm. 147

concurrido al acto; dominado por la equidad el juez retrocede ante el rigor de los principios. El intérprete debe ponerse en guardia contra esta tendencia, porque viene á terminar, como lo expresa un autor acerca de la cuestión que agitamos, en hacer la ley, (1) siendo así que su misión se limita á interpretar. Recorramos algunas decisiones.

La mujer ejerce acción de heredero disponiendo de una parte del mobiliario de la sucesión á que es llamada; el marido concurre á este hecho. ¿Hay autorización tácita otorgada á la mujer para que acepte la herencia? Sí, ha dicho la Corte de Bourges, porque la autorización puede ser tácita (2). Si la sucesión fuese puramente mobiliaria no habría la menor duda. En efecto, el marido en el régimen de la comunidad puede aceptar las sucesiones mobiliarias que toquen en suerte á su mujer, y al disponer del mobiliario hereditario lo acepta tácitamente. Para que haya cuestión hay que suponer que la sucesión es en parte mobiliaria y en parte no. En esta hipótesis creemos que la Corte de Bourges ha juzgado mal; en el caso no podía haber concurso del marido al acto, supuesto que él no tenía calidad alguna para intervenir en él; así es que no podía obrar sino como marido que autoriza á su mujer; es decir, que la autorización no podía ser tácita, que debía ser expresa.

Los consortes se separan voluntariamente; la mujer contrae obligaciones para su matenimiento y pide después su nulidad por defecto de autorización. Se ha juzgado que estos compromisos tienen valor si no superan las necesidades y la fortuna de la mujer. La jurisprudencia se funda en que el marido que permite que su mujer viva separada-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. I, p. 396.
2 Sentencia de 9 de Julio de 1834 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 843, 2°)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mente, la autoriza con esto á contraer obligaciones para su sostenimiento (1). Esta doctrina es inadmisible. Un primer punto es cierto y es que la separación voluntaria es nula, y así es que el matrimonio subsiste con todos sus efectos. Uno de estos efectos es que el marido común en bienes debe respetar todas las cargas del matrimonio. Si la mujer contrae obligaciones para mantenerse lo hace en virtud de un mandato tácito que resulta del matrimonio, y en tanto que dicho mandato no se revoque el marido está obligado como mandante. Así, pues, la cuestión debe decidirse por los principios del mandato y no por los principios de la autorización. La mujer no necesita estar autorizada porque obra como mandataria del marido. Si el marido quiere impedir á su mujer que lo obligue de esta manera indefinida debe revocar el mandato tácito que resulta del matrimonio y poner esta revocación en conocimiento del público por medio de los periódicos en el sitio donde la mujer resida.

125. El art. 217 sólo habla de los actos extrajudiciales. ¿Qué debe resolverse en las causas civiles? Una cosa es cierto y está admitida por todos los autores, y es que al autorización del maaido para las instancias judiciales puede ser expresa ó tácita. El art. 215 dice sencillamente que la mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización del marido; no dice cómo deba otorgarse esta autorización. Por esto mismo se permanece bajo el imperio de los principios generales. Ahora bien, la autorización es un consentimiento; así es que, como todo consentimiento, puede manifestarse por una declaración expresa ó por hechos (2). ¿Pero deben aplicarse al art. 215 las disposiciones especiales del art. 217 sobre la autorización expresa y la autorización tacita? ¿ó, en otros términos, la autorización expresa otorgada á la mujer para litigar debe darse por escrito? ¿y la autorizaciõn tácita puede sólo resultar del concurso del marido en el proceso? Nos parece que la cuestión debe resolverse negativamente. Cierto es que hay completa analogía entre los actos judiciales y los actos extrajudiciales; así es que el legislador debería haber establecido un solo principio para toda especie de actos jurídicos. Pero no lo ha hecho ¿y lo que él no ha hecho puede hacerlo el intérprete? Siguiendo el rigor de los principios nó. Porque las definiciones del art. 217 son derogaciones del derecho común y, por lo tanto, de estricta observancia; no se les puede extender, ni siquiera por vía de analogía.

1 Sentencia de Douai de 18 de Mayo de 1840 (Dalloz, 1847, 2, 60) y de París de 23 de Febrero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 135).
2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm 834.

La cuestión que acabamos de suscitar no está resuelta de una manera explícita ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Se ha juzgado que cuando el marido sigue un pleito en misión de su mujer hay autorización tácita. (1) Esto es evidente. Hay en este caso concurso del marido en el acto, luego hay autorización, aun según el art. 217. Se ha juzgado, además, que el marido que hace comparecer á su mujer ante la justicia por este mismo hecho la autoriza á litigar. (2) También nos parece incontestable esta decisión. Puede decirse que hay concurso del marido en el acto, supuesto que el marido y la mujer son partes en la misma causa. Por otra parte, demandando en justicia á su mujer, el objeto del marido es conseguir contra ella un fallo; así, pues, intentar contra ella una acción equivale á autorizarla. Otra cosa sería si la mujer intentase una acción contra su marido y si ésta se presentase para defenderse. La Corte de Casacion ha juzgado que en este caso no habia autorización. En verdad que el marido y la mujer concurren en la

1 Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 854, 1.° -4.°
2 Véase la jurisprudencia en Dalloz, *ibid*, 5.° y 6.°

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

misma instancia, pues el marido niega lo que la mujer demanda; ahora bien, negar equivale á decir que no encuentra fundada la demanda, lo que implica que si la mujer se hubiese dirigido al marido éste le habría negado la autorización. (1)

§ IV.—DE LA AUTORIZACION DE JUSTICIA.

Núm. 1.—Denegación del mandato.

126. En los términos del art. 218 „si el marido se rehusa á autorizar á su mujer para que comparezca en juicio„ el juez puede dar la autorización. El art. 219 contiene una disposición análoga para los actos extrajudiciales.

En general la justicia no interviene en el ejercicio del poder marital, lo mismo que no interviene para limitar ó modificar los derechos de los ciudadanos. ¿Por qué, pues, el Codigo permite al juez otorgar la autorización que el marido rehusa? Es que el poder marital es un deber más bien que un derecho, un deber de protección confiado al marido por interés de la mujer y de la familia; ahora bien, la protección no debe degenerar en opresión. La denegación del marido puede ser injusta y, por lo mismo, había que abrir á la mujer un recurso ante los tribunales. Prouhdón da otra razón: „El marido, dice, no es más que el delegado de la ley, en uso del poder con que ella lo ha investido; el poder público, *que absorbe todos los poderes particulares*, puede con mayor razón suplirlos. (2) Con todas nuestras fuerzas protestamos contra semejante doctrina, que es la de la soberanía absoluta del Estado; es decir, la doctrina del poder absoluto, llámese el Estado república, reino ó imperio. Nó, el Estado no absorbe los derechos de los ciudadanos; tiene, al contrario, la misión de asegurar su libre ejercicio. Pero cuando varios derechos están en conflicto la justicia interviene para resolver el debate. El marido que injustamente rehusa la autorización abusa de su derecho, si es que se quiere considerar el poder marital como un derecho. La mujer tiene también un derecho, tiene el derecho de ejecutar los actos jurídicos que le interesan. Tócale á la justicia pronunciar su fallo entre el marido y la mujer.

1 Sentencia casación de 21 de Enero de 1845 (Dalloz. 1845, 1, 97.)

2 Proudhón, *Tratado sobre el Estado de las Personas*, t. I, p. 468.

Núm. 2.—Incapacidad del marido.

I. Ausencia.

127. El art. 222 establece: „Si el marido está en interdicción ó ausente el juez puede con conocimiento de causa autorizar á la mujer, sea para comparecer en juicio, sea para contraer obligaciones.„ ¿Cómo debe entenderse la palabra ausente? ¿Acaso en el sentido legal; es decir, es preciso que haya ausencia declarada ó prescripta para que el juez pueda autorizar á la mujer? ¿O basta con que el marido no se encuentre en lugar determinado? La cuestión es discutible y se presta á duda. Según el texto y el espíritu de la ley debe resolverse que el juez no puede autorizar á la mujer sino en el caso de ausencia legal. En efecto, la palabra *ausente* tiene un sentido técnico en derecho; significa la incertidumbre que reina sobre la vida ó la muerte de una persona. Se concibe que en este caso la ley permita que la justicia autorice á la mujer; tiene ésta imposibilidad para procurarse el consentimiento de su marido y, por lo tanto, hay necesidad de que el juez intervenga. ¿En dónde está esta necesidad cuando el marido vive, pero no se halla en un sitio determinado? La regla es que el marido debe autorizar porque se trata de poner á cubierto su au-

misma instancia, pues el marido niega lo que la mujer demanda; ahora bien, negar equivale á decir que no encuentra fundada la demanda, lo que implica que si la mujer se hubiese dirigido al marido éste le habría negado la autorización. (1)

§ IV.—DE LA AUTORIZACION DE JUSTICIA.

Núm. 1.—Denegación del mandato.

126. En los términos del art. 218 „si el marido se rehusa á autorizar á su mujer para que comparezca en juicio„ el juez puede dar la autorización. El art. 219 contiene una disposición análoga para los actos extrajudiciales.

En general la justicia no interviene en el ejercicio del poder marital, lo mismo que no interviene para limitar ó modificar los derechos de los ciudadanos. ¿Por qué, pues, el Codigo permite al juez otorgar la autorización que el marido rehusa? Es que el poder marital es un deber más bien que un derecho, un deber de protección confiado al marido por interés de la mujer y de la familia; ahora bien, la protección no debe degenerar en opresión. La denegación del marido puede ser injusta y, por lo mismo, había que abrir á la mujer un recurso ante los tribunales. Prouhdón da otra razón: „El marido, dice, no es más que el delegado de la ley, en uso del poder con que ella lo ha investido; el poder público, *que absorbe todos los poderes particulares*, puede con mayor razón suplirlos. (2) Con todas nuestras fuerzas protestamos contra semejante doctrina, que es la de la soberanía absoluta del Estado; es decir, la doctrina del poder absoluto, llámese el Estado república, reino ó imperio. Nó, el Estado no absorbe los derechos de los ciudadanos; tiene, al contrario, la misión de asegurar su libre ejercicio. Pero cuando varios derechos están en conflicto la justicia interviene para resolver el debate. El marido que injustamente rehusa la autorización abusa de su derecho, si es que se quiere considerar el poder marital como un derecho. La mujer tiene también un derecho, tiene el derecho de ejecutar los actos jurídicos que le interesan. Tócale á la justicia pronunciar su fallo entre el marido y la mujer.

1 Sentencia casación de 21 de Enero de 1845 (Dalloz. 1845, 1, 97.)

2 Proudhón, *Tratado sobre el Estado de las Personas*, t. I, p. 468.

Núm. 2.—Incapacidad del marido.

I. Ausencia.

127. El art. 222 establece: „Si el marido está en interdicción ó ausente el juez puede con conocimiento de causa autorizar á la mujer, sea para comparecer en juicio, sea para contraer obligaciones.„ ¿Cómo debe entenderse la palabra ausente? ¿Acaso en el sentido legal; es decir, es preciso que haya ausencia declarada ó prescripta para que el juez pueda autorizar á la mujer? ¿O basta con que el marido no se encuentre en lugar determinado? La cuestión es discutible y se presta á duda. Según el texto y el espíritu de la ley debe resolverse que el juez no puede autorizar á la mujer sino en el caso de ausencia legal. En efecto, la palabra *ausente* tiene un sentido técnico en derecho; significa la incertidumbre que reina sobre la vida ó la muerte de una persona. Se concibe que en este caso la ley permita que la justicia autorice á la mujer; tiene ésta imposibilidad para procurarse el consentimiento de su marido y, por lo tanto, hay necesidad de que el juez intervenga. ¿En dónde está esta necesidad cuando el marido vive, pero no se halla en un sitio determinado? La regla es que el marido debe autorizar porque se trata de poner á cubierto su au-

toridad y sólo cuando él abusa de su autoridad es cuando el juez autoriza. De aquí se sigue que si el marido puede manifestar su voluntad no hay lugar á que el juez intervenga, porque esto sería usurpar el poder marital y debilitarlo. Los casos en que el juez autoriza son excepciones; estas excepciones no deben recibir su aplicación sino cuando la regla general no puede aplicarse.

El Código de Procedimientos confirma esta interpretación. Contiene un título sobre la autorización de la mujer casada; este título prescribe las formas que la mujer debe seguir para obtener la autorización. Los arts. 861 y 862 preveen el caso en que el marido se rehuse á autorizar á su mujer; los arts. 863 y 864 los casos en que el marido está incapacitado ó ausente. Ahora bien, el Código de Procedimientos, al hablar de la ausencia, agrega una explicación: «En el caso de *presumirse* la ausencia del marido dice, ó cuando se haya declarado.» Hé aquí en cierto modo una interpretación auténtica del Código Civil. Si además del caso de ausencia legal el legislador permitiese al juez autorizar en el caso de no presencia el Código de Procedimientos habría previsto el caso. Si no lo prevee es porque la simple no presencia no es suficiente para que el juez intervenga. Esta es la opinión de Marcadé y ha sido consagrada por varias sentencias. (1)

Hay, no obstante, un motivo de duda que ha dominado á la mayor parte de los autores. En el antiguo derecho Pothier enseñaba «que la mujer puede ocurrir á la justicia cuando el marido está demasiado lejos para dar la autorización con la prontitud que el caso requiere. (2) ¿El legislador ha tenido la intención de seguir la opinión de Pothier? Cuando se discutía nuestro título en el Consejo de Estado el Primer Cónsul preguntó si la Sección de Legislación quería hablar de un marido ausente únicamente del lugar en que la mujer se encontraba, ó si hablaba del marido declarado ausente. Berlier contestó que la mujer estaría por mucho tiempo en la imposibilidad de obrar si debiese esperar la declaración de ausencia. Esta contestación no prueba todavía que la ley entienda la palabra *ausente* en el sentido de *no presente*; Berlier, por el contrario, dice que há lugar á declarar la ausencia, lo que implica que hay presunción de ausencia. Tronchet fué más adelante: dijo formalmente que el juez puede autorizar á la mujer, aunque el marido no se halle lejos, si es tal la urgencia que la mujer no puede tomar la autorización del marido. (1)

Se ve que Tronchet y Berlier no están enteramente de acuerdo, lo que disminuye la importancia de este debate. Sin embargo, es probable que los autores del Código entendían seguir la opinión de Pothier. Así, pues, si no tuviéramos más texto que el art. 222 nos colocaríamos del lado de la opinión general. (2) Pero queda el Código de Procedimientos, y nos parece imposible conciliar el art. 863 con esta doctrina. Que en el art. 863 se vea una interpretación del art. 223 ó una derogación, poco importa; de todos modos es cierto que estamos en presencia de una ley posterior al Código, ley destinada á poner en ejecución el art. 223. Nos parece difícil no entender este artículo en el sentido que le da el legislador. No queremos hablar de los inconvenientes prácticos que se reprochan á la opinión que defendemos; estos inconvenientes son del resorte del legisla-

1 Marcadé, t. I, p. 550, sobre el art. 222. Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 870.

2 Pothier, *Del Poder del Marido*, núm. 12; Introit al tít. X de la costumbre de Orleáns, núm. 149.

1. Sesión de 5 Ventimiario, año X, núm. 40 (Locré, t. II, p. 346).

2 Zachariae, t. III, pfo. 472, p. 329, nota 27. Demolombe, t. IV, p. 264, núm. 214. Hay sentencias en este sentido (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 870, y sentencia de la Corte de Casación de Bélgica de 8 de Febrero de 1862, en la *Pasicrisia*, 1862, I, 162).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dor. ¿Puédese, por otra parte, invocar las distancias como un obstáculo cuando ya no hay distancias?

II.—Minoría.

128. El art. 224 establece: "Si el marido es menor la autorización del juez es necesaria á la mujer, sea para que comparezca en juicio, sea para contratar." En el antiguo derecho el marido, aunque menor, podía autorizar á su mujer; así es que podía autorizarla para ejecutar actos que él mismo no tenía derecho de ejecutar. La razón, según Pothier, es que el marido, aunque menor, tiene el poder marital, y el poder de autorizar se consideraba como una dependencia del poder que el marido tiene sobre su mujer. (1) El Código ya no permite al marido menor que autorice á su mujer, de donde debe concluirse que ha cambiado el sistema. En efecto, como lo hemos visto la autorización marital está fundada no sólo en el poder del marido sino también en el deber de protección que tiene que cumplir. En este sentido Portalis dice: ¿Cómo podría el marido menor autorizar á su mujer cuando él mismo necesita autorización?

La excepción establecida por el art. 224 no es absoluta como la que resulta de la ausencia ó de la intedicción. Supuesto que se funda en la incapacidad del marido debe restringirse dentro de los límites de esta incapacidad. Ahora bien, cuando el menor está emancipado tiene cierta capacidad, y el menor casado está emancipado de pleno derecho. Síguese de aquí que el menor casado capaz de verificar los actos de administración es por ésto mismo capaz de autorizar á su mujer para que verifique los actos de administración. La cuestión no tiene importancia sino para

1 Pothier, *Tratado del Poder del Marido*, núms. 20 y siguientes.

las acciones mobiliares, y hé aquí la razón. Si los consortes están casados bajo el régimen de la comunidad el marido tiene la administración de los bienes de su mujer; en este caso la mujer no tiene que ejecutar ningún acto de administración y, por lo mismo, no hay que tratar de autorizarla para que actúe. Lo mismo es bajo el régimen exclusivo de comunidad y bajo el régimen dotal. Si los consortes están separados en sus bienes la mujer puede verificar todos los actos de administración sin autorización. Hay excepción, según el art. 215, para los procesos; la mujer, aun separada en bienes, no puede comparecer en juicio sin autorización, mientras que el menor emancipado puede intentar las acciones mobiliarias (art. 482). El marido menor puede, en consecuencia, autorizar á su mujer para que intente una acción semejante.

129. El Código no prevee el caso en que la mujer es menor. Hay que resolver la dificultad según los principios combinados de la incapacidad de la mujer casada y de la emancipación. La mujer menor que se casa está emancipada por el matrimonio; el menor emancipado no puede ejecutar ciertos actos sino con la asistencia de un curador; puede, en general, ejecutar los actos de administración sin esta asistencia. En el antiguo derecho se admitía, y todavía hoy se admite, que el marido mayor es el curador de su mujer. Hé aquí, pues, cuál es la posición de la mujer menor. Como menor emancipada podría ejecutar ciertos actos sin la asistencia de su curador, pero estando casada necesita de la autorización marital. El marido en este caso interviene no como curador sino como marido. Y si se trata de actos para los cuales la mujer, como menor emancipada, debe estar asistida de su curador, el marido intervendrá como curador y como marido para asistir á su mujer y para autorizarla. No siempre es suficiente esta

intervención. Para otros actos que no sean los de administración la mujer menor deberá además obtener la autorización del consejo de familia y, si para ello hay lugar, la homologación del tribunal.

Queda en pie una dificultad. Si el marido es menor no puede ser el curador de su mujer, en rezón de su incapacidad; así es que no podrá, como acabamos de decirlo, intervenir sino como marido para autorizar á su mujer para que verifique los actos de administración. Si se trata de otros actos preciso es á la mujer menor la asistencia de su curador y además, según el rigor de los principios, la autorización del tribunal que reemplaza la que el marido no puede darle por razón de su minoría, porque en este caso la mujer está afectada de una doble incapacidad, es menor y está casada; la asistencia del marido la levanta de su incapacidad como menor; para levantarse de la incapacidad resultante del matrimonio debe ser autorizada por el juez. (1)

III.—Interdicción.

130. Si el marido es incapaz la mujer debe ser autorizada por el juez (art. 222). Afectado él mismo de una incapacidad absoluta para todo lo concerniente á sus intereses pecuniarios concíbese que no pueda cubrir la incapacidad de su mujer por un consentimiento que legalmente no puede dar. ¿Qué debe resolverse si el marido se halla en estado de demencia sin estar declarado incapaz? Cierto es que si es incapaz para consentir no podrá autorizar á su mujer, porque la autorización es un consentimiento. Pero es grande la diferencia entre la autorización dada por el marido declarado incapaz y la autorización dada por el marido enajenado. La primera es nula de derecho por aplicación del principio asentado por el art. 502, el cual declara nulo todo acto otorgado por el incapaz; mientras que ninguna ley impone la nulidad á los actos verificados por un enajenado. Esos actos son de derecho común. Es decir, que la autorización será válida si se ha dado en un intervalo lúcido, y nula si en el momento en que el marido ha autorizado á su mujer se hallaba él en estado de demencia.

1 Demante, *Curso Analítico*, t. I, p. 439, núm. 307 *bis* III.

Resta saber de qué manera se hará autorizar la mujer si su marido está enajenado sin estar declarado incapaz. Los autores no deciden la cuestión. Esto nos parece inadmisible. En principio es el marido quien debe autorizar á su mujer; el juez no puede intervenir sino en los casos previstos por la ley cuando el marido se halla en la imposibilidad de manifestar su voluntad. La ley no coloca la demencia del marido entre estas excepciones sino cuando queda legalmente aprobada por un juicio de interdicción. Siguiendo el rigor de los principios habría, pues, que decidir que la mujer debe promover la interdicción de su marido, á menos que se haga autorizar por él en un intervalo de lucidez.

131. ¿Si se nombra á la mujer tutora de su marido puede, en este caso, hacer sin autorización de justicia los actos concernientes á la tutela? La afirmativa no permite duda alguna. Pothier dice que su nombramiento implica necesariamente una autorización para administrar los bienes de su marido. (1) Esto es cierto, sólo que en lugar de *autorización* debe decirse *mandato*. La mujer tutora no ejerce derechos que le sean personales, y así es que no necesita estar autorizada; obra en virtud de un mandato, y como mandataria tiene derecho á hacer todo lo que esta

1 Pothier, *Tratado del Poder del Marido*, núm. 26.

comprendido en el mandato, importando poco de quien lo tenga, del marido, del consejo de familia ó del tribunal. No es necesario decir que si como tutora tiene que ejecutar un acto que salga de los límites del poder de administración necesitaría la autorización del consejo de familia y, si á ello hay lugar, la homologación del tribunal.

En cuanto á los bienes personales de la mujer Pothier dice también que ella puede, sin autorización, ejecutar los actos concernientes, haciendo las veces de autorización su nombramiento a la tutela. Esto es demasiado absoluto. Hay que distinguir. Si la mujer está separada en bienes no es necesario decir que puede administrar sus bienes sin estar autorizada por el juez; esto es de derecho común. Hay, sin embargo, un acto que la mujer no puede verificar aunque está separada en bienes: no puede comparecer en juicio, ni aun para una acción mobiliaria, sin autorazación. Pregúntase si puede hacerlo cuando es tutora de su marido incapaz. La cuestión está en controversia. No vacilamos en decir que no puede hacerlo. Aunque tutora sigue siendo mujer casada, y como tal, incapaz; así es que debe estar autorizada. Se objeta que como tutora podía intentar una acción mobiliaria concerniente á los bienes de su marido; ¿no es absurdo declararla incapaz para promover en justicia sus propios derechos mobiliarios? (1) La respuesta es muy sencilla; hay una razón jurídica de esta diferencia. En el caso de tutela tiene la mujer un mandato, y como mandataria no tiene nunca necesidad de autorización. Si, por el contrario, se trata de los derechos personales de la mujer ya no obra ésta en calidad de tutora sino como mujer casada y, como tal, necesita estar autorizada.

Si los cónyuges están casados bajo un régimen que dé al

1 Demolembe, *Curso de Código Napoleón*, t.IV, p. 275, núm. 227.

marido la administración de los bienes de la mujer en este caso hay que decir con Pothier que la mujer tutora puede administrar sus bienes sin autorización. Consiste la razón en que la mujer ejerce entonces un derecho del marido; obra, pues, como mandataria aunque se trate de sus bienes, y como mandataria no debe ser autorizada. (1)

132. La ley no prevee el caso en que el marido se halle colocado bajo consejo judicial. ¿De esto debe deducirse con Durantón que el marido, aunque incapaz, puede autorizar á su mujer para toda especie de actos? Que lo pueda respecto á actos que él tenga derecho á ejecutar sin la asistencia de su consejo esto es cierto, porque está de acuerdo con los principios. El que está colocado bajo consejo es tan capaz como un mayor para todos los actos que no le han sido vedados. Capaz por sí mismo nada le impide autorizar á su mujer. Pero cuando se trata de un acto que los tribunales le han prohibido hacer sin la asistencia de su consejo (arts. 499 y 513).

Cierto es que la ley no habla del marido colocado bajo consejo; ¿y esto quiere decir que lo reconozca capaz de autorizar? Nó, lo contrario resulta del art. 502, por cuyos términos toda clase de actos verificados por la persona colocada bajo consejo son nulos de derecho. La ley asimila, en este concepto, el nombramiento de un consejo judicial á la interdicción. Ahora bien, se presume que el incapaz lo está legalmente para consentir en todo lo que concierne á su patrimonio; así, pues, el marido colocado bajo consejo está afectado de la misma incapacidad: incapaz para consentir lo está por lo mismo para autorizar. Esta es la opinión general consagrada por la jurisprudencia. (2)

Pero si el marido no puede autorizar á su mujer ¿cómo

1 Durantón, *Curso de Derecho Francés*, t. II, 454, núm. 506.
2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 875, 1°, 2°

se otorgará la autorización? La jurisprudencia tanto como la doctrina están divididas en esta cuestión. Según unos el marido asistido de su consejo es el que debe autorizar; los otros dicen que la justicia es la que debe autorizar. Nosotros creemos que los tribunales no tienen derecho para autorizar á la mujer sino en los casos en que la ley les conceda formalmente este poder, porque la intervención del juez disminuye, altera el poder marital; ahora bien, este poder es de orden público, el juez no puede modificarlo tanto como no puede hacerlo con las convenciones de las partes. Esto resuelve la cuestión. No se puede asimilar con el menor, ni aun emancipado, á la persona colocada bajo consejo, porque es mayor y en principio capaz. Mucho menos todavía puede decirse que la ley comprende entre los incapacitados á la persona colocada bajo consejo; ésta obra por sí misma, asistida, si necesario es, de su consejo, mientras que el incapaz no tiene facultad de acción. Es cierto que el sistema del Código es hacer intervenir á la justicia cuando el marido es incapaz; pero en el caso de que tratamos el marido no lo está; asistido de su consejo puede hacer todo, y ¿por qué no había de poder autorizar á su mujer? La opinión contraria es la que se sigue más generalmente. (1)

IV.—Sentencia Judicial.

133. El art. 221 establece: «Cuando el marido tiene sobre sí una condena aflictiva ó infamante, aun cuando sólo se haya pronunciado por contumacia, la mujer, aun mayor, no puede, durante el período de la pena, comparecer

1 Es la de Zachariæ, t. III. p. 331, nota 33; de Demolombe, t. IV, p. 271, núm. 226. Véase en el sentido de nuestra opinión, Magnin, *De las Minorías*, núm. 909. La jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 874.

en juicio, ni contratar sino después de haberse hecho autorizar por el juez, quien puede, en este caso, dar la autorización sin que el marido haya sido oído ó convocado.» Esta incapacidad se funda en la indignidad del marido; es una caducidad temporal del poder marital. Si la ley permite al juez oírlo es para poder ilustrarse.

V.—Del caso en que el marido está interesado.

134. ¿Cuando la mujer trata con su marido ó cuando lo hace con terceros teniendo en cuenta el interés del marido necesita estar autorizada por justicia ó bástale la autorización del marido? Esta cuestión es vivamente discutida: se puede reducirla á términos muy sencillos, como Merlín lo ha hecho. En principio la mujer no puede ejecutar ningún acto jurídico sin estar autorizada por su marido; por excepción la autorización del marido se reemplaza por la del juez en los casos determinados por la ley: toda excepción es de estricta interpretación por el hecho mismo de que la mujer no se halla en uno de los casos exceptuados, queda dentro de la regla; así, pues, necesita la autorización marital, pero también ella le es bastante. Se objeta el adagio viejo de que nadie puede autorizar por su propio interés: *nemo potest esse auctor in rem suam*. Merlín contesta que este principio establecido por los jurisconsultos romanos en materia de tutela no se aplica al marido. Supone que la autorización tiene por único objeto garantir los intereses del que está autorizado: tal es el caso de la tutela. La autorización marital se exige, antes que todo, por un motivo de orden público, como una consecuencia del poder marital; sin duda que en el derecho moderno, es también una medida de protección, pero no es sólo para proteger á la mujer por lo que el marido interviene, está llamado á po-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ner á cubierto los intereses de la familia. No hay, pues, lugar para aplicar el adagio latino. Por otra parte, al legislador habria correspondido hacerlo; el intérprete no puede crear una excepción, aun cuando para ello hubiese las mejores razones del mundo. (1)

Existe en favor de la opinión contraria una sentencia fuertemente motivada de Turín. La Corte dice, y esto es incontestable, que la autorización del marido debe, aun cuando no sea sino en parte, garantizar los intereses de la mujer y de los hijos; ¿en dónde está la garantía cuando el marido está personalmente interesado? ¿Si su interés está en oposición con el de la familia no podria sacrificar á su interés el de la mujer y de los hijos? Ahí en donde hay conflicto de intereses no es importante que la justicia imparcial intervenga. (2) Esto es cierto, pero toda esta argumentación va dirigida al legislador y no al intérprete. Sólo la ley puede crear excepciones, y no lo ha hecho en el caso de que tratamos: esto decide la cuestión.

Num. 3. De los casos en que la justicia no puede autorizar a la mujer.

135. Una reciente sentencia de la Corte de París (3) establece como principio que la disposición del art. 219 es general, que no admite excepciones, y ni podía admitirlas.

1 Merlín, *Cuestiones de Derecho*, en la palabra *Poder Marital*, pfo. 4, (t. XII. p. 244). Demolombe, t. IV, ps. 282 y siguientes, núms. 282 y 236. La jurisprudencia está dividida (véase Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núms. 813 y 814.). Agréguese en el sentido de nuestra opinión, sentencia de Grenoble de 11 de Marzo de 1851. (Dalloz, 1853, 2, 63), de Montpellier de 18 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1856, 2, 202).

2 Sentencia de 17 de Diciembre de 1808 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 814, 1°). Hay una sentencia en el mismo sentido de la Corte de Bruselas de 1° de Junio de de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 274).

3 Sentencia de 3 de Enero de 1668 (Dalloz. 1868, 2, 29).

La Corte deduce de esto que la justicia puede siempre autorizar á la mujer á denegación del marido; que principalmente puede autorizarla para un compromiso teatral. El principio es demasiado absoluto y la aplicación que le da la Corte de París nos parece muy dudosa. El art. 219 permite al juez dar la autorización cuando el marido se niega á autorizar á su mujer para *derogar un acto*. Esta disposición es la consecuencia del art. 217, que exige una autorización especial para cada acto, y el art. 223 prohibe toda autorización general, salvo la que se dé á la mujer por contrato de matrimonio para la administración de sus bienes. El Código toma, pues, en consideración el patrimonio de la mujer, los actos de enajenación ó de administración que la mujer está en el caso de ejecutar para la gestión de su fortuna. ¿Pueden extenderse estas disposiciones al caso en que se trata de ejercer una profesión cualquiera? No lo creemos.

Si la profesión que la mujer quiere ejercer es la de comerciante la mujer debe tener el consentimiento del marido en los términos del art. 4 del Código de Comercio. La mayor parte de los autores enseñan que la justicia no puede, en este caso, conceder la autorización ni el marido la rehusa. (1) ¿Y no debe decirse lo mismo de toda profesión? Nosotros no entramos en las preocupaciones que existen en nuestras costumbres contra el teatro y contra los artistas; no admitimos, con la Corte de París, que la carrera teatral puede ser dignamente seguida; pero la Corte confiesa que presenta muchos riesges para una mujer joven. Haciendo abstracción de estos riesgos, el marido puede te-

1 Pardessus, *Curso de Derecho Comercial*, t. I, núm. 63. Bravard, *Tratado de Derecho Comercial*, edición Demangeat, t. I, p. 93. Massé y Vergé acerca de Zachariae, t. V, III, pfo. 134. Demolombe, t. IV, núm. 248. La jurisprudencia está incierta (Dalloz, en la palabra *Conveniente*, núm. 177).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ner repugnancia invencible de ver á su mujer en las tablas: ¿cómo admitir que el juez le haga violencia? Lo que del teatro decimos lo aplicamos á todo género de profesión. El marido es el jefe de la familia y á él corresponde ver si á ésta le conviene ejercer esta ó aquella profesión para vivir.

La autorización para ejercer una profesión cualquiera es una autorización general, y los arts. 217 y 223 exigen que la autorización sea especial. El art. 4 del Código de Comercio se aparta de estas disposicones, pero únicamente con la condición de que el marido otorgue su autorización. Ningún texto permite al juez conceder una autorización general negándose á ello el marido. Si el juez la concediese el marido podria deshacer lo que la justicia ha hecho. El tribunal autoriza á la mujer para contraer un compromiso teatral á pesar del marido. Este cambia de domicilio, la mujer debe seguirlo; ¿qué sucede entonces con la autorización de la justicia?

136. Hay, además, otros actos para los cuales el juez no puede reemplazar la autorización del marido. El artículo 1029 dice: "La mujer casada no podrá aceptar la ejecución testamentaria sino con el consentimiento de su marido. Si está separada en bienes, sea por contrato de matrimonia, sea por juicio, podrá hacerlo con el consentimiento de su marido, ó, negándose éste, autorizada por la justicia." Claramente resulta de esta disposición que si la mujer no está separada en bienes no puede aceptar la ejecución testamentaria con la autorizacion del juez. Insistiremos en esta excepción en el título *de las Donaciones*.

137. El art. 1004 del Código de Procedimientos establece que no puede contraerse compromiso respecto á ninguna de las contestaciones que estén sometidas á comunicación del Ministerio Público. Ahora bien, entre estas contestaciones se encuentran, según el art. 83, núm. 6 (del mismo código), las causas de las mujeres no autorizadas por sus maridos. Siguese de aquí que la justicia no puede autorizar que la mujer se comprometa.

Núm. 4.—Formas de la autorización judicial.

138. Hay que distinguir los procesos y los actos extrajudiciales. Si la mujer quiere intentar una acción en justicia, debe primero intimarlo á su marido. Sólo después de que éste se niegue, es cuando la justicia interviene; así, pues, es forzoso que esta denegación esté legalmente comprobada. Después la mujer presenta instancia al presidente, le expone el asunto y los motivos por los cuales pide ella la autorización. A esta instancia, el presidente librará una orden dando permiso para citar al marido ante la cámara del consejo. El código de procedimientos (art. 861) agrega que el marido deducirá las causas de su denegación ante el tribunal. Como el juez está llamado á evacuar este conflicto, debe, después de haber oído á la mujer, oir también al marido (1).

Si el marido está ausente ó incapacitado, se siguen las formas prescritas por los arts. 863 y 864 del código de procedimientos, á los cuales remitimos al lector. Si el marido tiene impuesta una condena aflictiva ó infamante, no hay que hacer ninguna intimación; y según el art. 221 del código civil, el juez puede, en este caso, dar la autorización sin que el marido haya sido oído ó citado. Hay alguna dificultad cuando el marido es menor. Nosotros creemos con M. Demolombe que no hay para que hacerle una intimación ni para qué citarlo ante la cámara del consejo. ¿A qué conduce una intimación para dejar compro-

1 Véase la jurisp. en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 884

bada la intimación, cuando el marido no puede rehusar ni consentir? ¿Para qué hacerlo comparecer ante el tribunal cuando no hay conflicto que resolver?

139. Hasta aquí hemos supuesto que la mujer es actora. Ni el código civil, ni el de procedimientos previenen el caso en que la mujer es la demandada. Proudhon indica un procedimiento muy sencillo que se sigue en la práctica y que se funda, sin duda, en una antigua tradición. El demandante asigna al marido juntamente con la mujer. Si el marido comparece, se hace parte en el litigio; hay en este caso autorización tácita, supuesto que hay concurso del marido en el acto. Si el marido falta, ó, si habiendo comparecido, rehusa seguir la acción judicial con su mujer, ó se rehusa á seguirla solo, el juez está llamado á dar la autorización (1). Beslier dice en la exposición de motivos, que la intervención del juez no es más que una simple formalidad, es decir, que la justicia concede siempre la autorización cuando el marido la rehusa (2).

Esto es demasiado absoluto. Precisamente porque el marido rehusa que su mujer se defienda, el tribunal debe examinar si puede, á pesar de esa denegación, conceder la autorización. ¿El tribunal debe dar la autorización de una manera expresa? La corte de casación juzga que puede ser tácita. Cuando el demandante concluye en que el juez autorice á la mujer, á denegación del marido, hay autorización implícita, si el juicio condena por falta al marido y á la mujer citados juntamente (3).

140. Quédanos por decir, cuáles son las formas que la mujer debe seguir cuando se trata de un acto extrajudicial.

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1°, p. 468. La jurisprudencia esta conforme (Sentencia de la corte de Orleans, de 5 de Mayo de 1849, Dalloz, 1849, 2. 161).
2 Locré, *Legislacion civil*, t. X, p. 345, núm. 12.
3 Sentencia de 21 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 157).

Hay alguna duda acerca de este punto. El art. 219 dice: «Si el marido se niega á autorizar á su mujer para otorgar un acto, la mujer puede mandar citar *directamente* á su marido ante el tribunal de primera instancia de la circunscripción del domicilio común, y éste podrá dar ó rehusar su autorización después de que el marido haya sido oído ó citado debidamente ante la cámara del consejo». En la práctica se considera esta disposición como abrogada por el art. 861 del código de procedimientos, que exige una intimación prévia. Según el rigor de los principios, debería resolverse que no hay abrogación. El Juez sólo autoriza. El código sólo reglamenta el procedimiento para los actos extrajudiciales; este es el objeto del art. 209; nada dice de las instancias judiciales. Este vacío lo ha llenado el código de procedimientos, instituyendo que la mujer que quiera hacerse autorizar para la *promoción de sus derechos* debe desde luego hacerle una intimación á su marido. Cierto es, por más que diga M. Demolombe que la expresión *promoción de derechos* marca un proceso; cuando la mujer otorga un acto, no puede decirse que prosigue un derecho, puesto que no tiene aún ninguno. Hay, pues, dos disposiciones distintas y que preveen casos diferentes: ¿cómo se quiere que un artículo que habla de los procesos derogue un artículo que habla de los derechos extrajudiciales? Sin embargo, en la práctica se sigue el art. 861 para los actos extrajudiciales tanto como para los judiciales, y, en efecto, la misma razón asiste para exigir una intimación para los unos como para los otros.

141. La autorización de justicia, lo mismo que la del marido, debe ser especial. Esto resulta de la combinación del art. 219 con el art. 217. El código exige el concurso del marido en el acto de su consentimiento por escrito, lo que implica la necesidad de una autorizacióu especial. Es-

ta autorización especial es la que el juez debe suplir, si el marido la niega; así, pues, tiene que ser también especial. Y lo que es cierto en el caso de que el marido se niegue á autorizar á su mujer, se aplica, por identidad de motivos á los casos en que el marido esté en la imposibilidad de autorizar. Si el juez diese una autorización general, usurparía los poderes del marido, usurparía el poder marital; porque de antemano resolvería, sin el marido ó á su pesar, lo que el marido está llamado á resolver, á medida que la mujer vaya teniendo que otorgar un acto.

La jurisprudencia está conforme. Un juicio del tribunal de Burdeos autorizó á una mujer casada «para tratar con el señor B., ó cualquiera otra persona, bajo las cláusulas y condiciones que le pareciesen más convenientes á sus intereses.» La corte de Burdeos pronunció la nulidad de esta autorización, porque daba demasiada latitud á la mujer para responder al objeto de la especialidad; para ser especial, la autorización habría debido determinar la extensión de los compromisos á los cuales podía subscribir la mujer, restringiendo sus poderes dentro de ciertos límites. Una autorización vaga é incierta no es una autorización especial (1).

§ V. EFECTOS DE LA AUTORIZACION.

Núm. 1—Efecto de la autorización respecto á la mujer.

142. Pothier asienta el principio en estos términos: «El efecto de la autorización es hacer á la mujer tan capaz del acto para el cual está autorizada como lo sería si no estuviese casada.» Así es que la mujer, de incapaz que era, se

1 Sentencia de 18 de Mayo 1838 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 912).

vuelve capaz. ¿Quiere esto decir que el acto sea plenamente válido en virtud de la autorización, y que la mujer no pueda ya atacarlo? Nó, ciertamente. La mujer ya no puede atacar el acto por motivo de incapacidad, supuesto que ella es capaz; pero si el acto está viciado por cualquiera otra causa, la mujer puede pedir su anulación. Esto es lo que Pothier agrega. «Así, pues, cuando una mujer menor es llamada por un acto que ha ejecutado con autorización, dice Pothier, la autorización no impide que el contrato sea susceptible de restitución» (1). No sucedería lo mismo en nuestro derecho moderno; siendo el marido el curador de su mujer, si ésta obra con su asistencia, no puede ella quejarse de haber sido dañada, porque asistida de su curador, se hace capaz, bien entendido, cuando se trata de un acto que puede ejecutar con esta simple asistencia. Si fuese un acto de disposición, podía ella pedir su anulación, aun cuando el marido la hubiese autorizado, puesto que no puede ella ejecutarlo sino con la autorización del consejo de familia la homologación del tribunal; la asistencia de su marido no cubre esta nulidad.

143. Hay un segundo principio en esta materia: la autorización no da capacidad á la mujer sino en cuanto al acto para el cual ha sido autorizada. Este principio se desprende de la regla que quiere que la autorización sea especial: así es que sólo vale para un acto determinado. Si la mujer, en lugar de ejecutar el acto para el cual ha sido autorizada ejecuta otro, no puede ya prevalerse de la autorización que se le ha otorgado; el acto es nulo como proveniente de una mujer no autorizada. En consecuencia, se ha juzgado que la mujer autorizada para el efecto de vender no había podido hacer válidamentce una donación en la forma de venta. No hay que atenerse á la apariencia del

1 Pothier, *tratado del poder del marido*, núm. 76.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ta autorización especial es la que el juez debe suplir, si el marido la niega; así, pues, tiene que ser también especial. Y lo que es cierto en el caso de que el marido se niegue á autorizar á su mujer, se aplica, por identidad de motivos á los casos en que el marido esté en la imposibilidad de autorizar. Si el juez diese una autorización general, usurparía los poderes del marido, usurparía el poder marital; porque de antemano resolvería, sin el marido ó á su pesar, lo que el marido está llamado á resolver, á medida que la mujer vaya teniendo que otorgar un acto.

La jurisprudencia está conforme. Un juicio del tribunal de Burdeos autorizó á una mujer casada «para tratar con el señor B., ó cualquiera otra persona, bajo las cláusulas y condiciones que le pareciesen más convenientes á sus intereses.» La corte de Burdeos pronunció la nulidad de esta autorización, porque daba demasiada latitud á la mujer para responder al objeto de la especialidad; para ser especial, la autorización habría debido determinar la extensión de los compromisos á los cuales podía subscribir la mujer, restringiendo sus poderes dentro de ciertos límites. Una autorización vaga é incierta no es una autorización especial (1).

§ V. EFECTOS DE LA AUTORIZACION.

Núm. 1—Efecto de la autorización respecto á la mujer.

142. Pothier asienta el principio en estos términos: «El efecto de la autorización es hacer á la mujer tan capaz del acto para el cual está autorizada como lo sería si no estuviese casada.» Así es que la mujer, de incapaz que era, se

1 Sentencia de 18 de Mayo 1838 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 912).

vuelve capaz. ¿Quiere esto decir que el acto sea plenamente válido en virtud de la autorización, y que la mujer no pueda ya atacarlo? Nó, ciertamente. La mujer ya no puede atacar el acto por motivo de incapacidad, supuesto que ella es capaz; pero si el acto está viciado por cualquiera otra causa, la mujer puede pedir su anulación. Esto es lo que Pothier agrega. «Así, pues, cuando una mujer menor es llamada por un acto que ha ejecutado con autorización, dice Pothier, la autorización no impide que el contrato sea susceptible de restitución» (1). No sucedería lo mismo en nuestro derecho moderno; siendo el marido el curador de su mujer, si ésta obra con su asistencia, no puede ella quejarse de haber sido dañada, porque asistida de su curador, se hace capaz, bien entendido, cuando se trata de un acto que puede ejecutar con esta simple asistencia. Si fuese un acto de disposición, podía ella pedir su anulación, aun cuando el marido la hubiese autorizado, puesto que no puede ella ejecutarlo sino con la autorización del consejo de familia la homologación del tribunal; la asistencia de su marido no cubre esta nulidad.

143. Hay un segundo principio en esta materia: la autorización no da capacidad á la mujer sino en cuanto al acto para el cual ha sido autorizada. Este principio se desprende de la regla que quiere que la autorización sea especial: así es que sólo vale para un acto determinado. Si la mujer, en lugar de ejecutar el acto para el cual ha sido autorizada ejecuta otro, no puede ya prevalerse de la autorización que se le ha otorgado; el acto es nulo como proveniente de una mujer no autorizada. En consecuencia, se ha juzgado que la mujer autorizada para el efecto de vender no había podido hacer válidamentce una donación en la forma de venta. No hay que atenerse á la apariencia del

1 Pothier, *tratado del poder del marido*, núm. 76.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

acto; la donación disfrazada no es una venta: la mujer no estaba, pues, autorizada para hacerla; y, por tanto, el acto, aunque calificado de venta, era nulo (1).

144. La aplicación de este segundo principio no deja de tener dificultades. Se supone que la mujer verifica un acto en ejecución de aquel que la ha autorizado: ¿es válido el acto? Si el acto de ejecución es una dependencia necesaria del primero, de manera que esté implícito en éste á título de accesorio, la mujer está autorizada para hacerlo; porque debe suponerse que al dar la autorización, el pensamiento del marido se ha fijado en el negocio íntegro, y que en consecuencia ha querido autorizar á su mujer para ejecutar todos los actos necesarios. Pero si el acto que la mujer otorga, aunque su ejecución de aquel por quien estaba autorizada, es un acto de una naturaleza diferente, un acto que el marido no ha podido preveer porque no era una dependencia necesaria de aquél para el cual dió su autorización, entónces el nuevo acto es nulo.

145. El principio es incontestable, pero no siempre es fácil aplicarlo. Se supone que la mujer está autorizada para pedir la liquidación de bienes, y que ésta se ha pronunciado. Cierto es que podrá proseguir la ejecución del juicio, porque la ley la obliga á proseguir esta ejecución dentro de la quincena que sigue al juicio (art. 1444). Hé aquí evidenciada una dependencia necesaria del acto para el cual la mujer ha sido autorizada. Por esto la jurisprudencia decide que el juicio dá á la mujer derecho, ó para mejor decir, le impone el deber de hacer todo lo que es necesario para obtener su ejecución, es decir, la liquidación de la comunidad y el pago de lo que el marido le debe (2).

1 Sentencia de Pau, 19 de Marzo, 1931, (Dalloz, en la palabra *Matrimonio* núm 915.

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz en la palabra *matrimonio*, número 796, 1°, 3°.

¿Quiére esto decir que la mujer puede ejecutar todos los acto que se presenten en la liquidación de la comunidad? Es preciso aplicar el principio que acabamos de establecer. Si el acto es una consecuencia necesaria del juicio, la mujer puede hacerlo. La corte de casación, por aplicación del principio, ha resuelto que la mujer podrá pagar en subasta pública. Hay un motivo de duda. Ciertamente que la mujer puede apoderarse de los bienes inmuebles de su marido, promover su venta y hacerse su adjudicatoria; son estos actos de ejecución sin los cuales la mujer no podría obtener el pago de sus derechos. ¿Pero se ha de extender el poder hasta la puja, cuando un tercero se ha declarado adjudicatario? La corte de Grennoble ha resuelto la cuestión negativamente, fundándose en la naturaleza de la puja, acto exhorbitante y peligroso para la mujer; la corte ha invocado el art. 217, que establece que la mujer, aun separada de bienes, no puede adquirir sin autorización marital. Esta sentencia sufrió casación (1). Hay que apuntar desde luego el art. 216 que supone la separación consumada; en cuanto á los riesgos que presenta la puja, son reales, pero al mismo tiempo es éste un derecho precioso, una garantía para la mujer, sin la cual tal vez no obtendría el pago de lo que se le debe. Estando autorizada la mujer, por el juicio de separación, para ejecutarlo por el pago de sus derechos y dote, debe deducirse que puede pujar, supuesto que la puja tiene precisamente por objeto realizar el recobro de su dote.

La corte de París ha juzgado que la mujer no podía, en virtud del juicio de separación, ejecutar contra un tercer comprador la acción de rescisión por lesión de una venta

1 Sentencia de la corte de casación de 29 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 103).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

llevada á cabo por el marido (1). Esto nos parece dudoso. Si, como debe suponerse, la rescición de la venta fuese necesaria para asegurar el pago de los derechos y dote de la mujer, ¿por qué ésta no había de poder intentar esa acción? ¿No es esta una consecuencia necesaria del juicio que se ha pronunciado para garantir sus intereses? La garantía de sus intereses es el fin, la acción en rescisión el medio de alcanzarlo. Esto nos parece que decide la cuestión á favor de la mujer.

La corte de casación ha juzgado que la mujer que ha obtenido la separación no puede, sin autorización, comparecer en juicio con motivo de disputa suscitada por la administración del registro, concerniente á la cuantía de los derechos por pagar según el juicio que liquida la comunidad. Hay una razón para dudar; puede decirse que el juicio es el último acto de la liquidación, que desde luego se debe aplicar á este juicio el principio de que la mujer puede hacer todo lo que es necesario para el pago de sus derechos y dote. Pero hay una razón decisiva contra la mujer, y es que el juicio termina la liquidación. La defensa de la mujer contra las pretensiones de la administración del registro es una instancia nueva que nada tiene de común con las operaciones de la liquidación. y que por lo mismo necesita una autorización especial (2).

146. Se ha juzgado que la mujer autorizada para tratar con un tercero acerca del establecimiento de una casa de educación, estaba, por este hecho mismo, autorizada para suscribir las obligaciones relativas. (3). Esta decisión pue-

1 Sentencia de 13 de Marzo de 1817 (Dalloz, en la palabra *acción* núm. 148). Hay una sentencia análoga de la corte de París, de 27, de Julio de 1850 (Dalloz, 1851, 2. 168).

2 Sentencia de casación de 11 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 14).

3 Sentencia de París, de Julio de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 202).

de tener algún fundamento, pero está formulada de un modo demasiado vago; hay que limitarla en el sentido de que los compromisos contraídos por la mujer deben ser una consecuencia necesaria de la operación que el marido ha autorizado.

La Corte de Casación ha resuelto que las obligaciones comerciales subscriptas por la mujer eran nulas aun cuando fuesen contraídas en ejecución de un primer compromiso que ella se hubiese procurado con la autorización de su marido, siendo este compromiso puramente civil. (1) Esta decisión es muy jurídica. Las obligaciones comerciales difieren en mucho de las obligaciones civiles, por lo que la mujer que las contrae debe tener una autorización especial. Puede suceder que el marido consienta en que su mujer se obligue civilmente, pero que le rehuse la autorización para subscribir un compromiso comercial. De aquí la necesidad de una nueva autorización.

147. La mujer está autorizada para seguir un litigio. ¿Qué actos puede ejercitar en virtud de esta autorización? Pregúntase si puede transigir. Evidentemente que nó. Se litiga para obtener justicia, sea promoviendo sus derechos como actor, sea repeliendo la demanda como reo. Ahora bien, el que transige renuncia por lo menos á una parte de sus derechos, Así, pues, transigir no es litigar. Por esto el art. 2045 exige que el que transige tenga la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. En verdad que el marido que autoriza á la mujer para reclamar un derecho no entiende autorizarla para disponer de él, y al autorizarla para defender quiere que ella combata las pretensiones del demandante, muy lejos de abandonar su derecho en todo ó en parte. No hay duda acerca de este punto.

1 Sentencia de 26 de Junio de 1389 (Dalloz, en la palabra *Competencia Comercial*, núm. 225).

Por la misma razón la mujer autorizada para litigar no puede desistirse de su demanda sin una nueva autorización, porque el desistimiento implica la renuncia de un derecho y, por lo tanto, una enajenación; ahora bien, no es para enajenar su derecho para lo que el marido ha autorizado á su mujer sino, al cootrario, para proseguir su ejecución forzosa. Esto decide la cuestión. La jurisprudencia está unánime en este sentido. (1)

Otro tanto hay que decir de la aquiescencia. Consentir no es litigar, es reconocer las pretensiones de la parte contraria y, por lo tanto, es renunciar á su derecho; ahora bien, la mujer ha sido autorizada para sostener su derecho por medio de un litigio, y para abdicarlo. La cuestión ha sido resuelta en este sentido por una sentencia de la Corte de París. (2) Hay una sentencia contraria de la Corte de Casación. (3) La Corte parte de este principio: que la autorización dada á la mujer para defenderse no le da únicamente el poder de seguir el procedimiento y de combatir las pretensiones del demandante sino también el de consentir en ellas si las halla justificadas ó dar su aquiescencia al juicio promovido contra ella. Ahora bien, al dar su aquiescencia detiene ella el curso de la justicia y pone término á la causa judicial. Hay, no obstante, un motivo de duda cuando la aquiescencia sobreviene después que se ha pronunciado el juicio. La mujer puede no interponer apelación, lo que equivale á una aquiescencia tácita; si puede ella consentir tácitamente ¿por qué no había de poder hacerlo expresamente? La respuesta es muy sencilla: porque hay diferencia entre el consentimiento expreso y el hecho de no interponer apelación. Al consentir la mujer renuncia al

1 Sentencia de 7 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 119).
2 Sentencia de 16 de Marzo 1839 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 496, 4°)
3 Sentencia de 7 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 119).

derecho de apelación. ¿Y la autorización para litigar implica el poder de la mujer para renunciar á litigar? Mientras ella no consiente conserva el derecho que le da la ley para interponer apelacion. Cierto es que en definitiva la mujer al guardar silencio renuncia á la apelación. ¿Y puede hacerlo sin autorización? Esto es lo que examinaremos más adelante. (1)

148. ¿La mujer autorizada para litigar puede deferir el juramento ó aceptar el que se le defiere? Nó, porque el juramento implica una transacción; y la mujer, aunque autorizada para litigar, no puede transigir. Esto decide la cuestión tanto para la aceptación del juramento como para la delación. Se hace una objeción para el caso en que el juramento le es deferido á la mujer. El adversario de la mujer se dice tiene el derecho de deferirle el juramento, y si se niega á la mujer autorización para aceptarlo este derecho no puede ser ejercitado. Sin duda que cada parte puede deferir á la otra el juramento. ¿Pero es este un hecho absoluto? Nó, el ejercicio de un derecho supone la capacidad de las partes contrayentes; y como la mujer es incapaz de transigir sin autorización especial es también incapaz para deferir el juramento y para aceptarlo. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo. (2)

¿La mujer autorizada para litigar puede hacer una confesión? Nosotros creemos que la cuestión debe decidirse negativamente. La confesión implica la disposición, la enajenación del derecho de que es objeto; en efecto, según los términos del art. 1356 hace fe plena contra aquel de quien emana. Así es que la autorizaeión para litigar no implica la de hacer una confesión. La mujer no puede

1 Véase, en el sentido de nuestra opinión, una sentencia de Bruselas de 17 de Febrero 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 1, 405).
2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 918.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

transigir; ahora bien, al transigir hace también una confesión, pero parcial: renuncia á una parte de sus derechos. Con mayor razón no puede abdicar todo su derecho haciendo una confesión. Existe una sentencia contraria de la Corte de Casación, pero como no está motivada no tiene valor doctrinal. (1). M. Demolombe objeta que la mujer autorizada para litigar lo está «para correr todas las vicisitudes de la lucha judicial.» Hé aquí una de esas frases de efecto que debían proscribirse del lenguaje jurídico. Sin duda que la mujer corre todas las vicisitudes del proceso en el sentido de que puede perderlo; está autorizada para perderlo por la decisión del juez, pero no para perderlo disponiendo de su derecho, ni por una confesión, ni por un juramento. En vano se dice que el adversario de la mujer tiene derecho á interrogarla sobre hechos y artículos. Sí, tiene ese derecho, pero con la condición de que la mujer sea capaz de contestar; ahora bien, cuando la respuesta es una confesión la mujer es incapaz y necesita una autorización especial para cubrir su incapacidad. (2).

149. ¿La mujer autorizada para litigar puede seguir todos los grados de jurisdicción, interponer apelación y casación? No es necesario decir que si la autorización se da para un grado determinado de jurisdicción debe restringirse dentro de estos límites. Esta es la aplicación del principio de la especialidad. La mujer autorizada para litigar en primera instancia necesita una nueva autorización para ir á casación. ¿Si la autorización se da expresamente para todas las instancias la mujer puede litigar en apelación y en casación? La doctrina y la jurisprudencia admiten la afirmativa. La autorización, se dice, es especial, supuesto que

1 Sentencia de 22 de Abril de 1828 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 919).

2 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 374, núm. 284.

sólo se da para un proceso determinado. (1) Sin duda alguna, ¿pero basta con esto? La ley exige la autorización no sólo para amparar la autoridad marital sino también para proteger á la mujer y á la familia. Para que se obtenga este resultado preciso ès que el marido, en el momento en que autoriza á su mujer, se dé cuenta exacta del negocio. Hay, en este concepto, una gran diferencia entre los contratos y los procesos. Cuando la mujer otorga un acto el negocio se consuma en el momento mismo en que se celebra el contrato; el marido sabe todo lo que debe saber; mientras que el marido que autoriza á su mujer para litigar no puede conocer los medios que el adversario hará valer; el negocio puede completamente cambiar de faz en el curso de la primera instancia, y desde entonces, si se quiere una protección eficaz para los intereses de la mujer y de la familia, se necesita que después del juicio de primera instancia intervengan una deliberación y una autorización nuevas. Una autorización general otorgada para todas las instancias podría comprometer los intereses que el marido está llamado á garantir; no responde, pues, al objeto de la ley y, por lo mismo, es nula.

Hay una opinión absolutamente contraria á la que acabamos de sostener. M. Demolombe enseña que la mujer autorizada para litigar puede ir á apelación y á casación desde el momento en que la autorización no se limita á una sola instancia. Autorizada la mujer para litigar puede por esto mismo sostener su derecho á través de todas las instancias, hasta casación. Acerca de este último punto M. Demolombe parece vacilar, porque aconseja al adversario de la mujer que ponga al marido en causa ante la Corte Su-

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 274, núm. 285. Sentencia de la Corte de Casación de 1° de Marzo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 104). Una sentencia de Bruselas de 26 de Febrero de 1868 admite la autorización general, hasta tácita (*Pasicrisia*, 1868, 1, 151).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

prema. Confiesa que después de cada instancia sería útil que el marido examinase de nuevo, supuesto que no es la misma la situación. (1)

Esta confesión es la condenación de su doctrina. Supuesto que la situación no es la misma es como si hubiese un nuevo acto jurídico y, por lo mismo, necesidad de una autorización nueva. La doctrina de Demolombe se ha quedado aislada. (2)

La jurisprudencia está dividida é incierta. Hay sentencias que consagran una distinción. La mujer autorizada para litigar ha ganado en primera instancia; la parte contraria interpone apelación. No necesita estar autorizada, se dice. ¿Y para qué? El marido desea que ella gane su proceso cuando la autoriza para litigar, ella lo ha ganado; desde este momento la intención del marido es ciertamente que ella sostenga su derecho en apelación. Inútil es proceder á un nuevo examen, supuesto que las previsiones del marido se han realizado. Nosotros creemos que aun en este caso sería necesaria una nueva autorización. La apelación interpuesta por el contrario de la mujer destruye el juicio de primera instancia; se traba un nuevo debate, y puede interesar á la mujer transar en lugar de litigar. Hay tal victoria en primera instancia que anuncia una derrota cierta en apelación. Se dice que la apelación es una vía ordinaria que ha debido ser prevista por el marido; y hasta hay una corte que ha llegado á decir que la apelación no es una nueva instancia, puesto que se trata siempre de los mismos derechos que defender y de las mismas cuestiones que juzgar. (3) Esto no es exacto porque pueden presentarse

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 375, núm. 387.

2 Véase la doctrina en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 782, y sentencia de la Corte de Casación de 15 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 119).

3 Sentencia de Bourges de 27 de Noviembre de 1829, (Dalloz en la palabra *Matrimonio*, núm. 783, 3°, *ibid*, otras sentencias en el mismo sentido.

en apelación nuevas cuestiones. ¿Por otra parte, acaso la apelación no reduce á la nada el primer juicio? ¿No es elemental que hay una segunda instancia? ¿Y habiendo perdido la mujer en primera instancia no están contra ella las probabilidades, mientras que, antes de entablar el proceso, el marido podía creer que las probabilidades estaban á favor de su mujer. (1)

Aun podría sostenerse que la mujer necesita de autorización cuando sucumbe en primera instancia aunque no interponga apelación. En efecto, no interponer apelación equivale á desistirse de sus pretensiones, equivale á dar aquiescencia al juicio. Ahora bien, la opinión general es que la mujer no puede consentir sin una autorización especial. ¿Y cómo es que lo que no puede hacer directamente podría hacerlo indirectamente? Cierto es que la mujer en este caso no concurre á acto alguno sino que guarda silencio; pero su silencio indica un acto, y un acto que puede serle muy perjudicial, tanto á ella como á su familia, y este acto es la renuncia de una segunda instancia. ¿No se necesita que el marido intervenga para examinar si hay lugar á apelación ó si es preferible consentir?

150. Hasta aquí hemos supuesto que el marido autoriza á su mujer. ¿La autorización judicial está regida por los mismos principios? No es dudosa la afirmativa. En efecto, la autorización no cambia de naturaleza cuando la da el juez porque el tribunal no hace más que ponerse en lugar del marido. La jurisprudencia está en este sentido; las sentencias que hemos citado aplican indistintamente al juez y al ma-

1 Véanse en este sentido las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 782, 776, y sentencia de la Corte de Casación de 15 de de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 5, 19), de Burdeos de 3 de Marzo de 1831 (Dalloz, 1852, 2, 44) y de Aix de 13 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 194).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

do el principio de que la autorización se limita al acto para el cual se ha otorgado. Ella aplica igualmente á la autorización judicial el principio de que la autorización debe restringirse á la instancia para la cual se ha otorgado. La Corte de Casación interpreta de una manera todavía más restrictiva la autorización que se da incidentalmeute por el tribunal penetrado de la contienda; ha resuelto que la mujer autorizada de este modo para una primera instancia no puede interponer apelación ni defenderse contra la apelación interpuesta por la parte contraria, sin una nueva autorización, aún cuando el tribunal hubiese dicho que la mujer está autorizada para proceder y para proseguir la acción, no pudiendo referirse estos términos sino a la acción que se había entablado por el momento. (1) ¿Por qué la Corte interpreta de un modo tan restrictivo la autorización concedida incidentalmente por el juez? Porque, como lo expresa otra sentencia, la autorización que se da incidentalmente para la instancia principal está necesariamente limitada para esta instancia. (2)

Podríamos invocar estas sentecias á favor de nuestra opinión si no hubiese otras igualmente emanadas de la Corte de Casación que admiten una interpretación más amplia cuando la autorizaeión la da al juez á una demanda principal. Así es que se ha resuelto que el juicio que autoriza á una mujer para comparecer en justicia cuando se verifica después de un juicio precedente pronunciado contra la mujer se aplica tanto á las instancias comenzadas como á las que se tienen que seguir y, por consiguiente, á la apelación que se puede intentar. (3) Una sentencic más reciente ha juzgado que la autorización otorgada á una mujer casada para *proceder á instancia suya* en separación de cuerpo debe, en razón á la generalidad de estas exprsiones, interpretarse en el sentido de que se aplica á todos los grados de procedimiento; que, en consecuencia, la mujer autorizada de este modo puede, sin nueva autorización, interponer apelación del juicio que ha desechado su acción. (1)

1 Sentencia de 18 de Agosto de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 333).
2 Sentencia de 29 de Junio de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 201).
3 Sentencia de 5 de Agosto de 1840 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 901).

Esta última decisión nos parece contraria al principio de la especialidad de la autorización. Los términos *proceder á instancia suya* no significan más que la autorización para seguir la instancia que va entablarse; es decir, la primera instancia. De nuevo confesamos que no entendemos la distinción que la Corte parece hacer y que M. Demolombe aprueba (2) entre la autorización que se da incidentalmente y la autorización concedida sobre una acción principal. Trátase siempre de un solo y mismo hecho jurídico. ¿Cambia la autorización de carácter según que es incidental ó principal? ¿Por qué ha de ser que la mujer esté menos protegida cuando pide la autorización por acción principal? El derecho es una ciencia lógica; ¡que la lógica presida, pues, a sus decisiones! La autorización es una; los principios que la rigen deben, pues, ser idénticos.

Núm. 2.—Efecto de la autorización respecto al marido.

151. Los efectos de la autorización en cuanto al marido difieren según que él ó el juez la otorgan. Cuando él es el que autoriza á su mujer la autorización á su respecto no tiene en principio ningún efecto; él no está obligado por el acto jurídico que la mujer lleva á cabo con su autorizaciún. Esto es la aplicación del antiguo adagio: «El que

1 Sentencia de 23 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 384).
2 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 381, núm. 290.

autoriza no se obliga.» Esta máxima se funda en el motivo sencillísimo de que sin consentimiento no hay obligación. Ahora bien, cierto es que el que autoriza consiente en lo que se obliga la persona autorizada, pero esto no quiere decir que se obliga. Así, pues, el marido que autoriza á su mujer no se obliga. La autorización interviene únicamente para cubrir la incapacidad de la mujer casada; así es que, en general, no puede tener efecto alguno respecto al marido. Esto es elemental é inútil es citar testimonios y autoridades. No obstante, la regla sufre algunas excepciones.

152. Hay excepción cuando los consortes están casados bajo el régimen de la comunidad. El art. 1419 establece: «Los acreedores pueden perseguir el pago de las deudas que la mujer ha contraído con el consentimiento del marido, tanto sobre bienes de la comunidad como sobre los del marido y los de la mujer.» Nosotros diremos en el *contrato de matrimonio* por qué y en qué sentido estas deudas caen sobre la comunidad; por este solo hecho vuélvense deudas del marido, porque es de principio que toda deuda de la comunidad se vuelve deuda del marido, por razón de que los bienes de la comunidad y los del marido no forman más que un patrimonio solo y único. De aquí resulta una consecuencia muy importante. Según los términos del art. 220 la mujer comerciante obliga también á su marido si hay comunidad entre los dos. Consiste la razón en que la mujer no puede comerciar sin autorización marital, por lo que las obligaciones que ella subscribe están contraídas con el consentimiento del marido y, por lo mismo, están á cargo de la comunidad; es decir, del marido.

La excepción que establece el art. 1419 y la aplicación que de ella hace el art. 220 están limitadas por la ley al régimen de comunidad. Están, en efecto, fundadas en la

naturaleza particular de este régimen. Bajo los otros regímenes hay que mantener el principio de que el que autoriza no se obliga. Esto sería así aun cuando la obigación subscripta por la mujer aprovechase al marido, aun cuando se hubiese contraído consultando el interés de éste. Y esto es consecuencia de este principio elemental: que nadie puede obligarse sino por su consentimiento. Sólo hay excepción cuando hay cuasicontrato de gerencia de negocio, pues este caso nada de común tiene con la autorización marital. Así, pues, cuando una obligación no ha sido contraída ni por el marido ni para él y en su nombre el marido no puede ser obligado. La aplicación de estos principios no carece de dificultad. La aplazamos para el título *Del Contrato de Matrimonio*.

¿Quiere esto decir que bajo otros regímenes que no sean el de la comunidad la autorización del marido no tiene efecto alguno á su respecto? La decisión de la cuestión depende de la naturaleza del régimen y de los términos de la autorización dada por el marido. Bajo el régimen de separación de bienes los consortes son completamente extraños, el uno al otro, en lo concerniente á sus intereses; el marido no tiene ningún derecho sobre los bienes de la mujer, y desde luego las obligaciones que ésta contraiga no pueden tener efecto alguno sobre el marido. Supongamos que éste la autorice para enajenar un mueble de que él disfruta: ¿esta enajenación lo privaría de disfrutarlo? Esta es una cuestión de intención y para conocerla hay que conocer los términos de que se ha servido el marido. Si el marido ha autorizado á la mujer para enajenar la propiedad desnuda ni siquiera hay cuestión, pero si la ha autorizado para enajenar el total de la propiedad entonces él renuncia á su usufructo. Esto se decide así por argumento del art. 1555. Insistiremos acerca de este punto en el título *Del Contrato*

de matrimonio. Hagamos notar únicamente que aquí no se trata de una verdadera excepción al principio de que el que autoriza no se obliga. Si el marido pierde el goce de la cosa es porque así lo ha querido. No por esto está obligado por el compromiso que la mujer ha contraído.

153. La autorización judicial ningún efecto tiene respecto al marido, aun cuando los consortes estén casados por el régimen de la comunidad; según los términos del art. 1420 los actos ejecutados por la mujer con autorización de la justicia no comprometen los bienes de la comunidad. No hay más excepción á esta regla sino en los casos previstos por el art. 1427. Volveremos más adelante á insistir en esto.

El art. 1426 no distingue si la justicia ha autorizado á la mujer á denegación del marido ó porque éste es incapaz, y no hay lugar á distinguir. En efecto, según los términos del art. 149 el marido no está obligado sino cuando la mujer ha contraído una deuda con su consentimiento; ahora bien, el marido menor ó incapacitado ciertamente que no puede consentir; así, pues, no está obligado. El artículo 1427 confirma esta doctrina, disponiendo que la mujer no obliga á la comunidad y, por consiguiente al marido, en caso de ausencia sino por excepción á la regla general. La regla es, pues, que en los demás casos en que el marido es incapaz de consentir no esta obligado. Objétanse los art. 1413 y 1417, que sólo preveen el caso de denegación del marido; pero no siendo estas disposiciones más que aplicaciones del principio general asentado por el art. 1426 deben interpretarse en el seotido de la regla y no como una excepción á ésta, excepción que nada justificaría; la ley ha previsto el caso ordinario de denegación, pero sin pretender excluir los casos de incapacidad. Esta es la opinión general. (1)

1 Zachariae, t. III, pfo. 472, p. 342, nota 17. Demolombe, t. III, p. 423, núm. 319.

§ VI. DEL DEFECTO DE AUTORIZACION.

Núm. 1.—De la nulidad.

154. El Código no pronuncia la nulidad de los actos ejecutados por la mujer sin autorización marital en una disposición directa y principal; se limita á decidir en el artículo 225 cuál es el carácter de la nulidad. Esta disposición supone qne hay nulidad; ésta, en efecto, resulta de los términos prohibitivos de que sirve el legislador para establecer la incapacidad de la mujer casada. (1) Queda por saber si la nulidad es absoluta ó relativa. En el antiguo derecho era absoluta hasta el punto de que la misma mujer no podía prevalerse de los actos que había verificado sin autorización, aun cuando le fuesen ventajosos. Justificábase este rigor diciendo que la nulidad se fundaba en el deber de decoro que el matrimonio imponía á la mujer; ésta no debía mezclarse con los hombres ni tratar con ellos sin estar autorizada por su marido. (2) El Código parte de otro principio. Exige la autorización del marido como consecuencia del poder marital y como garantía de los intereses de la mujer y de la familia. Desde entonces el carácter de la nulidad debía cambiar: de absoluta que era se vuelve relativa. Según los términos del art. 225 «la nulidad fundada en el defecto de autorización no puede oponerse sino por la mujer, por el marido ó por los herederos.» Esta disposición no hace más que aplicar el principio general que rige las nulidades: cuando no son absolutas no pueden invocarse sino por aquellos por cuyos intereses se establecen. (3) La mujer puede oponer la nulidad

1 Véase el t. I de estos *Principios*, núm. 61.
2 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Autorización Marital*, secciones I y II.
3 Véase el t. 1 de estos *Principios*.

de matrimonio. Hagamos notar únicamente que aquí no se trata de una verdadera excepción al principio de que el que autoriza no se obliga. Si el marido pierde el goce de la cosa es porque así lo ha querido. No por esto está obligado por el compromiso que la mujer ha contraído.

153. La autorización judicial ningún efecto tiene respecto al marido, aun cuando los consortes estén casados por el régimen de la comunidad; según los términos del art. 1420 los actos ejecutados por la mujer con autorización de la justicia no comprometen los bienes de la comunidad. No hay más excepción á esta regla sino en los casos previstos por el art. 1427. Volveremos más adelante á insistir en esto.

El art. 1426 no distingue si la justicia ha autorizado á la mujer á denegación del marido ó porque éste es incapaz, y no hay lugar á distinguir. En efecto, según los términos del art. 149 el marido no está obligado sino cuando la mujer ha contraído una deuda con su consentimiento; ahora bien, el marido menor ó incapacitado ciertamente que no puede consentir; así, pues, no está obligado. El artículo 1427 confirma esta doctrina, disponiendo que la mujer no obliga á la comunidad y, por consiguiente al marido, en caso de ausencia sino por excepción á la regla general. La regla es, pues, que en los demás casos en que el marido es incapaz de consentir no esta obligado. Objétanse los art. 1413 y 1417, que sólo preveen el caso de denegación del marido; pero no siendo estas disposiciones más que aplicaciones del principio general asentado por el art. 1426 deben interpretarse en el seotido de la regla y no como una excepción á ésta, excepción que nada justificaría; la ley ha previsto el caso ordinario de denegación, pero sin pretender excluir los casos de incapacidad. Esta es la opinión general. (1)

1 Zachariae, t. III, pfo. 472, p. 342, nota 17. Demolombe, t. III, p. 423, núm. 319.

§ VI. DEL DEFECTO DE AUTORIZACION.

Núm. 1.—De la nulidad.

154. El Código no pronuncia la nulidad de los actos ejecutados por la mujer sin autorización marital en una disposición directa y principal; se limita á decidir en el artículo 225 cuál es el carácter de la nulidad. Esta disposición supone qne hay nulidad; ésta, en efecto, resulta de los términos prohibitivos de que sirve el legislador para establecer la incapacidad de la mujer casada. (1) Queda por saber si la nulidad es absoluta ó relativa. En el antiguo derecho era absoluta hasta el punto de que la misma mujer no podía prevalerse de los actos que había verificado sin autorización, aun cuando le fuesen ventajosos. Justificábase este rigor diciendo que la nulidad se fundaba en el deber de decoro que el matrimonio imponía á la mujer; ésta no debía mezclarse con los hombres ni tratar con ellos sin estar autorizada por su marido. (2) El Código parte de otro principio. Exige la autorización del marido como consecuencia del poder marital y como garantía de los intereses de la mujer y de la familia. Desde entonces el carácter de la nulidad debía cambiar: de absoluta que era se vuelve relativa. Según los términos del art. 225 «la nulidad fundada en el defecto de autorización no puede oponerse sino por la mujer, por el marido ó por los herederos.» Esta disposición no hace más que aplicar el principio general que rige las nulidades: cuando no son absolutas no pueden invocarse sino por aquellos por cuyos intereses se establecen. (3) La mujer puede oponer la nulidad

1 Véase el t. I de estos *Principios*, núm. 61.
2 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Autorización Marital*, secciones I y II.
3 Véase el t. 1 de estos *Principios*.

porque es incapaz; el marido porque se ha desconocido su autoridad; los herederos porque la autorización tiene por objeto poner á cubierto los intereses de la familia.

155. Los terceros no pueden, pues, prevalecerse del defecto de autorización, poco importa que sean ó no partes en el contrato. Cuando han contraído con la mujer no autorizada son rechazados por el art. 1125. Y aun cuando no hubiesen contraído obligación no pueden pedir la nulidad por la sencillísima razón de que la nulidad es relativa y que no puede introducirse á favor de ellos. La jurisprudencia es constante en este sentido y debe ser superior á las vacilaciones que existen en la doctrina.

La mujer consiente en una hipoteca sin autorización marital. Hay nulidad; ¿el detentador tercero del inmueble puede oponerla? La Corte de Lyon ha resuelto que no lo podía. (1) Hace la mujer una puja en subasta pública sin estar autorizada para ello; el acto es nulo porque el que puja contrae una obligación, y la mujer no puede obligarse sin autorización. Pregúntase si el adjudicatario ó un tercer adquirente puede invocar la nulidad. Las cortes de Grenoble y de Caen han juzgado que no lo pueden. (2) En vano se ha objetado que como los terceros no ha tratado con la mujer no incurren en falta. (3) La consideración de la falta es extraña á la cuestión. Trátase únicamente de saber si la nulidad es absoluta ó si es relativa; el art. 225 decide que es relativa é indica las personas por cuyo interés se establece y las que, en consecuencia, pueden prevalecerse de ella. Así, pues, otra persona cualquiera no lo puede; lo que excluye á todos los terceros. Cierto es que el art. 1125 no habla más que de las personas que han contratado con la mujer casada; pero ¿qué importa? El artículo 225 es el que asienta el principio, el art. 1125 sólo un objeto tiene y es decir que las personas capaces que tratan con un incapaz no pueden prevalerse de la incapacidad de éste; no dice que los terceros que no han sido partes en el contrato lo pueden; el art. 225 decide que no lo pueden.

1 Sentencia de 27 de Marzo de 1832 (Dalloz, en la palabra *Autorización Marital*, secs. I y II).

2 Sentencia de Grenoble de 11 de Junio de 1825 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 948); de Caen de 9 de Enero de 1849 (Dalloz, 1856, 2, 36).

3 Esta es la opinión de Troplong, *De las Hipotecas*, t. IV, núm. 955.

156. Estos principios se aplican á la mujer que comparece en justicia sin autorización marital. Si la mujer intenta una accion sin que para ello esté autorizada es nula la asignación pero el demandado no puede oponer esta nulidad. ¿Quiere esto decir que el demandado no pueda pedir que la posición de la mujer se regularice? Ciertamente que lo puede porque está en su interés no entrar en un procedimiento frustratorio. ¿De qué le serviría ganar su proceso, supuesto que la mujer podría oponerle la nulidad del juicio? ¿Qué camino debe tomar? El puede ó traer á la causa al marido ú oponer una excepción dilatoria á la mujer. En rigor el demandado no puede ya oponer la nulidad por vía de excepción, tanto como por vía de acción. Prevalece la opinión contraria en la doctrina y en la jurisprudencia. (1) Nosotros no insistimos porque es esta una cuestión de procedimiento.

Si la mujer es la parte demandada la asignación es nula por el solo hecho de que se da contra la mujer sola; en consecuencia, todo el procedimiento, así como la sentencia, son igualmente nulos. Pothier así lo decide y la jurisprudencia está en el mismo sentido (2) Se objeta que

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Autorización Marital*, sección III, pfo 4. Demolombe, t. IV, p. 451 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 949.

2 Pothier, *Del Poder del Marido*, núm. 55 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 860).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

esta jurisdrudencia es dura. (1) Sea, hay que contestar con los jurisconsultos romanos; la ley es dura, pero es la ley. Permitir al juez que invoque la equidad contra la severidad de la ley, es ponerlo por encima del legislador.

157. La nulidad que resulta de la falta de autorización es una nulidad relativa, como todas las nulidades que se fundan en la incapacidad. Según los términos del artículo 1125 "el menor, el incapacitado y la mujer casada no pueden atacar, á causa de su incapacidad, sus compromisos sino en los casos previstos por la ley." Esta disposición está mal redactada; coloca en la misma línea todas las nulidades que resultan de la incapacidad, siendo así que hay considerables diferencias entre el menor, por una parte, y la mujer casada y el incapacitado por la otra.

La cuestión es saber si los actos otorgados por los incapaces son nulos de derecho en el sentido de que basta que el acto lo verifique un incapaz para que deba anularse. Así pasa con el incapacitado, según el art. 502, que dice: "Serán nulos todos los actos en que intervenga un incapacitado después del juicio que lo declara incapaz." Sábese que no sucede lo mismo en los actos en que intervienen menores, á éstos puédese aplicar literalmente el art. 1125; no pueden atacar los actos que ejecutan sino en los actos previstos por la ley, y hay que agregar: para los casos por ella previstos. ¿Débese asimilar á las mujeres casadas con los menores y con los incapacitados. Hay que decir de ellas lo que la ley dice de los incapacitados: los actos en que intervienen sin autorización son nulos de derecho. Ellas pueden atacarlos por solo el hecho de que han sido autorizadas, y el tribunal debería fallar la nulidad. No tienen ellas necesidad de probar que han sufrido lesión. ¿Por que la ley no exige que las mujeres prueben la lesión, así como en general lo exige á los menores? Porque la nulidad se funda en que ha sido desconocido el poder marital: esto nada tiene de común con la lesión. No se necesita decir que en los casos en que la mujer no necesita autorización no puede tratarse de nulidad.

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 495, núm. 352.

Núm. 2.—Quién puede oponer la nulidad.

158. La acción en nulidad pertenece al marido, según el art. 225. En tanto que el matrimonio dure su derecho es incontestable; él puede atacar el acto llevado á cabo por la mujer sin estar autorizada, fundándose en la falta sola de la autorización. El interés del marido es moral en este caso; él venga su autoridad menospreciada por la mujer. Nuestro texto lo expresa: "La nulidad fundada en la *falta de autorización*." ¿Puede también el marido atacar el acto después de la disolución del matrimonio? Ya no puede hacerlo á nombre del poder marital violado, supuesto que ya no hay poder que poner á cubierto. ¿Y puede hacerlo si hay un interés pecuniario? Sí; el art. 225 lo prueba, supuesto que da acción de nulidad á los herederos del marido; con mayor razón el marido debe tenerla; pero como no puede obrar en virtud de un interés moral, y como no hay acción sin interés, hay que decir que deberá fundar su acción en un interés pecuniario. Esto raras veces sucederá, pero puede suceder. La mujer ha renunciado á una sucesión mobiliaria que debía entrar en comunidad; sus coherederos se han apoderado del mobiliario hereditario. En este caso ciertamente que el marido tiene interés en pedir la nulidad de la renuncia: si no lo hizo durante el matrimonio podrá hacerlo después de su disolución. Sus mismos acreedores podrían hacerlo porque el derecho del marido es puramente pecuniario, mientras que ellos no po-

drían obrar durante el matrimonio porque entonces el derecho del marido es puramente moral. (1)

II.—De la mujer.

159. La mujer puede pedir la nulidad fundándose en la falta de autorización. Y lo puede sin que esté obligada á probar lesión. La ley no lo exige, y con razón. No hay que distinguir si se trata de un acto de administración ó de un acto de disposición. Se hace esta distinción para el menor y no para la mujer casada, porque no habría lugar para hacerla. La ley quiere que la mujer esté autorizada para poner á cubierto no sólo sus intereses sino los de toda la familia. Supuesto que la autorización se considera necesaria para proteger á la familia la consecuencia debe ser que por el solo hecho de que la mujer ha obrado sin estar autorizada estos intereses se presumen lesionados. Así, pues, la mujer debe tener derechos á intentar la nulidad por el solo hecho de que no ha sido autorizada.

160. ¿Puede la mujer pedir la nulidad si en el acto no ha declarado que era casada? ¿ó si se ha declarado doncella ó viuda? ¿ó si se han empleado maniobras fraudulentas para hacer creer que no era casada? Nosotros creemos que es fuerza distinguir. Si la mujer figura en una instancia ó en un acto como doncella sin que á este respecto haya hecho ninguna declaración puede intentar nulidad. En este caso no hay duda alguna y todos están de acuerdo. (2) Nada

1 Marcadé, *Curso Elemental*, t. I, p. 567, art. 225, núm. 111. La Corte de Casación ha resuelto que los acreedores pueden tener acción, aun durante el matrimonio, si el marido tiene un interés pecuniario en la anulación (sentencia de 14 de Agosto de 1822, en Dalloz en la palabra *Matrimonio*, núm. 939). Volveremos á la cuestión en el título *De las Obligaciones*.

2 Marcadé, t. I, p. 567, art. 225, núm. 11. Sentencia de la Corte de Casación de 15 de Noviembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 959, 3°).

más que el silencio puede echarse en cara á la mujer, pues no es á ella á quien corresponde dar á conocer su condición sino que al que con ella trata toca informarse sobre este punto. La cuestión se hace más dudosa cuando la mujer se ha declarado doncella ó viuda. Si no ha puesto en juego procedimientos fraudulentos hay que aplicar por analogía el art. 1307 que dice: "La simple declaración de mayoría hecha por el menor no es obstáculo para su restitución." ¿Por qué permite la ley que el menor intente la nulidad aunque se haya declarado mayor? Si la simple declaración de mayoría fuese bastante para hacer válido el acto verificado por un menor la protección que la ley ha querido asegurarle sería ilusoria las más de las veces; la declaración de mayoría vendría á ser de estilo y el menor se quedaría sin garantía. Estos motivos se aplican también á la mujer casada. (1) Hay, pues, que decir con el adagio: que ahí en donde hay la misma razón para decidir debe haber la misma decisión. ¿Los terceros dirán que han sido engañados? Esta consideración no ha detenido al legislador cuando se trata de los menores, y no debe detenernos cuando se trata de la mujer casada. Corresponde á los terceros informarse, y nada tan fácil como esto, supuesto que los requisitos del estado civil son públicos. El principio está admitido generalmente por la doctrina y por la jurisprudencia. Marcadé objeta que hay una diferenciaentre el menor y la mujer casada: que se puede, al aspecto solo de la figura de un menor, adivinar ó conjeturar su edad, mientras que en la cara de una mujer de treinta años no puede leerse si es casada, viuda ó doncella. ¡Argumento singular! ¿Qué tendría que resolverse si la mujer tuviese veintiún años? No es la figura la que deben consultar los terceros sino las actas del estado civil.

1 Pothier, *Tratado del Poder del Marido*, núm. 54.

La jurisprudencia está en general en este sentido. (1) Existe, sin embargo, una sentencia contraria de la Corte de Casación. Esta ha juzgado que si la mujer se dice autorizada por su marido en un acto de apelación, y si con el mismo título aparece en las calidades de la sentencia, no puede intentar la nulidad; la Corte se funda en la autenticidad de los actos en los cuales la mujer se ha dicho autorizada; estos actos, dice, hacen fe en justicia hasta inscripción de falso. (2) Hay aquí una singular confusión de ideas. ¿Qué es lo que se prueba hasta la inscripción en falso por el acto en que la mujer se declara autorizada? Es el hecho material de que la mujer ha hecho esa declaración; pero no prueba que la tal declaración sea verdadera, ni prueba que la mujer esté realmente autorizada. Si no lo ha estado puede ella pedir la nulidad sin que se pueda oponerle la declaración falsa que se ha hecho.

161. Queda en pie la última hipótesis. La mujer ha empleado manejos fraudulentos, ha producido una acta de defunción falsa para hacer creer que es viuda. ¿Puede en este caso intentar la nulidad? Es cierto que ella es responsable de su dolo y que puede reparar el daño que originó. La dificultad estriba en saber en qué consistirá esta reparación. La opinión que á nuestro juicio es la más general y la más jurídica es que en este caso el acto queda válido y que la mujer no puede dedir la nulidad. Así se decide por analogía del art. 1310 que dice: «No es restituible el menor contra las obligaciones que resultan de su delito ó cuasidelito.» De aquí resulta que el menor no puede pedir la nulidad de los actos en los cuales ha empleado manejos fraudulentos para engañar á terceros por-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 359, y sentencia de Dijón de 1° de Junio de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 230).

2 Sentencia de 24 de Febrero de 1820 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 959, p. 445).

que este hecho es más que un cuasidelito, es un delito civil y á veces un delito criminal. Aquí la analogía entre el menor y la mujer casada es completa; hay, pues, que admitir la misma decisión. Zachariae objeta el art. 216, en cuyos términos la autorización del marido no es necesaria cuando la mujer es perseguida en materia criminal. La respuesta á la objeción es muy fácil; la mujer no está perseguida criminalmente, trátase de intereses puramente civiles; síguese de aquí que la obligación que ella contrae es nula, sólo que la mujer no puede pedir su nulidad á causa de su delito. Tal es la común opinión (1) que se funda en la razón tanto como en los textos. La parte engañada tiene derecho á una reparación; lo más natural es mantener en su provecho el acto nulo, permitiéndole que oponga la excepción de nulidad á la mujer que invocaría la falta de autorización.

Pueden los terceros ser inducidos á error sin que haya nada por parte de la mujer. Pothier supone que una mujer no vive con su marido; se ignora su matrimonio en el lugar de su residencia, pasa en el público por soltera. ¿Si ella contrata sin autorización marital podrá pedir la nulidad? Pothier decide que ella estará valederamente obligada. Como casi no era posible, dice él, en este caso á las personas que han contratado con esa mujer informarse si era casada no puede imputárseles que no lo hayan hecho. Aquí viene al caso aplicar la máxima vieja de que el error común constituye derecho. (2) Esta opinión es la que generalmente se acepta y la que está consignada por la jurisprudencia. (3) Sin duda que está fundada en la equidad;

1 Véanse los autores y las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 960.

2 Pothier, *Tratado del Poder del Marido*, núm. 54.

3 Demolombe, t. IV, p. 129, núm. 332. Sentencia de Agén de 18 de Noviembre de 1822 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm 385).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

¿pero puede el intérprete admitir una excepción fundada en la equidad cuando dicha excepción se desvía de un texto de la ley? Pothier podía hacerlo, y muy á menudo le acontece decidir por equidad; pero Pothier no estaba atado por un Código; en cierto sentido estábale, pues, permitido hacer el derecho. No sucede lo mismo bajo el imperio de nuestra legislación, como ya lo hemos hecho notar. (1) Hay que hacer á un lado la equidad y consultar los principios. La máxima de que el error común viene á constituir derecho es falsa, porque el error jamás puede dar un derecho. Pero hay que ver quién ha producido este error. ¿Si es la mujer no puede decirse que se ha hecho culpable de un cuasidelito? Para que exista el cuasidelito basta con que se cause un daño por negligencia ó por imprudencia. La mujer, así como el menor, no es restituible contra sus cuasidelitos (art. 1010). En este sentido nosotros admitimos que no pueda pedir la nulidad de los compromisos que ha contraído cuando por causa de ella los terceros han ignorado su matrimonio. Con mayor razón sería así si los esposos hubiesen mantenido en secreto su matrimonio. (2)

162. El art. 1312 modifica los principios que acabamos de exponer en el sentido de que si la mujer ha obtenido la anulación de un acto otorgado sin autorización está obligada á reembolsar lo que hubiese recibido en virtud de ese compromiso, á prueba rendida por el acreedor de que lo que se ha pagado ha sido en provecho de ella. Esta disposición es común á todos los incapaces y se funda en la máxima de equidad de que nadie puede enriquecerse á expensas de otro. La aplicación presenta alguna dificultad. La mujer pide prestada una suma de diez mil francos; supongamos

1 Véase el tomo I de estos *Principios*.
2 Sentencia de la Corte de Casación de 10 de Septiembre de 1808 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 962, 1°) Compárese Mourlón, *Repeticiones*, t. I, p. 403.

que el préstamo le ha aprovechado. ¿Resultaría de aquí que no podrá pedir la nulidad del préstamo? La jurisprudencia parece decidir que el acto sin autorización es válido cuando ha aprovechado á la mujer (1) y considera el artículo 1312 como una excepción á la regla establecida por el art. 217. (2) Esto no es enteramente exacto. El art. 1312 supone, al contrario, que la mujer ha sido admitida á hacerse restituir contra el compromiso que contrajo sin estar autorizada. Surge entonces la cuestión de saber si debe ella reembolsar lo que ha recibido; el Código decide que no está obligada al reembolso, á menos que no se pruebe que lo que se ha pagado le ha sido provechoso. El acto, pues, es anulado aun cuando haya aprovechado á la mujer. Sólo que hay que agregar que no tiene ella interés alguno en pedir la nulidad si el acto le ha aprovechado por la totalidad porque, en este caso, debería restituir esta totalidad.

163. ¿Los acreedores de la mujer pueden oponerse á la nulidad? La afirmativa no nos parece dudosa; está enseñada por todos los autores, con excepción de Toullier. (3) Esta es una aplicación de la regla establecida por el art. 1166. Los acreedores pueden ejercitar todos los derechos de su deudor, con excepción de aquellos que están exclusivamente afectos á la persona. Ahora bien, el derecho de la mujer para pedir la nulidad es un derecho puramente pecuniario, por lo que entra en la regla y no en la excepión. Se objetan los términos restrictivos del art. 225: «La nulidad no puede oponerse sino por la mujer, por el marido ó por los herederos de ambos.» Este argumento, que ha dominado á algunas cortes, (4) carece de valor. Si el legislador se ha

1 Sentencia de la Corte de Casación de 12 de Mayo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 942.)
2 Sentencia de la Corte de Casación de 24 de Enero de 1855, 1, 95.
3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 939.
4 Sentencia de Bruselas de 30 de Enero de 1808, de Angers de 1°

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

expresado en estos términos restrictivos es porque quería derogar el antiguo derecho que consideraba la nulidad resultante de la falta de autorización como una nulidad absoluta de interés general y permitía, en consecuencia, á toda persona interesada el oponerse; el Código hace de ella una nulidad relativa; esto es todo lo que el art. 225 quiere decir. (1)

III.—Los herederos.

164. El art. 225 dice que los herederos del marido y de la mujer pueden oponer la nulidad. Ninguna dificultad hay respecto á los herederos de la mujer, y hasta sería inútil darles este derecho por medio de un texto de ley porque sin decirlo se sabe ya que los derechos pecuniarios de la mujer pasan á sus herederos. En cuanto á los derechos del marido Demante dice que es inoportuno que la ley los comprenda entre las personas que puedan pedir la nulidad. (2) Cierto es que ellos no pueden invocar un derecho moral porque ya no hay matrimonio y, por consiguiente, tampoco poder marital. ¿Pueden ellos invocar un derecho pecuniario? Preténdese que el mismo marido no tendrá interés: así, pues, sus herederos no pueden tenerlo. Hemos citado, siguiendo á Marcadé, el caso en que la mujer renuncia á una sucesión mobiliaria. Objétase contra esta hipótesis que el marido que tiene derecho á aceptarla ó á repudiarla y que, por lo mismo, la renuncia de la mujer es nula haciendo abstracción de la falta de autorización. (3)

de Agosto de 1810, y de Grenoble de 2 de Agosto de 1827 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 939.

1 Véase, en este sentido, un juicio fuertemente motivado del Tribunal de Gante, confirmado por sentencia de la Corte de Gante de 6 de Agosto de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 54).

2 Demante, *Curso Analítico*, t. I, p. 439, núm. 308 *bis* 1.

3 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 435, núm. 341.

Nosotros examinamos la cuestión en el título del *Contrato de Matrimonio*. De todos modos, siempre es cierto que el marido puede pedir la nulidad de la renuncia fundándose en la falta de autorización, y, en consecuencia, sus herederos también lo pueden.

Núm. 3.—De la confirmación.

165. La nulidad que resulta de la falta de autorización, puede cubrirse por la confirmación, como toda nulidad. Esto es la aplicación del principio general establecido por el art. 1,338. Respecto á la mujer, ninguna dificultad se presenta: puede confirmar el acto que ha ejecutado sin estar autorizada para ello, sea durante el matrimonio, sea después de su disolución. Si ella confirma durante el matrimonio, necesita la autorización marital; en este caso, el acto se hace plenamente valedero respecto al marido, como respecto á la mujer, y en consecuencia, respecto á los herederos de ambos. Si la mujer confirma después de la disolución del matrimonio, la confirmación tiene valor respecto á ella y á sus herederos; pero no priva al marido del derecho que tenía para pedir la nulidad. Bien puede la mujer renunciar al derecho que le corresponde, pero no puede renunciar al derecho que corresponde al marido ó á sus herederos.

166. El marido puede también confirmar el acto que la mujer ha llevado á cabo sin la autorización. ¿Tendrá esta confirmación por objeto hacer válido el acto respectivo á la mujer? La cuestión está en tela de juicio. Hay desde luego que distinguir si el marido ha confirmado durante el matrimonio ó después de su disolución. Si la confirmación tuvo lugar durante el matrimonio, hace válido el acto, aun respecto á la mujer. En el derecho antiguo, esto se admitía sin disputa en cuanto al principio. Parécenos, en efecto,

que el principio es incontestable. ¿Por qué se exige la autorización? Para cubrir la incapacidad de la mujer. Es un consentimiento dado al acto que la mujer quiere otorgar; ahora bien, la confirmación equivale al consentimiento, en el sentido en que desvanece el vicio que deriva de la falta de consentimiento.

El código aplica este principio en el art. 183. La mujer menor de edad contrae matrimonio sin el consentimiento de sus padres. De aquí resulta una acción de nulidad. Pero si los ascendientes confirman el matrimonio, la mujer no puede ya pedir la nulidad. Hay una pequeña analogía entre este caso y aquel en que la mujer ejecuta un acto sin autorización marital. En ambos casos, trátase de un incapaz, que puede solicitar la nulidad fundado en su incapacidad; en ambos, la nulidad se cubre por el consentimiento de aquel cuya autoridad ha sido menospreciada. Desde el momento en que interviene el consentimiento, la mujer cesa de ser incapaz, y así es que no puede invocar su incapacidad para promover una acción de nulidad. (1)

Objétase que es nulo el acto ejecutado por la mujer sin autorización; que de aquí resulta para la mujer el derecho de provocar la nulidad, y que este derecho no puede arrebatárselo el marido. La respuesta se halla en el art. 103; la mujer que se casa sin el consentimiento de sus ascendientes, tiene también la acción de nulidad, lo que no impide que la confirmación de los ascendientes la prive de ese derecho. Hay una razón muy sencilla para esto. ¿Por qué en uno y otro caso tiene la mujer derecho para promover la nulidad? Lo tiene por la falta de consentimiento de aquel que está llamado á cubrir su incapacidad; si este vicio queda borrado por un consentimiento posterior, la mujer por el mismo hecho cesa de ser incapaz, y ya no tiene derecho alguno que ejecutar.

1 Esta es la opinión de Zachariæ, t, III, pág. 344-446, pfo. 472, y de los autores citados en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, número 857, pág. 415.

Merlin invoca la discusión del Consejo de Estado. Lo que prueba lo poco convincente que es la discusión, es que Marcadé se prevale de ella en favor de la opinión que nosotros sostenemos. El proyecto que fué sometido al Consejo, contenía, después del art. 217, unas líneas que decían: "El consentimiento del marido, aunque posterior al acto, es suficiente para hacerlo válido." Esta disposición se confirmó: así, pues, dice Merlin, la confirmación del marido no hace válido el acto respecto á la mujer. (1) Esto es razonar mal, dice Marcadé. El Consejo de Estado, adoptó, por el contrario, la disposición del proyecto. El Consejo de legislación fué quien la suprimió después de una remisión pronunciada por el Consejo. ¿Por qué? Se ignora. (2) Hay otra contestación que puede darse á Merlin. La disposición del proyecto no concierne á la confirmación: establecía como principio que la autorización podía darse con posterioridad al acto. Este principio es el que ha sido rechazado: en cuanto á la confirmación, no se trataba de ella en el proyecto, así es que no puede darse que el Consejo la haya rechazado. Que no se diga, pues, que esto es una disputa de palabras, las condiciones de confirmación son más rigurosas que las de la autorización; la confirmación ofrece, pues, mayor garantía.

La jurisprudencia es contraria; pero los fallos poco valor doctrinal tienen en esta materia, porque la mayor parte de

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *autorización marital*, sec. IV pfo. III, núm. 2 y pfo IV.
2 Marcadé, *curso elemental*, t. I, p. 565, art. 325, núm. I.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ellos no discuten la cuestión; limítanse á invocar el art. 217, que exige que la autorización se dé antes del acto, ó á más tardar, durante el acto; de donde concluyen que la autorización no puede ser posterior. (1) Esto es evidente, pero no es esa la cuestión. Se trata de saber si el marido puede confirmar; esta confirmación está decidida, no por el art. 217, sino por el art, 1,338.

No hay más que una objecion seria contra la opinión que estamos sosteniendo. Si el marido puede confirmar, se dice, la confirmación puede ser también tácita; ahora bien, es tácita en el caso del art. 1,304; es decir, cuando han pasado diez años sin que el marido haya intentado la acción; ásí, pues, si esos diez años han transcurrido durante el matrimonio, la mujer no tendrá acción; sin embargo, el art. 1,304 le da este derecho durante diez años, contados desde la disolución del matrimonio. (2) El argumento es especioso y lo desechamos porque prueba demasiado. El implica que la mujer tiene un derecho absoluto de interponer su acción durante diez años contados desde la disolución del matrimonio. El art. 1,304 no dice eso únicamente; arregla el punto de partida de la prescripción en lo que concierne á la mujer. La prescripción supone que hay todavía un derecho que ejercitar. Ahora bien, si el marido ha confirmado el acto, sea expresa ó tácitamente, ya no hay derecho, ya no hay acción de nulidad; y desde entonces ya no puede tratarse de prescripción.

1 Sentencias de Grenoble de 26 de Julio de 1828, Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm 857 1°; de Rouen, 18 de Noviembre de 1865 y de la corte de casación del 12 de Febrero de 1828, Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm, 1971 p. 444; de la corte de casación, 22 de Marzo de 1831, Dalloz, en la palabra *matrimonio*, número 858, y de 26 de Junio de 1839, Dalloz, en la palabra *Competencia comercial*, núm. 225; de Paris, 23 de Febrero de 1849, Dalloz, 1849, 2, 135; de Bruselas, 1° de Junio de 1857 *Pasicrisia*, 1857, 2, 272.

2 Valette sobre Proudhon, t. I, pág. 467, nota. Demolombe, t. IV, p. 251, núm. 211.

167. Se pregunta si el marido puede todavía confirmar después que la mujer ha intentado la acción de nulidad. La negativa no permite duda alguna. Confirmar es aprobar lo que la mujer ha hecho, es, pues, consentir en unión de la mujer. Esto supone que el consentimiento de la mujer subsiste. Si ella ha revocado su consentimiento, es imposible que el marido apruebe lo que la mujer no quiere hacer. El marido no puede imponer un acto que la mujer no apetece. Así, pues, si la mujer ha retractado su consentimiento, no importa de qué manera, ya no puede haber confirmación. (1) Cuando la mujer ha revocado su consentimiento promoviendo una acción de nulidad con autorización judicial, hay además otra razón para decidir, y es que la mujer ha usado de un derecho; su acción es regular, y por lo tanto válida. (2)

168. La confirmación del marido tiene un efecto retroactivo, como toda confirmación. En el derecho antiguo, decidíase que la confirmación no tenía efecto sino desde el dia en que se otorgaba. Se consideraba el acto verificado por la mujer sin autorización, como absolutamente nulo, como inexistente á los ojos de la ley; y lo que no existe no puede confirmarse. No se admite la confirmación sino como una nueva autorizacion, y por lo mismo no podia tener valor sino en el porvenir. (3) Tal teoria no es la del código. El acto ejecutado por la mujer solamente se vicia por falta de autorización; la confirmación equivale á autorización, y desde entonces el acto se torna perfectamente válido.

169. ¿Puede, además, el marido confirmar el acto después de la disolución del matrimonio? Ciertamente que puede renunciar á la acción de nulidad que le pertenece; pero esta confirmación no tiene efecto respecto á la mujer

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 467.
2 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 315, nota 85.
3 Pothier, *Tratado de la potestad del marido*, núm. 74.

ración de cuerpo, y esta institución, dice Napoleón, modifica el matrimonio, supuesto que hace cesar su principal efecto, la vida común. (1) ¿No se debe, pues, ir más lejos y permitirá los esposos romper una unión que no es más que un remedo de matrimonio?

172. A decir verdad, el divorcio no rompe el matrimonio, no hace más que hacer constar la ruptura. El matrimonio es la unión de las almas. ¿Daríase el nombre de matrimonio á la coexistencia forzada de dos séres, que, en vez de amarse, se odian, que lejos de ayudarse mutuamente en el rudo trabajo del perfeccionamiento moral, en cierto modo se ayudan para desmoralizarse, sirviendo los excesos del uno de provocación y de excusa para los excesos del otro, ¿de manera que el matrimonio instituido para moralizar á los esposos, se convierte en una escuela de inmoralidad? ¿Cuando el objeto del matrimonio no puede cumplirse, cuando se vuelve un obstáculo para el desarrollo moral, no es preferible ponerle un término? En vano se dice que el divorcio viola la santidad del matrimonio. Lo que hace santo el matrimonio, dice Berenger, es el efecto que une á los dos esposos; cuando el efecto cede el sitio al aborrecimiento, cuando el hogar doméstico se mancha con el crimen, ¿puede seguirse diciendo que el divorcio vulnera la santidad de la unión conyugal? (2)

173. Se deploran los males que el divorcio produce, y hasta se llega á decir que en su esencia es un mal. Nosotros no podemos con el orador del gobierno, que el divorcio es eternidad del medio de un mal; si es un remedio necesario no es uno; dícense róe señalarse como esencialmente malo. (3)

1 Villegnet, "del consejo de Estado del 16 vendimiario, año X, número 2 Portalis, discurso (82).
t. I, p. 168). el consejo de Estado de 16 vendimiario, año
p. 485).
de motivos, núm. 7 (Locré, t. II, p. 564)

Es fuerza ir más lejos, y decir que el divorcio es un derecho cuya moralidad se pone falsamente en duda. No negamos que pueda servir para legitimar culpables pasiones. Pero esto es el abuso del derecho, y no el derecho. ¿Acaso no se puede abusar del matrimonio y de las cosas más santas? Precisamente porque el matrimonio es la más santa de las instituciones es por lo que debe permitirse el divorcio. El cristianismo considera sobre todo, el matrimonio como una garantía para las buenas costumbres; pone la virginidad en grado más alto que el matrimonio. No es este el sentimiento de la moderna humanidad. Nosotros vemos en el matrimonio, la unión de dos séres que se completan el uno con el otro; es una escuela natural de perfeccionamiento intelectual y moral. Si el perfeccionamiento es el objeto de nuestra existencia, tenemos por ello mismo derecho á todos los medios que nos ayuden á alcanzar este fin. Esto equivale á decir que el hombre tiene un derecho absoluto al matrimonio, absoluto en el sentido en que el legislador no debe hacerlo imposible. Debe, pues, permitir al que está ligado por los vínculos de una unión que los desmoraliza, romperlos, para que pueda contraer una nueva que responda mejor al fin del matrimonio. Esta es la gran ventaja que el divorcio lleva la separación de cuerpo.

174. Treillhard dice que la única y verdadera cuestión es si el divorcio debe preferirse á la separación de cuerpo. (1) Nadie pone en duda que el legislador tiene el derecho de poner término á la vida común de dos esposos, cuando su unión no es más que un manantial de desórdenes. Solo hay disentimiento respecto á los efectos que conviene derivar de la separación. ¿Hay que permitir á los esposos que rompan definitivamente los vínculos que los

1 Exposición de motivos, núms. 7 y siguientes (Locré, t. II, páginas 564 y siguientes).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

unen? El divorcio es lo que disuelve el matrimonio. ¿O basta con dar á los esposos el derecho de vivir separadamente? La separación de cuerpo es lo que mantiene el vínculo del matrimonio. ¿Es ésta una ventaja, que la simple separacion tiene sobre el divorcio? Treillhard dice muy bien que la separación de cuerpo solo mantiene el matrimonio en apariencia. ¿Qué otra cosa, en efecto, es el matrimonio sino la vida común? Pues bien, la separación quebranta esta comunidad de existencia, tanto como el divorcio. En realidad el marido ya no tiene mujer, ni la mujer tiene ya marido. ¿Qué importa que el vínculo subsista, cuando este vínculo no produce ya ningún efecto? El vínculo es una pura ficción. ¿Esta ficción produce para los esposos, para los hijos, para la sociedad, los beneficios que constituyen la santidad del matrimonio.

Los esposos quedan condenados al celibato forzado; es decir, que se les coloca en un estado en que la inmoralidad es casi fatal. Lo más frecuentemente, el adulterio de uno de los esposos, á veces el de los dos, es lo que hace pronunciar la separación de cuerpo, ¿y porque los esposos quedan separados van acaso á renunciar á sus relaciones culpables? El esposo inocente sufrirá por los desórdenes de su cónyuge, porque continúa llevando su nombre, porque es su marido ó su mujer quien lo cubre de deshonra. ¿Es ese el objeto del matrimonio? ¿así es como los esposos se perfeccionan, es así como cumplirán su destino?

Se compadecen, y con razón, los infortunados hijos cuyos padres están divorciados. ¿Serán acaso menos desgraciados si sus padres están separados de cuerpo? Ya para ellos no hay familia. Qué digo, la madre los enseña á detestar al padre; y el padre señalará á la madre al odio de aquellos á quienes ha dado á luz. La afrenta de los desórdenes á que los padres se entreguen refluirá sobre los hijos.

Ese mal, es, pues, para ellos el mismo; su condición no se empeora por el divorcio; lo que constituye su desgracia no es la ruptura legal del matrimonio, es la discordia, el odio, el crímen de que son testigos y víctimas. También para ellos, el mayor remedio es el más radical.

Si el divorcio responde mejor que la separación de cuerpo al derecho y al interés de los esposos, debe decirse que la sociedad está interesada en que se disuelva el matrimonio. El matrimonio es el fundamento de la sociedad, y ¿hay todavía matrimonio cuando los esposos, llevando el nombre de tales, viven separados? El legislador favorece el matrimonio como condición de la propagación de la especie humana. ¿Y la separación de cuerpo llena este objeto? Si engendra hijos, éstos serán adulterinos. ¿No es preferible que el divorcio permita que los esposos constituyan una familia legítima?

En definitiva, la separación de cuerpo es un sacrificio que se hace á una creencia religiosa. Respetamos esta creencia, porque nuestra fe, la más grata, es también la perpetuidad del vínculo conyugal. Pero disputamos al legislador el derecho de elevar una creencia religiosa á la altura de una ley, es decir de expedir un dogma obligatorio para todos los ciudadanos. A nuestro juicio, la indisolubilidad del matrimonio es del resorte de la conciencia; toca el progreso de las costumbres realizar ese ideal hasta donde es posible á los hombres alcanzar la perfección. El legislador debe tomar á los hombres tales como son, débiles é imperfectos; que se cuide de querer imponerles una perfección absoluta. Le recordaremos la experiencia hecha en el seno de la Iglesia. El monarquismo tenía la ambición de transformar á los hombres en ángeles. ¿Y que fué lo que sucedió? ¡Los ángeles de pureza se convirtieron en demonios de impureza!

§ II. *El divorcio y las creencias religiosas*

175. Cuando el proyecto de código civil se comunicó á los tribunales, hubo algunos que lo rechazaron por ser contrario á la libertad de cultos. Portalis contesta á esta singular objeción diciendo que, al contrario, la libertad de cultos hace indispensable el divorcio. ¿En efecto, no hay cultos que lo admiten? ¿Y por este hecho, no debe dejarse á los que los profesan la libertad de divorciarse? (1) Nosotros creemos que la cuestión está mal planteada. El mismo Portalis la planteó más ampliamente en el seno del consejo de Estado. (2) Se trata de saber si las creencias religiosas limitan en esta materia la acción del legislador. En el antiguo régimen, el legislador laico no admitía el divorcio porque la Iglesia lo rechazaba. Y es que en aquella época la Iglesia y el Estado estaban estrechamente unidos, hasta el punto de que las leyes eclesiásticas se consideraban como leyes del Estado. La unión de la Iglesia y el Estado, fuente de intolerancia y principio de persecución, quedó rota por la revolución; el Estado fué secularizado, la libertad religiosa fué proclamada por la Asamblea constituyente. Desde ese momento, las diversas creencias quedaron extrañas á la legislación. ¿Qué importa, pues, que la religión católica prescriba el divorcio? ¿Y qué, que los cristianos protestantes lo admiran? El legislador que estuviese convencido de que el divorcio es contrario á la esencia del matrimonio, contrario á la moralidad pública, tendría derecho á prohibirlo, aun cuando la mayor parte de los cultos lo consagrasen. Hay cultos que profesan y practican la poligamia. ¿Quiere decir esto que el legislador no pueda

1 Portalis, discurso preliminar, núm. 50 (Locré, t. I, p. 168).
2 Sesión del consejo de Estado del 14 vendimiario, año X, número 5 (Locré, t. II, p. 465).

castigarla como un atentado al orden social? Si la ley civil puede rechazar el divorcio aunque lo legitimen las creencias religiosas, puede, por la misma razón, admitirlo aunque otra creencia lo condene. Esta es una evidente consecuencia del principio de secularización que domina nuestro orden político desde 1789. Esto no quiere decir que el legislador no pueda y aun no deba tener en cuenta las opiniones religiosas de los ciudadanos, pero esta es una cuestión de prudencia política, mientras que aquí estamos discutiendo una cuestión de derecho.

176. Parece que Portalis no acepta el divorcio sino por respeto á la libertad religiosa. "El verdadero motivo, dice, que obliga á las leyes civiles á admitir el divorcio, es la libertad de cultos. Hay cultos que autorizan el divorcio, y otros que lo prohiben; la ley debe, pues, permitirlo, á fin de que puedan usarlo aquellos cuyas creencias lo autorizan." No, no es este el verdadero motivo. Portalis aduce una razón mejor cuando dice que las causas del divorcio son infracciones manifiestas al contrato. Esta es la fórmula jurídica de las ideas que acabamos de enunciar. El legislador no puede decir que el matrimonio es la unión de las almas, y que hay lugar á romperlo cuando la unión se torna en discordia. Este lenguaje es de la moral, pero no el de las leyes. La unidad de sentimientos que constituye la esencia del matrimonio, se manifiesta por deberes que el legislador ha consagrado y que por esto han venido á ser obligaciones jurídicas. Según los términos del art. 212, los casados se deben mútuamente fidelidad, auxilio, asistencia. El art. 213 agrega que el marido debe protección á su mujer, y ésta obediencia al marido. Y el art. 214 establece que la mujer está obligada á habitar con el marido; por su parte, el marido está obligado á recibirla Hé aquí la misión traducida en obligaciones jurídicas. Si uno

de los esposos infringe estas disposiciones, la unión queda turbada y ya no alcanza el objeto para el cual se contrajo; se vuelve, por el contrario, un obstáculo que impide á los esposos cumplir con su destino, y desde entonces el esposo lesionado debe tener derecho para pedir la disolución del matrimonio. ¿Qué cosa es, pues, el divorcio? Es la ruptura legal del matrimonio, pero esta ruptura legal no hace otra cosa que patentizar la ruptura moral: ésta es el verdadero fundamento del divorcio.

Si aprobamos el divorcio no por esto queremos justificar todas las disposiciones del código Napoleón relativas á esta materia. Hacemos nuestras reservas en lo que concierne al divorcio por consentimiento mútuo, y el divorcio que puede ser la consecuencia de la separación de cuerpo. Estas reservas, como debe entenderse, se dirigen al legislador. El intérprete dobe aceptar la ley tal como es, y explicarla según el espíritu que inspiró á sus autores.

CAPITULO II.

DE LAS CAUSAS DEL DIVORCIO.

Sección I.—Principios generales.

177. El divorcio tiene lugar por causas determinadas y por consentimiento mútuo. Entiéndese por causas determinadas, hechos que constituyen una infracción grave á las obligaciones que nacen del matrimonio. Esas son: el adulterio, los excesos, sevicias é injurias graves, la condena á una pena infame. A este primer caso de divorcio puede referirse el que es consecuencia de la separación de cuerpo (art. 310), porque la separación de cuerpo no puede pronunciarse sino por las causas determinadas que autorizan el divorcio (arts. 306, 229 y 232).

El divorcio tiene también lugar por consentimiento mutuo. Esta expresión no traduce el pensamiento del legislador. No ha querido dar á entender que se autorizaba la disolución del matrimonio por consentimiento contrario al que lo formó. Esto pasa asi en los contratos ordinarios que se refieren á negocios de dinero y en los que las partes solas están interesadas. El matrimonio, aun cuando se forma por el concurso de consentimiento, difiere esencialmente de los contratos pecuniarios; es el fundamento de la sociedad,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de los esposos infringe estas disposiciones, la unión queda turbada y ya no alcanza el objeto para el cual se contrajo; se vuelve, por el contrario, un obstáculo que impide á los esposos cumplir con su destino, y desde entonces el esposo lesionado debe tener derecho para pedir la disolución del matrimonio. ¿Qué cosa es, pues, el divorcio? Es la ruptura legal del matrimonio, pero esta ruptura legal no hace otra cosa que patentizar la ruptura moral: ésta es el verdadero fundamento del divorcio.

Si aprobamos el divorcio no por esto queremos justificar todas las disposiciones del código Napoleón relativas á esta materia. Hacemos nuestras reservas en lo que concierne al divorcio por consentimiento mútuo, y el divorcio que puede ser la consecuencia de la separación de cuerpo. Estas reservas, como debe entenderse, se dirigen al legislador. El intérprete dobe aceptar la ley tal como es, y explicarla según el espíritu que inspiró á sus autores.

CAPITULO II.

DE LAS CAUSAS DEL DIVORCIO.

Sección I.—Principios generales.

177. El divorcio tiene lugar por causas determinadas y por consentimiento mútuo. Entiéndese por causas determinadas, hechos que constituyen una infracción grave á las obligaciones que nacen del matrimonio. Esas son: el adulterio, los excesos, sevicias é injurias graves, la condena á una pena infame. A este primer caso de divorcio puede referirse el que es consecuencia de la separación de cuerpo (art. 310), porque la separación de cuerpo no puede pronunciarse sino por las causas determinadas que autorizan el divorcio (arts. 306, 229 y 232).

El divorcio tiene también lugar por consentimiento mutuo. Esta expresión no traduce el pensamiento del legislador. No ha querido dar á entender que se autorizaba la disolución del matrimonio por consentimiento contrario al que lo formó. Esto pasa asi en los contratos ordinarios que se refieren á negocios de dinero y en los que las partes solas están interesadas. El matrimonio, aun cuando se forma por el concurso de consentimiento, difiere esencialmente de los contratos pecuniarios; es el fundamento de la sociedad,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y base muy deleznable sería la que estuviese á merced de las volubles pasiones del hombre. Síguese de aquí que es imposible admitir que la voluntad sola de los esposos disuelva el matrimonio; pueden ellos muy bien estipular en lo relativo á su propio interés, pero no les está permitido renunciar á lo que es de interés social. (1) Si la ley admite el divorcio por consentimiento mútuo, es para que los esposos no se vean obligados á deshonrar á su familia, revelando hechos que puedan ocasionar condenas criminales contra el cónyuge culpable. El legislador ha organizado las condiciones y el procedimiento de manera que se pruebe suficientemente que existe una causa perentoria de divorcio (art. 233).

178. No es necesario decir que no puede haber causa de divorcio fuera de los casos previstos por la ley, y es también de toda evidencia que estos casos son de estricta interpretación. La indisolubilidad del matrimonio es la regla; con pena y forzado por la debilidad humana, el legislador admite excepciones. La corte de Colmar ha hecho una singular aplicación de este principio. Un esposo pidió el divorcio por causa de injuria grave; el juez lo admitió haciendo resultar la injuria grave del adulterio. La corte reformó este fallo, declarando que no habia lugar para pronunciar el divorcio, porque la injuria grave es una causa distinta de la que se funda en el adulterio, de donde concluyó que el adulterio no podía considerarse como una injuria grave. (2) Los traductores de Zachariæ dicen que esta decisión no debe seguirse, al menos en materia de separación de cuerpo, en la que los tribunales pueden manifestarse menos formalistas porque las consecuencias son menos graves. (1) Nos parece que mucho menos debe seguírsela en materia de divorcio. Sin duda que los efectos del divorcio son más considerables. ¿Pero qué importa? No por esto el esposo lesionado deja de tener derecho para pedir el divorcio; y todo derecho está bajo la salvaguardia de la ley y de la justicia. ¿Ahora bien, qué sucedería si se interpretase el código en el espíritu formalista que ha dictado la sentencia de Colmar? Volveríase á los buenos tiempos de la chicana, en que la falta de una coma hacía que se perdiese un pleito. ¡Cómo! ¡hé ahí un esposo que prueba el adulterio de su cónyuge, y le rehusais el divorcio porque llamó al adulterio una injuria grave! ¿No se diría que, el demandante, es decir, el cónyuge inocente, es culpable que merece ser tratado como criminal? Es cierto que en el procedimiento del divorcio por mútuo consentimiento, el legislador se manifiesta formalista; pero ahí su severidad tiene una razón de ser; acumula las formalidades porque es el único medio de asegurar que existe una causa perentoria de divorcio. No pasa lo mismo con el divorcio por causa determinada. Desde el momento en que se establece una causa determinada, resulta un derecho para el esposo inocente, y sería comprometer este derecho prevalerse de la más mínima irregularidad para estorbar su acción ó para destruirlo.

1 Portalis, Discurso en el seno del consejo de Estado, sesión del 14 vendimiario, año X, núm. 15 (Locré, t. II, p. 468).

2 Sentencia del 14 de Diciembre de 1807, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 438.

SECCION II.—Del divorcio por causa determinada.

§ V.—De las causas.

Núm. 1. Del adulterio.

179. La ley establece una diferencia entre el adulterio del marido y el de la mujer. Por los términos del art. 229,

1 Zachariæ, trad. de Massé y Vergé, t. 1°, pfo. 137, nota 3, p. 348.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y base muy deleznable sería la que estuviese á merced de las volubles pasiones del hombre. Síguese de aquí que es imposible admitir que la voluntad sola de los esposos disuelva el matrimonio; pueden ellos muy bien estipular en lo relativo á su propio interés, pero no les está permitido renunciar á lo que es de interés social. (1) Si la ley admite el divorcio por consentimiento mútuo, es para que los esposos no se vean obligados á deshonrar á su familia, revelando hechos que puedan ocasionar condenas criminales contra el cónyuge culpable. El legislador ha organizado las condiciones y el procedimiento de manera que se pruebe suficientemente que existe una causa perentoria de divorcio (art. 233).

178. No es necesario decir que no puede haber causa de divorcio fuera de los casos previstos por la ley, y es también de toda evidencia que estos casos son de estricta interpretación. La indisolubilidad del matrimonio es la regla; con pena y forzado por la debilidad humana, el legislador admite excepciones. La corte de Colmar ha hecho una singular aplicación de este principio. Un esposo pidió el divorcio por causa de injuria grave; el juez lo admitió haciendo resultar la injuria grave del adulterio. La corte reformó este fallo, declarando que no habia lugar para pronunciar el divorcio, porque la injuria grave es una causa distinta de la que se funda en el adulterio, de donde concluyó que el adulterio no podía considerarse como una injuria grave. (2) Los traductores de Zachariæ dicen que esta decisión no debe seguirse, al menos en materia de separación de cuerpo, en la que los tribunales pueden manifestarse menos formalistas porque las consecuencias son menos graves. (1) Nos parece que mucho menos debe seguírsela en materia de divorcio. Sin duda que los efectos del divorcio son más considerables. ¿Pero qué importa? No por esto el esposo lesionado deja de tener derecho para pedir el divorcio; y todo derecho está bajo la salvaguardia de la ley y de la justicia. ¿Ahora bien, qué sucedería si se interpretase el código en el espíritu formalista que ha dictado la sentencia de Colmar? Volveríase á los buenos tiempos de la chicana, en que la falta de una coma hacía que se perdiese un pleito. ¡Cómo! ¡hé ahí un esposo que prueba el adulterio de su cónyuge, y le rehusais el divorcio porque llamó al adulterio una injuria grave! ¿No se diría que, el demandante, es decir, el cónyuge inocente, es culpable que merece ser tratado como criminal? Es cierto que en el procedimiento del divorcio por mútuo consentimiento, el legislador se manifiesta formalista; pero ahí su severidad tiene una razón de ser; acumula las formalidades porque es el único medio de asegurar que existe una causa perentoria de divorcio. No pasa lo mismo con el divorcio por causa determinada. Desde el momento en que se establece una causa determinada, resulta un derecho para el esposo inocente, y sería comprometer este derecho prevalerse de la más mínima irregularidad para estorbar su acción ó para destruirlo.

1 Portalis, Discurso en el seno del consejo de Estado, sesión del 14 vendimiario, año X, núm. 15 (Locré, t. II, p. 468).

2 Sentencia del 14 de Diciembre de 1807, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 438.

SECCION II.—Del divorcio por causa determinada.

§ V.—De las causas.

Núm. 1. Del adulterio.

179. La ley establece una diferencia entre el adulterio del marido y el de la mujer. Por los términos del art. 229,

1 Zachariæ, trad. de Massé y Vergé, t. 1°, pfo. 137, nota 3, p. 348.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el adulterio simple de la mujer autoriza al marido para pedir el divorcio; mientras que la mujer no puede pedir el divorcio por el adulterio simple del marido; se necesita además esta circunstancia agravante, que el marido haya tenido á su concubina en la casa común. Ya nos hemos manifestado contrarios á la desigualdad que el código Napoleón establece entre el hombre y la mujer (núm. 83). En vano se dice que las costumbres y las leyes exigen á la mujer un pudor que no exigen al hombre. (1) Si las costumbres son así, están en un error, y las leyes también. Pero aun cuando esto, fuese tan cierto como es falso, ¿qué es lo que probaría para las causas del divorcio? El hombre no es ya libre, ha comprometido su fe ¿hay para él un deber de fidelidad diferente que el de la mujer? ¿La fidelidad que él promete á su mujer quiere decir que le sea permitido ser infiel tantas veces como quiera? ¡Singular compromiso el que implicase la facultad de quebrantarlo al capricho! Es muy cierto que la infidelidad de la mujer tiene ó puede tener consecuencias más graves que el adulterio del marido. (2) Esta es razón para imponerle una pena más fuerte. Pero en materia de divorcio no se trata de pena, sino únicamente de la violación de un compromiso recíproco, y bajo este punto de vista las faltas de los dos esposos son ciertamente las mismas; así, pues, el derecho que de ellas resulta para la parte vulnerable debe ser el mismo.

En el consejo de Estado, Boulay confesó que en realidad el crimen de adulterio era el mismo para ambos consortes, y que por lo mismo no debía haber diferencia en el derecho de perseguir la acción que de él se deriva. Locré dice, que castigar el adulterio del marido únicamente en el

1 Demolombe, t. IV, pág. 470, núm. 369.

2 Tronchet en la discusión del consejo de Estado, sesión del 2[illegible] vendimiario, año X, núm. 14 (Locré, t. II, pág. 494).

caso [illegible] tiene á su concubina en la casa común, es autorizarlo en las otras. ¿No es esto una inmoralidad? Regnier agregó que el adulterio en materia de divorcio no debe considerarse sino en los efectos que produce entre los consortes; que, así considerada, la falta es la misma, sea que el crimen pertenezca al marido, sea que pertenezca á la mujer. Tronchet acaba por adoptar este parecer. Cuando se trata de establecer una pena contra el adulterio, dice, justo es establecer una distinción que sirva para graduar el castigo por las consecuencias del delito, pero cuando se considera el adulterio con relación al divorcio, todo debe ser igual entre los consortes. Esta es la verdadera doctrina que fué admitida por el consejo de Estado en la primera votación. (1) Era también la del derecho canónico, y ha sido consagrada por el código holandés (art. 264, 10).

180. Aunque la disposición del art. 230 sea contraria á los principios, se la debe interpretar en el espíritu que la ha dictado. El adulterio es un crimen y no hay crimen sin texto; veamos cuales son las condiciones requeridas por el código Napoleón para que el adulterio del marido sea una causa de divorcio. Se necesita que haya tenido á su concubina en la casa común. ¿Qué se entiende por concubina? ¿Se necesita la continuidad de un comercio ilegítimo para que haya concubinato en el sentido de la ley? Zachariæ dice que esto no es necesario. (2) De buena gana admitiríamos esta opinión, porque está en armonía con los verdaderos principios, pero no lo permiten ni el texto ni el espíritu de la ley. ¿Qué es una concubina, según el Diccionario de la Academia? "Es la mujer que no estando casada

1 Sesión del 24 vendimiario, año X, núms. 2 y 14 (Locré, t. II, ps. 487 y 494); y las observaciones de Régnier en la segunda votación, sesión del 4 brumario, año X, núm. 4 (Locré, t. II, p. 513).

2 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 249, nota 3. La [illegible] contraria se enseña generalmente (Demolombe, t. IV, pág. [illegible], núm. 370).

con un hombre *vive* con él como si fuese su mujer. Fuerza es, pues, que haya una *vida* común durante un tiempo más ó menos largo. De aquí resulta una nueva desigualdad entre el hombre y la mujer: un solo hecho de adulterio es bastante para que el marido pueda demandar el divorcio; debería ser lo mismo respecto al adulterio del marido. Pero hay en nuestro texto una segunda expresión que nos impide admitir esta interpretación. El art. 230 dice, cuando haya *tenido* á su concubina en la casa común. El código penal dice art. 339: que haya *mantenido* á una concubina en la casa conyugal. Las palabras *tener* y *mantener* expresan una y otra la idea de una continuidad de relaciones entre el hombre y la mujer. La desigualdad, por otra parte, no lo olvidamos, está en el espíritu de la ley; debemos admitirla á pesar nuestro. Treillhard, al exponer los motivos de nuestro título, se sirve de una expresión enérgica para dar forma al pensamiento del legislador: "El adulterio del marido, dice, no da margen al divorcio sino cuando está acompañado de un carácter particular de menosprecio, por el establecimiento de la concubina en la casa común." (1) Fuerza es, pues, que la concubina esté *establecida* al lado de la mujer, que la rival ilegítima ocupe el lugar propio de la mujer: este ultraje es el que constituye el caracter agravante requerido por la ley para que el adulterio del marido sea un crimen y una causa de divorcio.

181. No obstante, no hay que ir demasiado lejos en esta interpretación restrictiva. La palabra establecimiento de que se sirve Treillhard implica que el marido es quien ha establecido á la concubina en la casa conyugal, ó, como en la discusión se dijo, que él fué quien la introdujo. Se ha pretendido que tal era el sentido de la ley. Nada de esto.

1 Exposición de motivos, núm. 17 (Locré, t. II, p. 567).

No translademos al texto las discusiones y los dictámenes. Todo lo que el código exige, es que el marido tenga ó mantenga á su concubina en la casa común, poco importa que él y su mujer, la hayan introducido. Después de todo, nadie puede ser introducido en la casa sin el asentimiento del marido. Cuando la mujer contrata á una sirviente, lo hace como mandataria del marido legalmente, pues es el marido quien la introduce. La doctrina y la jurisprudencia son del mismo parecer. (1)

182. Preciso es que el marido tenga á la concubina en la casa común. ¿Qué debe entenderse por esto? El código penal dice: casa conyugal (art. 339). Las dos expresiones tienen el mismo sentido, el de la casa que sirve de habitación á los dos consortes. No decimos que está habitada. Poco importa que la mujer habite la casa en donde el marido tiene á su concubina; desde el momento en que esta casa está ocupada por el marido, de derecho es casa común á la mujer, porque ella tiene derecho para habitarla, y el marido la obligación de recibirla en ella. No obstante, hay cierto motivo de duda que ha influido en las cortes. El carácter agravante, se dice, que constituye el adulterio legal del marido, es que al crimen agregue el ultraje instalando á una concubina al lado de la esposa, si ésta no habita con su marido, ya no es provocada á todas horas del día por una desvergonzada rival, y por tanto ya no hay ultraje, y por lo mismo, ya no hay adulterio en el sentido de la ley. Hay que abandonar esta opinión porque sobrepasa á la ley, demasiado indulgente es ya ésta con los desórdenes del marido, para que todavía exagerémos su indulgencia. La ley no habla de la habita-

1 Dalloz, Repertorio en la palabra separación de cuerpo, número 67, y sentencia de Lieja de 16 de Julio de 1826 (Pasicrisia, 1826, p. 226). La opinión contraria de Marcadé ha quedado aislada [artículo 306, núm. 11, t. I, p. 597].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ción común, sino de la casa; querer que la casa esté habitada por la mujer, es añadir una nueva condición, cosa que el intérprete no puede nunca hacer. Por otra parte, como la corte de Douai lo expresa, hay insoportable injuria para la mujer desde el momento en que una concubina ocupa el sitio que á aquella sólo pertenece, ó como lo dice la corte de Grenoble, cuando la concubina mancha con su presencia la morada de la familia. Tal es también la jurisprudencia constante de la corte de casación, así como la doctrina de los autores. (1)

183. Preguntase si la concubina debe morar en la casa conyugal, ó basta que en ésta sea habitualmente recibida por el marido. Ciertamente que en este último caso el adulterio es igualmente injurioso para la mujer; pero no entra en el texto de la ley; no se puede decir entonces que la concubina esté ó se halle mantenida en la casa común; no puede decirse que manche con su presencia la casa conyugal, puesto que sólo accidental y aun furtivamete entra á ella. La corte de Burdeos así lo ha fallado, pero ha agregado que si no había adulterio en el sentido legal, no por esto el hecho dejaba de ser una injuria para la mujer, y que, con este título, podía invocarla como una causa de divorcio. Esta decisión debe generalizarse. Aun cuando el adulterio no se cometa en la casa común, puede resultar, según las circunstancias, una injuria grave que autorice á la mujer á pedir el divorcio. En vano se dirá que el hecho es un adulterio, y que el adulterio no es causa de divorcio sino cuando el marido tiene á su concubina en la casa común. Es ésta una de esas objeciones formalistas que harían odiosa la ley, si de ellas se hiciese aprecio. ¿Porque un hecho no es un adulterio en el sentido legal, podrá deducirse que no es una injuria grave? ¡Cómo! ¡hay un marido que sostiene á una mujer á ciencia y paciencia de todo el mundo, que con ella se presenta en público y también con los hijos, fruto de ese comercio adulterino; la conciencia pública se lastima con semejante escándalo, una canción popular acusa al culpable, y todavía podrá decirse que todo ello no es una injuria grave! (1) La jurisprudencia ha repelido esos sofismas y admitido á la mujer insultada acción de divorcio. (2)

184. La aplicación del art. 230 ha originado numerosas dificultades. Fácilmente pueden resolverse según los principios que acabamos de establecer. Se ha preguntado si un hotel puede considerarse como casa común. Si el marido tiene allí su residencia y si en el departamento que ocupa tiene á su concubina, entonces ni siquiera hay cuestión; aquel es el domicilio que la esposa tiene derecho á habitar y en el cual el marido debe recibirla. Pero si el marido no tiene allí habitación fija, si no hace más que pasar y alojarse momentáneamente en un hotel, ya no puede decirse que éste sea la casa común, porque el dormitorio en donde por accidente se aloja no sirve de habitación al marido. La cuestión se vuelve más difícil cuando el marido tiene su residencia en un hotel en donde también reside la concubina, pero en otro aposento. ¿Puede decirse en este caso que el marido tiene á su concubina en la casa común? Hay respecto á esto alguna contradicción. Es suficiente con que el marido y su concubina se hospeden bajo el mismo techo, al lado uno de otro, de manera que la concubi-

1 Merlin, cuestiones de derecho, en la palabra adulterio, pfo. VI, t. I, ps. 791 y siguientes (Dalloz, en la palabra separación de cuerpo, núms. 70 y 74).

1 En tales circunstancias se pronunció el fallo de la corte de Bruselas, de 19 de Enero de 1849, que admite el hecho como injuria grave (*Pasicrisia*, 1350, 2, 182).

2 Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 79.

na y la mujer legítima se encuentren á cada paso. (1) Creemos nosotros que esta opinión se desvía del texto y hasta del espíritu de la ley. La casa común es aquella en donde la mujer tiene el derecho y el deber de recibir, es el hogar de la familia. En un hotel los diversos aposentos constituyen otras tantas habitaciones diversas; ni siquiera tiene la mujer el derecho de penetrar á aquel que la concubina ocupa, ésta no mancha, pues, el hogar doméstico. Puede en ello haber una injuria grave, pero no un adulterio en el sentido de la ley. (2)

185. Pero desde que la concubina participa de la residencia del marido, aun cuando éste sólo la ocupa temporalmente, hay adulterio legal, aun cuando la mujer jamás haya puesto un pie en aquella habitación. Así lo ha juzgado la corte de Rouen en una de sus sentencias, confirmada por otra de denegada apelación. Era el caso que el marido tenía un alojamiento transitorio pero fijo en una ciudad en donde el matrimonio no residía; él no habitaba allí sino momentáneamente y á causa de sus negocios. En tales circunstancias había lugar á cierta duda, porque ellas no presentaban toda la gravedad que el adulterio cometido en la residencia común á ambos consortes. Y no obstante eso, el fallo es muy jurídico. Hay casa común desde que el marido la ha ocupado como suya; y desde entonces la mujer tiene derecho de venir á ella, por más que no lo haga, y hasta podría obligarla á que viniese. Esto decide la cuestión. De que el ultraje tenga menos gravedad, no inferimos que no haya ultraje. (3)

Pero no bastaría con que el adulterio se hubiese cometido en una casa habitada por la concubina, aunque esta casa perteneciese al marido, si ella no fuese su residencia. Está alquilada, y la hija del inquilino es la concubina del marido; ahí va el marido á buscar á su cómplice; entonces aun cuando la casa formase parte de un dominio en donde se halla el domicilio del propietario, no por esto es la casa común, la mujer no tiene derecho á residir allí, ni aun el marido lo tiene. En este hecho puede haber una injuria grave, pero no hay adulterio legal. (1)

1 Massol, *De la separación de cuerpo*, p. 38, núm. 8.
2 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. IV, pág. 472, núm. 317.
3 Sentencia de la corte de casación, de 28 de Noviembre de 1859 (Dalloz, 1860, 1, 255).

Núm. 2.—Excesos y sevicias.

186. La palabra *excesos* es muy vaga; la discusión nos servirá para determinar su sentido. Había en el proyecto del código civil un artículo de este tenor. "El atentado de uno de los cónyuges á la vida del otro será para este último una causa de divorcio." El tribunal hizo la observación de que esta disposición era de una aplicación imposible. A menos de suponer un odio á muerte entre los dos consortes, uno de ellos no se llegará ante la justicia á denunciar un atentado á la vida, que llevaría al cadalso al cónyuge. (2) En consecuencia, se suprimió el artículo de proyecto, y la palabra *atentado* se sustituyó con la palabra *exceso*, que expresa la misma idea, pero de una manera franca; de modo que la atención del ministerio público no se excitará desde luego, y la denuncia parecerá menos odiosa. No obstante, esto no es más que una cuestión de forma y de conveniencia, porque ante el tribunal, el actor debe probar los hechos que constituyen los excesos; si son un atentado á la vida, el ministerio público deberá perseguir al esposo culpable (art. 235).

1 Sentencia de Limoges, de 21 de Mayo de 1835 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 79).
2 Observaciones de la sección de legislación del tribunado (Locré, tomo II, p. 552, núm. 2).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

187. La palabra *sevicias*, conforme á su etimología, indica actos de crueldad; supuesto que la palabra va unida á la de *excesos*, hay que decir que no se trata de hechos que pongan en peligro la vida del cónyuge; trátase, pues, de golpes, de heridas. Se pregunta si las sevicias han de ser habituales para que constituyan una causa de divorcio. Se ha juzgado que las sevicias deben ser continuadas y tales, que la vida corra riesgo, ó por lo menos que la habitación común sea insoportable. (1)

Nosotros creemos que al exigir la continuidad de los malos tratamientos, se vá más allá que la ley. El código no dice esto, y el intérprete no puede separarse de la severidad de la ley. Cierto es que respecto á *excesos* no se necesita el hábito, esto resulta de la naturaleza misma del atentado á la vida. Hay que decir lo mismo de las *sevicias*, si por ellas se entiende un acto de crueldad; basta un solo hecho, porque señala por parte del esposo culpable un odio verdadero hácia su cónyuge, lo que implica que no queda en él sombra alguna de sentimientos afectuosos. Desde tal instante hay ruptura de las almas, y por consiguiente, el divorcio está moralmente consumado. Hay en este sentido una sentencia, y la doctrina está de acuerdo. (2)

188. Se ha dicho que las simples vias de hecho no constituyen por sí mismos una causa de divorcio; que el juez en esta materia debe tener en cuenta la condición y educación de las personas. (3) Creemos nosotros que esto es confundir las sevicias con las injurias. Todavia de hecho no puede entrar en la categoria de las sevicias; esto habrá sido ale-

1 Sentencia de Besançon, del 13 pluvioso, año XIII (Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 24).

2 Sentencia de Besançon, del 9 de Abril de 1808 (Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 24). Massol, *De la separación de cuerpo* p. 38.

3 Duranton, Curso de derecho francés, t. II, p. 501, núm. 552.

jarse del sentido natural y legal de la palabra; un acto de crueldad es por su misma esencia, un hecho grave. En cuanto á los malos tratamientos que no tienen el carácter de crueldad, no son sevicias, sino que entran en la categoria de las injurias. Hay en este sentido una sentencia de la corte de Burdeos. (1)

189. ¿El hecho material de los excesos y de las sevicias es bastante para que el cónyuge vulnerado pueda entablar el divorcio? ¿ó es preciso que tales hechos revistan el carácter de delito? No hay delito en donde no hay voluntad criminal; la ausencia de razón quita toda criminalidad á los hechos, que, bajo el punto de vista material, constituyen un crimen ó un delito. Si el esposo que comete excesos ó sevicias está afectado de enajenación mental, no hay lugar de divorcio. En vano se dirá que los malos tratamientos harían insoportable la vida común: si los excesos y las sevicias son causa de divorcio, es porque son una violación de los deberes que nacen del matrimonio. ¿Ahora bien, puede decirse de aquel que no goza de su razón que viola un deber? En definitiva, la enfermedad mental sería lo que el cónyuge vulnerado invocaria, más bien que los excesos ó las sevicias. Ahora bien, la locura no es una causa de divorcio. Si la demencia ó el furor pone en peligro la vida del conyuge, hay lugar para poner en un hospicio al enajenado; pero no puede ser ello cuestión de divorcio.

Núm. 3.—Injurias graves.

190. La injuria supone que hay dolo é intención de hacer daño. Tal es lo que dice la corte de Turin en una sentencia pronunciada en materia de divorcio. Hay, pues, que

1 Sentencia de 10 de Abril de 1826 (Dalloz, en la palabra Separación de cuerpo, núm. 26, 1).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aplicar á la injuria lo que acabamos de decir respecto á los excesos y sevicias. Una sentencia de la corte de Montpellier parece contraria á esta doctrina. (1) Ella resuelve que las imputaciones que el marido dirige contra su mujer, por más que sólo deriven de las alucinaciones de un ánimo perturbado, se vuelven una causa de separación cuando son tan graves y tan perseverantes que la cohabitación no ofreciese ya á la mujer seguridad ninguna. Si la perturbación del ánimo de que habla esta sentencia, fuese una enfermedad mental, entonces la corte desconoció los principios más elementales en materia de injuria y de divorcio. ¿Puede decirse de un marido que tiene el ánimo turbado, desequilibrado, que viola los deberes que nacen del matrimonio? ¿y puede haber divorcio sin esta violación? ¿Hay injuria en donde no hay una razón sana? No obstante, de hecho la resolución puede ser muy jurídica. La perturbación del ánimo puede provenir de un sentimiento malo, de unos celos ciegos; en este caso no hay enfermedad mental; el marido es responsable de lo que ha hecho, y en consecuencia, hay injuria y causa de divorcio.

191. Es igualmente de principio que no hay injurias cuando el hecho, de suyo injurioso, es el ejercicio de un derecho. Un marido anuncia repetidas veces en los periódicos que no pagará las deudas que su mujer contraiga. ¿Es esto una injuria? El hecho implica una imputación que, según las circunstancias, puede ser más ó menos injuriosa. Pero no hay injuria en el sentido legal, porque el marido tiene derecho para revocar el mandato tácito que resulta del matrimonio. La corte de Douai ha juzgado erróneamente que este hecho debe reprobarse como una manifestación insólita, injusta y abusiva del poder de administración del marido, el ejercicio de un derecho no podía constituir un abuso ni una injusticia; pero la corte resolvió con buen criterio que este hecho no es una injuria grave que legitime el divorcio. (1)

1 Sentencia de 1° de Febrero de 1866 (Dalloz, 1867, 5, 590, número 61).

La aplicación del principio sufre alguna dificultad respecto á las imputaciones que los consortes se dirigen en el curso de la instancia en divorcio. ¿Se pueden invocar estas injurias en apoyo de la demanda? Nó, si el defensor no ha salido de los límites de una legítima defensa; porque, en este caso, no ha hecho más que usar de su derecho. (2) Sería imposible toda defensa en materia de divorcio, si los hechos alegados por el defensor pudieran ser redargüidos contra él. Más adelante dirémos que los yerros del actor pueden tomarse en consideración por el juez para no admitir la demanda; y entonces el defensor debe tener derecho de alegarlos y constituirlos en prueba por injuriosos que sean para el actor. Pero si el defensor alegase hechos que no están probados, si se dejase llevar por exaltaciones innecesarias é inexcusables, agravaría su falta, y estas injurias serían ciertamente una nueva causa de divorcio. Así es como se ha juzgado que las injurias que los casados se habían inferido durante un proceso de separación de cuerpo, eran suficientes para decretar ésta, aun cuando las causas por las cuales hubiese sido pedida, no hubiesen quedado establecidas. (3) La corte patentiza que los esposos se habían injuriado y difamado de la manera más sangrienta en los autos del litigio, que estando los ánimos exasperados, era imposible continuar la vida común.

Los mismos principios se aplican al actor. Su querella

1 Sentencia de 14 de Enero de 1857, Dalloz, 1857, 2, 133.

2 Sentencia de Turín, del 15 germinal, año XIII, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 435.

3 Sentencia de Rouen, 13 de Marzo de 1816, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 34.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cuando está fundada, ciertamente que no es una injuria, supuesto que es el ejercicio de un derecho. Pero si, usando de este derecho, se extralimita en las injurias yendo más allá de las necesidades de la causa, podrá haber divorcio por injuria grave. Así como la corte de casación juzgó que había injuria grave cuando el marido, durante la instancia de divorcio, había ultrajado de tal manera a la mujer, que la continuación de la vida común hiciese abrigar temores de graves desdichas. (1)

192. Los hechos que constituyen la injuria deben haber tenido lugar después de la celebración del matrimonio. Este principio resulta de la naturaleza misma de las causas del divorcio. Es como Portalis lo ha dicho, la violación de los deberes que el matrimonio impone lo que justifica la disolución del vínculo conyugal. ¿Puede decirse que el que no está casado falta á sus compromisos? Tal cosa no tiene sentido alguno. No obstante esta opinión, está consagrada por la jurisprudencia. Se ha juzgado que la separación podría pronunciarse por motivo de que en el momento del matrimonio la mujer estuviese inscrita en los registros de la policía como mujer pública, y que ella no hubiese revelado tal hecho á su futuro marido. (2) También se ha fallado, que cuando la mujer está en cinta, en los momentos del matrimonio, por otra persona que no es su marido, y cuando ella disimula su embarazo, hay lugar á separación de cuerpo por injuria grave. (3) Sin duda alguna que la reticencia de la mujer en uno y otro caso es una infamia; pero esta conducta infame es una injuria en el sentido del

1 Sentencia de denegada apelación de 10 de Junio de 1824, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo* núm. 191, 1°.

2 Sentencia de París de 25 de Mayo de 1837 (Dalloz, *ibid.*, número 51, 1°).

3 Sentencia de Burdeos, de 23 de Marzo de 1820 (Dalloz, *ibid.*, núm. 61, 2°).

art. 231. Según el texto, la injuria de uno de los esposos hacia el otro, es lo que motiva el divorcio. Esto supone la celebración del matrimonio. El espíritu de la ley es igualmente claro; en el caso de que se trata, no hay violación de un derecho conyugal, y, por consiguiente, no hay causa de divorcio. En vano se dice que la injuria acompaña al matrimonio, y que continúa por el silencio del esposo culpable. (1) Para calificar un hecho hay que tener en consideración el momento en que se lleva á cabo. Si la mala conducta de la mujer es anterior al matrimonio, no hay en ello una injuria contra el marido. Ella es culpable de reticencia si ocultó esta falta anterior al celebrar el matrimonio. ¿Cómo ha de ser que una falta cometida antes del matrimonio constituya una infracción á las obligaciones que el matrimonio produce entre ambos consortes?

193. La última condición que la ley exige para que la injuria sea una causa de divorcio, es que sea grave (artículo 231). ¿Cuándo es grave la injuria? Todo lo que puede decirse es que la injuria debe implicar una violación de los derechos conyugales. La violación debe tener tal carácter de gravedad, que la vida común se vuelva imposible para el cónyuge ultrajado. Tócale al juez decidir en cada caso si la injuria presenta estos caracteres. Es imposible formular sobre el particular regla ninguna, supuesto que todo depende de las circunstancias de la causa. ¿Así, pues, podrá decirse que las injurias han de ser continuas, en el sentido de que una palabra ó un hecho solo sería suficiente? Esto ha sido así resuelto por la corte de Bruselas, que ha hecho á un lado una grosera injuria por la cual la mujer había sido sentenciada á una multa por el tribunal correccional, porque tal insulto era el único de que se quejaba el marido en

1 Esta es la opinión de Demolombe, t. IV, pág. 493, núm. 302, y de Dalloz, núm. 61.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

un espacio de nueve años. (1) Pero hay otras sentencias que han admitido el divorcio ó la separación de cuerpo por una injuria única, cuando de ella debía resultar una irreconciliable animosidad entre los casados. Se ha fallado que una acusación de adulterio, cuando no está fundada en prueba ninguna, es, por parte del marido, una injuria grave que autoriza á la mujer para pedir el divorcio. (2) En efecto, el reproche de adulterio, como dice la corte de Metz, es el ultraje más intolerable que un marido puede inferir á su mujer. (3)

194. Ordinariamente se asienta como principio que, para apreciar la gravedad de la injuria, el juez debe considerar la condición social de los cónyuges; dícese, que tal ó cual injuria que entre esposos de clase elevada sería un sangriento ultraje y los dividiría para siempre, no sería, para esposos de menor categoría, más que una pasajera impresión. (4) Nosotros protestamos contra semejante principio. Hay, como dice Vauvernaigues, canalla con guante blanco, y hay también entre los obreros corazones bien puestos. Cuidémonos, pues, de generalizar una distinción que vendría á parar en una irritante iniquidad. No es la posición social lo que el juez debe tomar en consideración, sino la educación, los hábitos, los sentimientos de las partes encausadas. (5) La distinción contra la cual nos declaramos viene del antiguo derecho; Pothier la formula en términos

1 Sentencia de 14 de Abril de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, 2, 102).

2 Sentencia de Reunes, de 15 de Septiembre de 1810 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 437). Fallado en el mismo sentido y por la misma corte en materia de separación de cuerpo, sentencia de 17 de Marzo de 1820 (Dalloz, *ibid.*, núm. 30, 1°).

3 Sentencia de 7 de Marzo de 1807 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpos* núm. 35, 1°).

4 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, pág. 488, número 385.

5 Sentencia de Bruselas, 31 de Julio, 1858 (*Pasicrisia*, 1881, 2, 141).

casi desdeñosos para las *gentes del pueblo bajo*, y Merlin reproduce esta doctrina. (1) Nuestro estudio social no es el del antiguo régimen; la aristocracia ha cedido el lugar á la democracia; la desigualdad desdeñosa á la santa igualdad; los sentimientos y las ideas se hacen iguales, la instrucción popular, que también es una educación, difunde el sentimiento de la dignidad humana en todos los rangos de la humanidad. El juez debe tener en cuenta este cambio, revolución la más benéfica y la más legítima de todas las revoluciones.

Hay que agregar que hay injurias que, en todas las clases de la sociedad y cualquiera que sea la educación de los esposos, constituyen una injuria grave. Un marido abandona á la mujer durante su parto, hasta el punto de que personas caritativas tienen que hacer una colecta para subvenir á las necesidades más urgentes de aquella; á tan cruel abandono, el marido añade imputaciones de adulterio y expresiones odiosas. Estas son, dice muy bien la corte de Dijon, graves injurias, sea cual fuere la condición de las partes, porque implica el olvido de los deberes y de los sentimientos que forman la esencia misma del matrimonio. (2)

195. Hay también hechos injuriosos que son una causa de divorcio cuando de ellos resulta una violación de los deberes impuestos por el matrimonio.

Tal es que el marido se niegue á recibir á su mujer en la casa conyugal, y la denegación de ésta á cohabitar con su marido. La cohabitación es esencial en el matrimonio; cuando llega á ser imposible por rehusar á ella alguno de los cóyuges, ya no hay vida común, sino un divorcio moral; el juez al pronunciar la disolución no hace

1 Pothier, *Contrato de matrimonio*, núm. 509. Merlin, *Repertorio* en la palabra *Separación de cuerpo*, pfo. 1°, núm. 3.

2 Sentencia de la Corte de casación de 11 de Abril de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 166).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

otra cosa que consagrar un hecho consumado civil? Después y la jurisprudencia admiten el principio, p, el marido tiene ces las circunstancias vienen á modificarlo.er exige á un ma- por la corte de Lieja que, si en una disphipocresía. ¿No marido intima á la mujer que deje el domer un papel odio con su hijo, hay en ello una grande injurimetió á su mu- para autorizar el divorcio. (1) Hay numerosás culpable es en tal sentido. La corte de Metz ha llegad.o las suyas. ¿Pe- confirmando un juicio de primera insentido del art. 231? mente motivado, que la denegación dalio, es una especie de á su mujer era una causa de sep.á consentir en el matrt- cnando los esposos hubiesen o como vicio de consen- treinta años, y aun cua.r caso de que se trata, á intentar debiese á la mu.ad. Pero el dolo no vicia el consenti- contra.on esta materia. El matrimonio, es, pues, válido; y como no se ha violado obligación civil ninguna resultante del matrimonio, hay que resolver que no hay causa de divorcio.

Núm. 4. — Sentencia á pena infamante.

197. Por los términos del art. 232, "la sentencia de uno de los esposos á pena infamante será para el otro una causa de divorcio." Bonlay motivaba de este modo esta disposición: (1) "Aquí se estipula en favor del consorte honrado y delicado y contra el consorte culpable é infamado. Querer que vivan juntos, es querer reunir un cadaver con un hombre vivo. Sin duda alguna que esta causa de divorcio debe ser admitida por todos los pueblos, pero sobre todo por una nación en donde la honra es como un sentimiento especial."

¿Existe todavía en la legislación belga esta causa de di-

1 Sesión del consejo de Estado del 24 vendimiario, año X, Locré. tomo II, p. 487, núm. 2.

vorcio? No lo creemos. Para que pueda aplicarse el art. 232, se necesita una sentencia á pena *infamante*. Ahora bien, nuestro nuevo código penal ya no reproduce la calificación de pena *infamante*; el art. 7 enumera las penas y no las califica. De aquí resulta que no hay infamia legal, y de esto procede la facultad de pedir el divorcio. En efecto, el código civil fué discutido y promulgado bajo el imperio del código de brumario, año IV. El art. 604 decia: "Toda pena aflictiva es al mismo tiempo infamante." Y el art. 603 enumeraba las penas aflictivas, que eran: la muerte, la deportación, las cadenas, la reclusión en una casa correccional. El código penal de 1810 mantiene el principio de que toda pena aflictiva es infamante, y establece además algunas penas infamantes que no eran aflictivas; el garrote, el destierro y la degradación cívica. Estas últimas penas han desaparecido completamente de nuestro nuevo código penal. En cuanto á éstas, no puede haber duda alguna: ya no hay condena de degradación cívica, ni de destierro, ni de garrote; así es que no puede haber causa de divorcio resultante de penas que ya no existen. Quedan las penas aflictivas que, según el código del año IV, y el código de 1813 eran también infamantes: el código penal belga mantiene la muerte, los trabajos forzados, la detención y la reclusión (art. .7), pero ya no las califica ni de infamantes. Desde este momento, la base sobre que descansa el art. 222 del código Napoleón se derrumba. El texto es ciertamente inaplicable, supuesto que nuestros tribunales nó pronuncian ya sentencia á pena infamante. El espíritu de a ley se opone igualmente á la aplicación del art. 232; ya no se puede decir que el que ha sido condenado a trabajos forzados, á la muerte, es un *cadaver vivo*, porque esté manchado de infamia, porque no tenga ya honra, que es tan cara á la raza francesa. El no es infame, así; pues, su

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cónyuge no puede querellarse de que está obligado á vivir con un infame.

Hay, no obstante, algunas razones para dudar. Se puede decir que la opinión pública da la nota de infamia á las penas en materia criminal; poco importa, pues, que el legislador califique ó no de infamante la pena. Para esta objeción es fácil la respuesta. Hablando de las penas infamantes, el art. 232 no ha querido dar á entender la infamia que resulta de la opinión, de las costumbres, de las preocupaciones; se ha referido al código de brumario, á la calificación legal; ahora bien, éste ya no existe; en cuanto á la infamia de la opinión pública, sin que las leyes la consagren, los tribunales no pueden tenerla en cuenta.

Puede, además, decirse que el código penal belga, al mantener las penas que el código de 1810 calificaba de aflictivas y de infamantes, el artículo 232 puede recibir su aplicación respecto á los crímenes castigados con una de estas penas. Después de todo, el crimen, más bien que la pena es lo infamante, Este objetivo se dirige al legislador. A el concierne ver si quiere mantener la causa del divorcio refiriéndola al crimen en lugar de refejirla á la pena. Pero el intérprete no puede hacer la ley ni modificarla, porque modificarla equivale á hacerla. Abora biens, la modificación sería evidente, puesto que á las palabras *condena á una pena infamante*, se sustitiurían estas *condena por crimen*. El art. 232 no habln del hecho punible, habla de la pena; y como la pena ya no existe, la modifica la ley.

Por último se dirá que de nuestra interpretación resulta que hay un vacío en el código civil. Cierto es que haya brogación de una de las causas determinadas del divorcio. ¿Es este un vacio? Sí así es, al legislador corresponde llenarlo. Poco de sentirse nos parece la abrogación. Bajo el imperio de la legislación francesa, el sentenciado se reputaba infame después de haber sufrido su condena; ¿cómo había podido encontrar un lugar en la sociedad, cuando su mismo cónyuge le repelía del domicilio conyugal? El matrimonio tiene por objeto el perfeccioramiento de los esposos; si uno de ellos cae, el otro debe tenderle la mano para levantarlo, lejos de huirle como á un impuro. Si la preocupación contraria existe en nuestras costumbres, es una preocupación funesta porque es un obstáculo casi invencible para la enmienda de los sentenciados puestos en libertad. ¿Corresponde al legislador alimentar las preocupaciones, ó es su deber combatirlas?

Núm. 5.— Del caso del artículo 310.

198. Cuando la separación de cuerpo decretada por cualquiera otra causa que no sea el adulterio de la mujer ha durando tres años, el esposo que originariamente era el demandado, puede pedir el divorcio, y el tribunal debe admitir la petición si el actor originario, presente ó debidamente citado, no consiente inmediatamente en hacer cesar la separación (art. 310). Treilhard expone, como sigue, los motivos de esta disposición. El esposo que ha pedido y obtenido la separación de cuerpo, ha escogido la vía de la separación como la más conforme con sus ciencias. ¿Debe tener derecho para mantenerla para siempre? Esto no sería justo en el caso en que el esposo contra el cual se ha pronunciado la separación de cuerpo no tenga las creencias religiosas de su cónyuge. En efecto, esto equivaldría á obligarlo á un celibato forzado durante la vida del otro esposo. Semejante prohibición sería contraria á la libertad, que todo ciudadano debe á la constitución, para contraer matrimonio. El que ha obtenido la separación de cuerpo

no puede quejarse si lo obligan á divorciarse, porque no es constreñido á ello, supuesto que de él depende restablecer la vida común, y que sólo á denegación suya se decretó el divorcio. (1) Estas razones no son más que sofismas, á las cuales se ha contestado de antemano en el seno del consejo de Estado. ¿Por qué el legislador ha admitido la separación de cuerpo? Unicamente por los escrúpulos de conciencia del esposo ofendido. Su religión le veda el divorcio y le permite la separación de cuerpo. Usa del derecho que la religión y la ley le conceden. Después de tres años, el esposo culpable viene á intimarle que restablezcan la vida común, y si el cónyuge inocente se rehusa á ello, el divorcio se pronunciará á pesar de sus escrúpulos religiosos. ¿No equivale esto á poner al inocente á discreción del culpable? Hay aún más. ¿No se contradice el legislador mismo al autorizar la separación de cuerpo por respeto á la libertad de conciencia, y al remplazar en seguida la separación del divorcio, con menosprecio de esta libertad?

Se dice que depende del esposo que ha obtenido la separación el evitar el divorcio, restableciendo la vida común. A decir verdad, esta es una nueva iniquidad. Casi siempre es la mujer la que pide la separación de cuerpo por escrúpulo de conciencia. Suponemos que la haya obtenido por adulterio del marido. El marido continúa guardando en su casa á su concubina, y después intima á su mujer legítima que venga á abrigarse en aquel domicilio manchado por la presencia de una criatura perdida. ¡Y se dirá que la mujer hace mal en consentir en el restablecimiento de la vida común! ¿No fué para escapar de tal infierno por lo que pidió la separación? ¡Héla aquí, pues, colocada en esta terrible alternativa, ó reanudar una vida común ya imposible por la infamia del marido, ó sufrir el divorcio á pesar del grito de la conciencia!

1 Exposición de motivos, núm. 15 (Locré, t. II, pág. 367).

199. La ley no admite esta causa de divorcio, cuando la separación de cuerpo se ha pronunciado por adulterio de la mujer (art. 210). Nada más moral como esto; preciso es que la mujer no halle en el divorcio un medio para legitimar su pasión culpable. Pero el marido puede también ser adúltero, y es posible que al ultraje haya agregado su infidelidad. No obstante, después de tres años, se comenzar tará á pedir el divorcio contra su mujer. ¿Cuál probar las de esta diferencia entre los dos esposos? En hay un géne- camos. Si la facultad que á la mujer se nerosas disputas, es inmoral, por el contrario, la que al cipio, no palpamos porque esto es favorecer el libertina á este género de prueque es bueno que la mujer observado de las personas; hay, bres, pero que el marido, hablan pueden servir de prueba, con negarse en la prostitución. Cierto que respecta á las cartas desigualdad que nada puede justifi naturaleza de estas car-

200. La ley no da este derecho en al esposo originariamente demandado; no le concede al que era actor, y no había rázón para concedérselo. El podía escoger y escogió la separación de cuerpo, no puede arrepentirse de su elección y pedir el divorcio. En efecto, si escogió la separación de cuerpo, fué porque así se lo dictaron sus creencias religiosas, y no se puede suponer que pasados tres años éstas hayan cambiado. No obstante, podría suceder. En tal caso, ya no hay ciertamente razón para rehusar al esposo inocente un derecho que se concede al culpable. Sin embargo, no sería recibida su acción de divorcio; la ley es formal, y no se puede extenderla, ni aun por vía de analogía, porque las causas de divorcio son de la más estricta interpretación.

De aquí resulta que si cada uno de los esposos ha pedido

la separación de cuerpo, ninguno de ellos podrá pedir el divorcio pasados tres años. En efecto, cada uno de ellos fué originariamente autor. cada uno habría podido pedir el divorcio, y si no lo hizo debe suponerse que el motivo fué sus creencias religiosas. Desde entonces, conforme al texto y conforme á la ley, todo quedó consumado. Lo mismo sería si la separación de cuerpo hubiese sido pedida primeciennor uno de los dos esposos, y si el otro hubiese conveny le permente asentido en la separación. Una demanda rela religión y l es también una demanda. El texto del artículo esposo culpable, aplicable, y el espíritu de la ley no deja común, y si el cónctor reconvencional podía pedir el divorvorcio se pronunciaraues, á su elección, y, como debe supo- ¿No equivale esto á poresc rúpulos religiosas. Esto resuelve pable? Hay aún más. ¿N mo al autorizar la separacresentado ante el tribunal de Brulibertad de conciencia, y ginario pidió y obtuvo el divorcio, ración del divorcio, con reto verificativo. Fundado en esto, el autor originario qda o prevalecerse del juicio que había admitido el divorcio, y hacerlo pronunciar por el oficial del estado civil. El tribunal resolvió que no había lugar á aceptar su demanda. (2) En efecto, según el texto, como según el espíritu de la ley, el actor originario es el único que pue. de obtener el divorcio, y el reo no puede. Es cierto que en el caso de que se trata, el divorcio había sido entablado por el actor originario y admitido por el juez Pero era libre para renunciar el beneficio del juicio, como lo era para renunciar su acción antes del juicio, y si él renunciaba, la acción y el juicio recaían por sí mismos. Y desde este momento era imposible que el actor originario se hubiese prevalido de ellos.

1 Sentencia de Bruselas, de 28 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 256).

2 Juicio de 4 de Abril de 1851 (*Bélgica judicial*, t. IX, p. 325).

§ II.—De las pruebas de las causas determinadas.

201. El libro tercero del código Napoleón contiene un capítulo sobre la prueba de las obligaciones, con el título de los *Contratos ú obligaciones convencionales*. Los principios allí establecidos no se aplican exclusivamente á los contratos, sino que en su aplicación á las materias de estado personal, reciben algunas modificaciones. De ahí se han originado dificultades y controversias. Vamos á comenzar por la prueba literal. Que ésta se admita para probar las causas de divorcio, está fuera de duda. Pero hay un género de escritos que ha dado margen á numerosas disputas, y este género son las cartas. En principio, no palpamos diferencia alguna en lo concerniente á este género de pruebas, entre las obligaciones y el estado de las personas; hay, pues, que decir que las cartas pueden servir de prueba, con una restricción, no obstante, por lo que respecta á las cartas confidenciales. Resulta de la propia naturaleza de estas cartas, que no pueden ser producidas en juicio. Una confidencia es un secreto, y un secreto no puede ponerse á la luz de los debates judiciales. Revelar un secreto es hacer traición á la confianza que en uno se ha depositado: ¿puede invocarse un delito moral ante los tribunales a título de prueba legal? Con mayor razón las cartas confidenciales no pueden ser invocadas por el que se las procuró dolosa ó violentamente. Habría en este caso un doble delito moral, y por consiguiente, una razón de más para que los tribunales desechen cartas que no hay derecho para sacar á luz. La jurisprudencia, así como la doctrina, están en este sentido. (1) Solo M. Demolombe es de contrario parecer; pero los motivos que aduce son singularmente débiles. Ninguna ley, dice, prohíbe producir una carta confidencial ante los tri-

1 Dalloz, en la palabra *Carta misiva*, núms. 24-26.

la separación de cuerpo, ninguno de ellos podrá pedir el divorcio pasados tres años. En efecto, cada uno de ellos fué originariamente autor. cada uno habría podido pedir el divorcio, y si no lo hizo debe suponerse que el motivo fué sus creencias religiosas. Desde entonces, conforme al texto y conforme á la ley, todo quedó consumado. Lo mismo sería si la separación de cuerpo hubiese sido pedida primeciennor uno de los dos esposos, y si el otro hubiese conveny le permente asentido en la separación. Una demanda rela religión y l es también una demanda. El texto del artículo esposo culpable, aplicable, y el espíritu de la ley no deja común, y si el cónctor reconvencional podía pedir el divorvorcio se pronunciaraues, á su elección, y, como debe supo- ¿No equivale esto á poresc rúpulos religiosas. Esto resuelve pable? Hay aún más. ¿N mo al autorizar la separacresentado ante el tribunal de Brulibertad de conciencia, y ginario pidió y obtuvo el divorcio, ración del divorcio, con reto verificativo. Fundado en esto, el autor originario qda o prevalecerse del juicio que había admitido el divorcio, y hacerlo pronunciar por el oficial del estado civil. El tribunal resolvió que no había lugar á aceptar su demanda. (2) En efecto, según el texto, como según el espíritu de la ley, el actor originario es el único que pue. de obtener el divorcio, y el reo no puede. Es cierto que en el caso de que se trata, el divorcio había sido entablado por el actor originario y admitido por el juez Pero era libre para renunciar el beneficio del juicio, como lo era para renunciar su acción antes del juicio, y si él renunciaba, la acción y el juicio recaían por sí mismos. Y desde este momento era imposible que el actor originario se hubiese prevalido de ellos.

1 Sentencia de Bruselas, de 28 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 256).

2 Juicio de 4 de Abril de 1851 (*Bélgica judicial*, t. IX, p. 325).

§ II.—De las pruebas de las causas determinadas.

201. El libro tercero del código Napoleón contiene un capítulo sobre la prueba de las obligaciones, con el título de los *Contratos ú obligaciones convencionales*. Los principios allí establecidos no se aplican exclusivamente á los contratos, sino que en su aplicación á las materias de estado personal, reciben algunas modificaciones. De ahí se han originado dificultades y controversias. Vamos á comenzar por la prueba literal. Que ésta se admita para probar las causas de divorcio, está fuera de duda. Pero hay un género de escritos que ha dado margen á numerosas disputas, y este género son las cartas. En principio, no palpamos diferencia alguna en lo concerniente á este género de pruebas, entre las obligaciones y el estado de las personas; hay, pues, que decir que las cartas pueden servir de prueba, con una restricción, no obstante, por lo que respecta á las cartas confidenciales. Resulta de la propia naturaleza de estas cartas, que no pueden ser producidas en juicio. Una confidencia es un secreto, y un secreto no puede ponerse á la luz de los debates judiciales. Revelar un secreto es hacer traición á la confianza que en uno se ha depositado: ¿puede invocarse un delito moral ante los tribunales a título de prueba legal? Con mayor razón las cartas confidenciales no pueden ser invocadas por el que se las procuró dolosa ó violentamente. Habría en este caso un doble delito moral, y por consiguiente, una razón de más para que los tribunales desechen cartas que no hay derecho para sacar á luz. La jurisprudencia, así como la doctrina, están en este sentido. (1) Solo M. Demolombe es de contrario parecer; pero los motivos que aduce son singularmente débiles. Ninguna ley, dice, prohíbe producir una carta confidencial ante los tri-

1 Dalloz, en la palabra *Carta misiva*, núms. 24-26.

bunales. (1) Podrían oponerse las leyes y las constituciones que proclaman la inviolabilidad del secreto de las cartas; pero siendo controvertidos el sentido y el alcance de este principio, los hacemos á un lado. Hay un principio que nadie pondrá en duda. Una carta, dice la corte de casación, es propiedad de aquel á quien se ha dirigido, pero una propiedad cuyo uso á nadie puede confiar, y de la que nadie, con mayor razón, puede usar á pesar de aquel; hay, en cualquiera que sea la hipótesis, un abuso de confianza y una violación de depósito. (2) Esto es decisivo; los principios de derecho están de acuerdo con el grito de la conciencia, y debemos cuidarnos de romper esta armonía; esto sería rebajar nuestra ciencia y quitarle todo crédito.

202. Queda por saber qué cartas son las confidenciales. Las cartas dirigidas á un tercero son confidenciales en el sentido de que no pueden prevalerse de ellas personas extrañas. La corte de casación ha juzgado invariable este principio. (3) Esto, en efecto, es de jurisprudencia. En una sentencia de la corte de Limoges leemos que entre particulares una carta es, por su propia naturaleza, confidencial; que es la propiedad del que la recibe; que de aquí se sigue que el que recibe una carta no puede transmitirla á tercera persona, para que en manos de ésta se convierta en un título contra el que la escribió; que una carta entregada así á tercera persona no puede nunca servir, sea para intentar una acción, sea para contestarla. Si los tribunales acogiesen estas cartas como medio de prueba, la justicia rompería los vínculos sagrados que deben unir á los hombres entre sí. La corte de casación ha resuelto que una carta dirigida á

1 Demolombe. *Curso de código Napoleón*, t. IV, p. 500, núm. 394.
2 Sentencia de 12 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 421.
3 Sentencia de 4 de Abril de 1821 (Dalloz, en la palabra *Carta misiva*, núm. 24, 2°).

tercera persona no puede ser producida en juicio, cuando ha sido substraída por persona distinta de aquella que de ella se prevale; queda probada una verdad, que el secreto ha sido violado, y desde entonces el principio debe recibir su aplicación; la manera como la carta ha llegado á manos del que quiere utilizarla es indiferente, bajo el punto de vista de la prueba. (1)

203. ¿Deben aplicarse estos principios á la prueba de las causas determinadas del divorcio? La afirmativa no nos parece dudosa. Se ha sostenido ante la corte de casación que el legislador traza reglas especiales sobre las pruebas en las materias de estado personal, templando el rigor de los principios que siguen en las materias ordinarias. Cierto es que hay excepciones, pero á veces aumentan ellas el rigor de la ley, como más adelante lo demostraremos, mientras que, en otros casos, la moderan. De todos modos, no se puede admitir excepción á menos que la ley la establezca ó que resulte de la misma naturaleza de las pruebas. Ley, no la hay; en cuanto á la naturaleza de la prueba por cartas, no vemos que pueda justificar una diferencia. Se lee en una sentencia que en materia de separación de cuerpo y de divorcio, el juez está autorizado para buscar pruebas en la intimidad de la familia y del círculo que lo rodea; en efecto, se admite que los parientes presenten declaraciones como testigos, así como los criados. Pero de esto no debe deducirse, como la corte de Besançón lo ha hecho, que se puedan producir cartas confidenciales, con tal de que el que de ellas quiera servirse, se las haya procurado lícitamente. (2) Esta circunstancia es indiferente y no puede servir para decidir la cuestión. Tal es el parecer de Mer-

1 Sentencia de 24 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 522).
2 Sentencia de 30 de Diciembre de 1862, Dalloz, 1863, 2, 63.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lin, (1) y la jurisprudencia, en general, está en el mismo sentido. Se ha juzgado que una carta escrita por el yerno al suegro, era enteramente confidencial por su propia naturaleza, supuesto que la carta no es más que una expansión natural entre dos personas ligadas por los vínculos de la sangre ó de la alianza; que la mujer no puede prevalerse de las imputaciones que dicha carta contuviese en contra de ella, imputaciones que no habían tomado el carácter de injuriosas sino en virtud de la violación del secreto de aquella carta por parte del suegro y por la publicidad que la misma mujer le había dado. Y hasta se ha resuelto por la corte de París, que una carta escrita por la mujer al procurador del rey no podía ser invocada por el marido.

Hay sentencias en sentido contrario, y que se fundan en que no hay ley ninguna que expresamente prohíba producir en justicia cartas de tercera persona. De antemano hemos contestado á esta razón. La corte de Besançon dice que la mujer adúltera, para cubrir su mala conducta, no podría invocar el principio de moral en el cual descansa el secreto de las cartas. (2) Es digno de alabarse el sentimiento que dictó tal sentencia, pero el argumento es malo. Trátase, precisamente, de probar que la mujer es adúltera; si el adulterio estuviese establecido, ya no podría tratarse de pruebas. Es cierto que el código penal permite probar el adulterio del cómplice por la correspondencia; pero muy diferente es la cuestión de saber si se puede probar una causa de divorcio ante los *tribunales* civiles presentado cartas de tercera persona. (3)

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Carta*, núm. VI, 2, t. XVIII, página 140.

2 Sentencia de Aix, de 17 de Diciembre de 1834, Dalloz, en la palabra *Separación de cuepo*, núm. 43, 2°; de Limoges de 17 de Junio de 1824, Dalloz, en la palabra *Carta misiva*, núm. 28; de París, del 16 de Diciembre de 1829, Dalloz, *ibid.*, núm. 22.

3 Sentencia de Besançon, de 20 de Febrero de 1860, Dalloz, 1860, 2, 54, y de París, de 22 de Febrero de 1860, *ibid.*, 1866, 5, 352.

204. En cuanto á las cartas que un cónyuge escribe al otro, podría creerse que son esencialmente confidenciales; pero no es así en materia de divorcio. Si esas carta contienen injurias, ultrajes, son por sí mismas una causa de divorcio; porque la injuria puede ser verbal ó por escrito. Cierto es que no será pública, pero la ley no exige la publicidad. Tampoco es público el adulterio de la mujer, lo que no impide que sea una causa de divorcio La cuestión ha sido desde luego debatida. (1) La jurisprudencia es hoy constante (2) y se apoya en los verdaderos principios, tales como los establece el mismo Merlin. Toda carta es propiedad del remitente desde el momento en que la recibe. Y bien, ¿puede disputarse al propietario de un título cualquiera el derecho de utilizarlo para justificar una demanda que informe judicialmente? Esto se ve diariamente en los litigios de interés personal. No hay ninguna razón para que no se aplique la regla general al divorcio. (3) Y hasta hay que agregar algo más: la palabra más directa y evidente de la injuria hecha por escrito, es la carta que la contiene. Los tribunales da Bélgica, en varias ocasiones, han fallado que las cartas injuriosas son suficientes para comprobar la causa de divorcio, y que es inútil proceder á toda averiguación: Una mujer deja al marido; en la correspondencia entablada entre ambos, ella confiesa la invencible y creciente aversión que hacia él experimenta; declara que le es preferible la muerte á la vida común con su marido. En presencia de ultrajes tan repetidos, la averiguación judicial sería superflua; la Corte de Bruselas admite inmediamente el divorcio. (4)

1 Véase el alegato de Dalloz en el asunto de Montal, *Repertorio*, en la palabra *Carta misiva*, núm. 22.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpos*, núm. 38.

3 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Carta misiva*, núm. VI, 2, tomo XVIII, p. 134.

4 Sentencia de 25 de Junio de 1827, *Pasicrisia*, 1867, 2, 351. Com-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

205. La prueba testimonial se admite indefinidamente. Sábese que el Código Napoleón rechaza en principio la prueba, por medio de testigos, salvo el caso en que el monto pecuniario de las diferencias no exceda de cincuenta francos (art. 1341). Pero este principio no se aplica á los hechos puros y sencillos, que por sí mismos no engendran derecho ni obligación: tales son los hechos que constituyen las causas determinadas del divorcio. Hechos de éstos hay que son delitos; entonces se aplica la excepción del art. 1348 en virtud de la cual pueden probarse por testigos los delitos y cuasidelitos sin tener en cuenta el monto pecuniario del litigio.

Siguese de aquí que las presunciones se admiten también para probar las causas determinadas de divorcio. En efecto, por los términos del art. 1353, el magistrado puede admitir las presunciones en los casos en que la ley permite la prueba testimonial. Es preciso que las presunciones sean graves, precisas y concordantes: cuestión de hecho que se deja á la apreciación del juez. Se ha fallado que el adulterio puede probarse por vía de presunciones, (1) con tal que tengan el carácter requerido por la ley. (2)

206. ¿Las causas de divorcio pueden probarse por confesión del reo? Hay dos disposiciones del Código Civil que parecen decidir la cuestión en términos formales; el artículo 1356 dice que la confesión judicial es de plena prueba contra el que la hace, y el art. 243 quiere que cuando los esposos comparezcan por vez primera ante al tribunal, se

párese con la sentencia de Bruselas de 9 de Marzo de 1863, *Pasicrisia*, 1863, 2, 274, y de Lieja, de 9 de Diciembre de 1840, *Pasicrisia*, 1848, 2, 336.

1 Sentencias de Burdeos de 27 de Febrero de 1807 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpos*, núm. 440, 3°) y de Riom, de 9 de Noviembre de 1810 (*ibid.*, núm. 258).

2 Sentencia de Bruselas, de 5 de Noviembre de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, 289).

levante una acta de las confesiones que uno y otro pudieran hacer. No obstante, es de jurisprudencia que, por regla general, la confesión no puede invocarse como prueba de los hechos que originan el divorcio. Hay desde luego que hacer á un lado el art. 1356. Precisamente porque la confesión es de plena prueba contra el que la hace, no se puede prevalecerse de ella sino cuando se trata de intereses pecuniarios, de los cuales pueden las partes disponer libremente; en materias de orden público, el solo consentimiento de las partes nada puede, nada, sobre todo en materia de divorcio, supuesto que el simple consentimiento de los esposos no es bastante para legitimar la disolución del matrimonio. Así es que el art. 1356 es inaplicable, porque admitir la confesión del demandado como plena prueba de los hechos, sería hacer depender el divorcio de la voluntad ó de la colusión de los consortes. (1)

Queda el art. 243. Este no dice cuál sea la fuerza probatoria de las confesiones que el acta debe contener. De todos modos, es evidente que la ley quiere tomarlas en consideración, porque si no no exigiría que se consignasen en una acta. De esto es preciso concluir con Merlin, que el juez puede tener en cuenta las confesiones del demandado, si las circunstancias de la causa le dan la convicción de que aquel es de buena fe y que ha hecho confesiones para evitar diligencias escandalosas.

La jurisprudencia vacila en esta cuestión. Hay sentencias que parecen desechar la confesión de una manera absoluta, fundándose en que el Código Napoleón rechaza las separaciones voluntarias (2); pero el Código rechaza tam-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Adulterio*, pfo. X, t. I, p. 216. Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 502. Esta es la opinión general.

2 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpos*, núm. 260.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bién los divorcios voluntarios, y no obstante; el art. 243 quiere que se levante una acta de las confesiones. La Corte de Casación ha seguido siempre la opinión de Merlín, que concilia los diversos principios sobre la materia. Se ha fallado, en materia de divorcio, que las confesiones del demandado debian tomarse en consideración para establecer los hechos alegados por la parte que demanda; que cuando dichas confesiones contribuian á comprobar las causas de divorcio alegadas por el demandante, el juez no podía pedir que fuesen plenamente comprobadas por medios independientes de tales confesiones. Se ha juzgado, en materia de separación de cuerpos, que si la confesión no es bastante por sí sola como prueba, se puede, no obstante, tomarla en consideración por el juez; la sentencia de la Corte comprueba que en todas las circunstancias del proceso el magistrado habia hallado la más completa certidumbre de que no existía ninguna colisión entre los consortes. (1)

207. ¿Puede una de las partes deferir á la otra el juramento decisorio? No, apesar de los términos generales del art. 1356, que establece que "el juramento decisorio puede deferirse cualquiera que sea la disputa de que se trate." Esta disposición debe restringirse á los pleitos de interés pecuniario, pero no á los que traten cuestionas de estado. En efecto, el juramento implica una transacción, y no se puede transigir en materia de divorcio, porque ello equivaldría á hacer depender de las convenciones, entre las partes de un litigio, el éxito de éste que es esencialmente de orden público, equivaldría á permitir un divorcio por concurso de consentimientos. La doctrina y la jurisprudencia están concordes en rechazar el juramento decisorio (2) ¿Debe aplicarse el mismo principio al juramento supletorio? Este juramento no es una transacción sino un suplemento de prueba que el juez pide á la conciencia de una de las partes, cuando la demanda ó la excepción no está plenamente desprovista de pruebas (arts. 1366, 1367). Merlín dice que cuando el actor no establece plenamente la causa de divorcio no debe tomarse en consideración su demanda. Esto equivale á decidir la cuestión con la cuestión misma. Trátase precisamente de saber si el juez puede buscar un suplemento de prueba en el juramento. Sin embargo, nos adherimos á la opinión de Merlín. De todas maneras, sigue siendo una verdad que la decisión de la causa dependería de la voluntad ó de la conciencia de una de las partes, lo que, en materia de divorcio, es inadmisible.

1 Sentencias de 6 de Junio de 1856 (Dalloz, 1853, 1, 244) y de 29 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 515).

2 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Juramnto*, pfo. II, art. II, número 6. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpos*, numero 262.

§ III.—*De los fines de no recibir contra la acción en divorcio por causa determinada.*

208. No hay que confundir los fines de no recibir con los fines de no proceder. Estos últimos sólo se refieren al procedimiento cuando es irregular. Si se admite la excepción, el procedimiento queda anulado, pero puede volverse á comenzar. Mientras que los fines de no recibir son concernientes al fondo de la causa, desvían la demanda sin permitir siquiera su examen. Hay fines de no recibir que derivan de la ausencia de una de las condiciones que para el divorcio se requieren. Tal sería el caso en que se pidiese el divorcio por causa diversa á la que la ley admite. Hay fines de no recibir que resultan de los principios generales del derecho, como la prescripción. En fin, los hay que son especiales al divorcio por causa determinada, como la reconciliación y, en cierto sentido, la compensación.

bién los divorcios voluntarios, y no obstante; el art. 243 quiere que se levante una acta de las confesiones. La Corte de Casación ha seguido siempre la opinión de Merlín, que concilia los diversos principios sobre la materia. Se ha fallado, en materia de divorcio, que las confesiones del demandado debian tomarse en consideración para establecer los hechos alegados por la parte que demanda; que cuando dichas confesiones contribuian á comprobar las causas de divorcio alegadas por el demandante, el juez no podía pedir que fuesen plenamente comprobadas por medios independientes de tales confesiones. Se ha juzgado, en materia de separación de cuerpos, que si la confesión no es bastante por sí sola como prueba, se puede, no obstante, tomarla en consideración por el juez; la sentencia de la Corte comprueba que en todas las circunstancias del proceso el magistrado habia hallado la más completa certidumbre de que no existía ninguna colisión entre los consortes. (1)

207. ¿Puede una de las partes deferir á la otra el juramento decisorio? No, apesar de los términos generales del art. 1356, que establece que "el juramento decisorio puede deferirse cualquiera que sea la disputa de que se trate." Esta disposición debe restringirse á los pleitos de interés pecuniario, pero no á los que traten cuestionas de estado. En efecto, el juramento implica una transacción, y no se puede transigir en materia de divorcio, porque ello equivaldría á hacer depender de las convenciones, entre las partes de un litigio, el éxito de éste que es esencialmente de orden público, equivaldría á permitir un divorcio por concurso de consentimientos. La doctrina y la jurisprudencia están concordes en rechazar el juramento decisorio (2) ¿Debe aplicarse el mismo principio al juramento supletorio? Este juramento no es una transacción sino un suplemento de prueba que el juez pide á la conciencia de una de las partes, cuando la demanda ó la excepción no está plenamente desprovista de pruebas (arts. 1366, 1367). Merlín dice que cuando el actor no establece plenamente la causa de divorcio no debe tomarse en consideración su demanda. Esto equivale á decidir la cuestión con la cuestión misma. Trátase precisamente de saber si el juez puede buscar un suplemento de prueba en el juramento. Sin embargo, nos adherimos á la opinión de Merlín. De todas maneras, sigue siendo una verdad que la decisión de la causa dependería de la voluntad ó de la conciencia de una de las partes, lo que, en materia de divorcio, es inadmisible.

1 Sentencias de 6 de Junio de 1856 (Dalloz, 1853, 1, 244) y de 29 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 515).

2 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Juramnto*, pfo. II, art. II, número 6. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpos*, numero 262.

§ III.—*De los fines de no recibir contra la acción en divorcio por causa determinada.*

208. No hay que confundir los fines de no recibir con los fines de no proceder. Estos últimos sólo se refieren al procedimiento cuando es irregular. Si se admite la excepción, el procedimiento queda anulado, pero puede volverse á comenzar. Mientras que los fines de no recibir son concernientes al fondo de la causa, desvían la demanda sin permitir siquiera su examen. Hay fines de no recibir que derivan de la ausencia de una de las condiciones que para el divorcio se requieren. Tal sería el caso en que se pidiese el divorcio por causa diversa á la que la ley admite. Hay fines de no recibir que resultan de los principios generales del derecho, como la prescripción. En fin, los hay que son especiales al divorcio por causa determinada, como la reconciliación y, en cierto sentido, la compensación.

Núm. 1.—De la reconciliación.

209. El art. 272 dice: "La acción de divorcio se extingue por la reconciliación de los cónyuges, sea que ésta tenga lugar después de los hechos que hayan podido autorizar la acción, sea después de la demanda de divorcio." Nada tan natural como esto. Los hechos que originan el divorcio constituyen una injuria, y ésta puede borrarse con el perdón. Si el cónyuge ofendido perdona al culpable, deja de haber causa de divorcio. Así, pues, la reconciliación supone esencialmente la voluntad de perdonar, lo que implica que el cónyuge que perdona conoce los hechos de donde la ofensa dimana. Imposible es, dice la Corte de Limoges, que el que ignora los hechos de los que habría tenido que quejarse, haya tenido la intención da perdonarlos (1)

Además, la ley no prescribe ninguna condición para que haya reconciliación, así es que el juez no puede decidir que la reconciliación debe tener cierta duración, porque esto sería agregar algo á la ley, y por consiguiente hacerla. Desde el momento en que ha existido la reconciliación, la injuria queda borrada y la acción cae (2). Pero corresponde á los tribunales apreciar si la reconciliación es real ó aparente. El marido sostiene á una concubina en la casa común; se verifica una reconciliación entre los cónyuges, con la condición de que la concubina deje la casa conyugal; ésta la deja en apariencia, pero vuelve casi inmediatamente. Esto no es una reconciliación sino su simulacro, ha dicho la Corte de Bruselas (3). Puede decirse más: la reconciliación era condicional y no se cumplió la condición.

1 Sentencia de 24 de Mayo de 1853 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpos*, núm. 19, 1.°) Compárese con sentencias de Besançón, de 20 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 54) y de Lieja, de 4 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 233).

2 Sentencia de casación, de 8 de Diciembre de 1832 (Surey, 1833, 1, 528).

3 Sentencia de 5 de Agosto de 1846 [*Pasicrisia*, 1848, 2, 32].

210. Según los términos del art. 274, "si el actor en el divorcio niega que haya habido reconciliación, el demandadado probará que sí la ha habido, sea por escrito, sea por medio de testigos." El citado artículo agrega: "en la forma prescripta en la primera sección del presente capítulo." De aquí resulta que si el demandado sostiene que la reconciliación tuvo lugar antes de la demanda, debe observar el art. 249; es decir, que debé designar los testigos inmediatamente después de que se pronuncie el fallo que ordene las averiguaciones; si no lo hace, se declarará que no há lugar á la prueba de reconciliación por medio de testigos (1).

¿El art 274 quiere asimilar en todo la prueba de la reconciliación y la prueba de las causas de divorcio? Nó, dicho artículo sólo se aplica á la prueba testimonial de los hechos que se invocan para establecer la existencia de la reconciliación. El Código, en el título del *Divorcio*, no se ocupa ni del juramento ni de la confesión, así es que queda en pie la cuestión de saber si puede probarse la reconciliación por la confesión y por el juramento. A nuestro juicio, el punto es dudoso. Respecto á la afirmativa, se dice que, en principio, nada se opone á que el perdón de la injuria se pruebe por la confesión; este perdón extingue la acción. Si una declaración del demandado es insuficiente para romper el matrimonio, no vemos por qué razón una declaración del demandado no sería suficiente para mantener aquel vínculo. En esto no hay que tener fraude ni colusión. Por último, si, en tanto como sea posible, ha de evitarse la disolución del matrimonio, por eso mismo importa facilitar la prueba de la reconciliación que extingue la acción de divorcio. Estas razones son muy poderosas, y

1 Sentencias de Lieja, de 24 de Mayo y de 13 de Octubre de 1826 (Arntz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p 230, núm. 441).

tal es la opinión general. Demolombe ni siquiera discute la cuestión. Sin embargo, hay un motivo de duda que no obliga á inclinarnos al lado de la opinion contraria. El que hace una confesión dispone del derecho que es su objeto. Y ¿se puede disponer del derecho de intentar la acción de divorcio? El esposo ofendido puede renunciar á ese derecho perdonando la injuria, pero si niega que haya perdonado, ¿puede invocarse su confesión en una materia de estado personal? Porque hay en causa un estado, el matrimonio. Desde luego, el proceso no puede decidirlo la voluntad sola de una de las partes.

Por la misma razón no admitimos el juramento. El juramento decisorio es una transacción, y no se puede transigir sobre el mantenimiento del matrimonio, así como tampoco sobre su disolución. En cuanto al juramento supletorio, hay que aplicarle lo que acabamos de decir sobre la prueba de las causas determinadas. No se puede tampoco abandonar en parte ó en todo la decisión de la causa á los cónyuges en ella interesados; siempre por el motivo de que se trata una cuestión de estado (1).

211. La reconciliación puede ser tácita; es decir, que puede resultar de un hecho que implique la intención de perdonar la injuria. Tócale naturalmente al juez apreciar por los caracteres del hecho. ¿Puede provocarse la cohabitación de los esposos, posterior á la ofensa, como un hecho que implique reconciliación? Esto depende de las circunstancias que acompañan á la cohabitación; el hecho aislado de quedarse en el domicilio conyugal, no lleva consigo voluntad de perdonar la ofensa; el mismo texto del Código lo prueba. Resulta del art. 459 que la ley supone la continuación

1 Demolombe admite la confesión y rechaza el juramento [t. IV, p. 529, núm. 420) Una sentencia de la Corte de Trèves, del 28 de Mayo de 1813, admite el juramento (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpos*, núm. 433, 2.°)

de la vida común durante el procedimiento de divorcio; y por los términos del art. 268, la mujer *puede* dejar el domicilio del marido durante la instancia; esta es una facultad pero no una obligación. Supuesto que la mujer puede cohabitar regularmente con el marido, no podría considerarse la vida común como un fin de no recibir contra ella; se necesita otra cosa más que el hecho material de la cohabitación, se necesitan circunstancias que prueben que la mujer tiene la intención de perdonar. La jurisprudencia está en este sentido (1). El hecho que la mujer resultase en cinta después de los hechos que constituyen una causa de divorcio, sería, en general, una señal de reconciliación; tal es la opinión de los autores, y la jurisprudencia la consagra, salvo siempre la facultad de apreciación que se reserva al juez (2).

212. La reconciliación extingue la acción; no obstante, dice el art. 273, el actor podría intentar una nueva por causa que sobrevenga después de la reconciliación, y entonces hará uso de las causas antiguas para apoyar su nueva demanda. Toda reconciliación es condicional por naturaleza; el esposo que perdona las ofensas, lo hace porque su cónyuge le promete serle fiel en lo futuro. Si falta á esta promesa, el perdón debe considerarse como no otorgado; los nuevos yerros de que el cónyuye se hace culpable, hacen servir los antiguos y los agravan. Poco importa que el esposo lastimado haya intentado ó nó una acción en divorcio. El art. 273 supone, es cierto, que se ha intentado una acción primera, pero no hace más que prever una hipótesis, y no prescribir una condición. El esposo que per-

1 Sentencia de la corte de casación, de 4 de Abril de 1808, Dalloz, en la palabra *separacion de cuerpo*, núm. 464. Sentencias de Bruselas, de 9 de Agosto de 1848, *Pasicricia*, 1848, 2, 310, y del 3 de Mayo de 1847, *Pasicricia*, 1850, 2, 270.

2 Duranton, t. II, p. 518, núm. 571, Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 209, 2° y 3°, y núm. 77.

dona sin hacer intervenir la justicia, manifiesta con esto mayor indulgencia; y, si su cónyuge, en lugar de arrepentimiento y gratitud, muestra con su conducta que es indigno del perdón que se le ha otorgado, ciertamente que no podrá prevalerse de tal perdón. Poco importa, además, que los hechos antiguos se hayan admitido ó desechado, es una nueva instancia que se abre, y la ley misma hace revivir los antiguos hechos (1).

Se pregunta cuál debe ser el carácter de los nuevos hechos. ¿Deben ser bastante graves para autorizar por sí mismos el divorcio? Apenas se comprende que pueda plantearse la cuestión. Hay, sin embargo, sentencias que exigen esta condición (2); ¿pero si esto es así, para qué, entónces la disposición del art. 273? Viene ésta á carecer de sentido; para que tenga una significación, hay que admitir los nuevos agravios como autorizando la demanda de divorcio, por más que no tengan, por sí solos, la gravedad requerida por la ley, y que no la adquieran sino acumulándose á los hechos antiguos. Esta interpretación es también conforme á los principios. A decir verdad, el art. 273 no concede un favor al esposo ofendido, no hace sino aplicar los principios que rigen los contratos; porque el perdón implica un concurso de voluntades. Desde el momento en que el esposo culpable no cumple sus compromisos, el perdón cesa y los antiguos agravios reviven. Tal es la doctrina de los autores, así como de la mayor parte de las sentencias (3). No es necesario que los nuevos hechos sean de la misma naturaleza que los antiguos; la ley no lo exige, y ni razón ha-

1 Demolombe, *curso de código Napoleón*, t. IV, p. 532, núms. 423 y 425.

2 Sentencia de Rouen y de Núñes, en Dallos, en la palabra *separacion de cuerpo*, núm. 216.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *separacion de cuerpo*, números 217 y 433, 2°.

bía para exigirlo; todos los hechos se reducen, en definitiva, á uno solo, violación de los deberes que el matrimonio impone; poco importa, en el punto de vista del divorcio, en qué consista la violación (1).

Núm. 2.—De la compensación.

213. Se dice que hay compensación, en materia de divorcio, en el sentido de que las faltas del actor atenúen las del esposo culpable, hasta el punto de que el delito de éste no tenga ya bastante gravedad para que el tribunal admita el divorcio. Es evidente que no puede tratarse de una verdadera compensación. No se paga una ofensa con otra ofensa. ¿Acaso no habrá robo porque el ladrón fuese á su vez robado? ¿Diríase que los dos robos se compensan? Igualmente absurdo é inmoral sería decir que las faltas de dos esposos se compensan y que de ellas no dimana ninguna acción. Lógicamente, por el contrario, debe decirse que surgirán dos acciones, supuesto que hay dos esposos ofendidos; léjos, pues, de que no haya causa de divorcio, hay una doble causa.

Sin embargo, la idea de compensación se ha abierto camino en materia de divorcio. La corte de Agen había propuesto que se inscribiese este fin de no recibir en el código, para el caso en que el actor que imputase á su cónyuge malos procederes, y sobre todo, el adulterio, fuese él mismo culpable de la misma falta. Los autores del código civil no admitieron esta singular teoría. Esto basta para desecharla. Ha sido reproducida por Duranton, y otros autores la enseñan. Se le da por fundamento el art. 336 del código penal, por cuyos términos al marido que ha tenido una concubina en la casa común, no se le recibe la denuncia de

1 Merlín, *Cuestiones de derecho* en la palabra *Adulterio*, párrafos VIII y IX.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

adulterio de su mujer. Si en materia criminal, en donde ciertamente que un delito no compensa otro, la ley opone al marido un fin de no recibir cuando él mismo es culpable del crimen que imputa á su mujer, con mayor razón, se dice, hay que admitir este fin de no recibir en materia civil, cuando fundándose en el adulterio de su cónyuge para pedir el divorcio, se descubre que el actor es culpable del mismo delito. Y si esto es así en caso de adulterio, ¿por qué no sería lo mismo en los excesos, sevicias é injurias graves? La razón es idéntica, y ahí en donde existe la misma razón para decidir, debe haber la misma decisión (1).

Esta opinión no ha tenido aceptación. Nosotros creemos, con Domolombe (2) y con la jurisprudencia, que no existe ninguna analogía entre la denuncia del adulterio ante los tribunales correccionales y la acción de divorcio. La primera tiende á la aplicación de un castigo, y sólo el marido puede denunciar el delito. ¿Se podía admitir al marido ó pedir el castigo de la mujer adúltera, cuando él guarda una concubina en la casa conyugal? La demanda de divorcio está fundada en la violación de un deber, y una vez comprobado este hecho, debe haber disolución del matrimonio. En vano se dirá que aquel de los cónyuges que viola sus deberes no puede querellarse de que el otro viole los suyos. ¿Si por una y otra parte hay violación del contrato, se podrá inferir que no hay violación, y que debe mantenerse un matrimonio en el cual cada uno de los esposos mancha el lecho conyugal? Se debe, por el contrario, dar á cada uno de los esposos el derecho para pedir el divorcio, sea por vía de acción, sea por vía de excepción.

El derecho concedido á ambos consortes para pedir el divorcio, cuando los dos son culpables, es la verdadera so-

1 Duranton, *curso de derecho francés*, t. II, p. 521, núms. 574-576.
2 Demolombe, *Curso de código Napoleon*, t. IV, ps. 522 y siguientes, núm. 415.

lución de la dificultad. Se funda en los principios de derecho, porque en donde hay una causa de divorcio, debe haber una disolución de matrimonio (1). Está en armonía con el sentimiento moral, porque la conciencia protesta contra la idea del matrimonio indisoluble, porque ambos cónyuges llenan la medida del escándalo. Cierto es que queda una anomalía entre el derecho criminal y el derecho civil. Proviene esa anomalía de que el código penal de 1810 da al marido sólo el derecho de denunciar el adulterio de la mujer, y lo declara inadmisible si el mismo marido es adúltero; el código no dice lo mismo respecto á la mujer. El código penal belga (art. 390) pone al mismo nivel á los dos consortes y no reproduce el fin de no recibir consagrado por la legislación francesa. Esto restablece la armonía entre el derecho civil y el derecho penal.

Al citar un fallo de la corte de Orleans contrario á su opinión, Duranton dice que es de creerse que no llegará á constituir jurisprudencia. Los tribunales, por el contrario, se han pronunciado por la opinión de Merlín; la corte de Orleans dice que no pueden admitirse más fines de no recibir que los establecidos por la ley. Esta razón es suficiente para resolver la cuestión (2). De aquí resulta que la condena de uno de los cónyuges por adulterio no lo imposibilita para pedir el divorcio por sevicias ó injurias graves (3).

214. Si jamás puede haber compensación propiamente dicha, en materia de divorcio, sin embargo, los agravios del actor pueden algunas veces invocarse por el reo, si no

1 Sentencia de Bruselas, de 16 de Enero de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 37) y de Douai, de 4 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 152).
2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra "separación de cuerpo," número 194. Sentencia de Bruselas de 27 de Junio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, 2, 191).
3 Sentencia de Bruselas de 8 de Mayo de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 328). Sentencia de la corte de casación de 1° de Junio de 1824 (Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 194, 7°)

para justificarse, al menos para excusarse. Este punto es muy delicado y exige extrema reserva en su aplicación. Vamos desde luego á citar sentencias que han desechado la demanda de divorcio ó la de separación de cuerpo, fundándose en los agravios del cónyuge demandante. Se ha determinado que las sevicias ó injurias graves no podían servir de base para la demanda de divorcio, cuando el esposo que de ellas se quejaba las había provocado por su mala conducta; que los golpes inferidos por un marido á su mujer, cuando tenían su excusa en gastos excesivos, en defectos de caracter y en correrías fuera de la casa, no eran una causa suficiente de divorcio; que no era admisible una demanda de divorcio por causa de adulterio, intentada por el marido que había dejado á su mujer en una habitación aislada, lejos de él y en una sociedad notoriamente peligrosa para las constumbres de aquella (1). Se ha fallado que las sevicias é injurias provocadas por la conducta ligera é inconveniente de la mujer, así como por sus procederes vejatorios, no tenían ya la gravedad suficiente para legitimar el divorcio; que los agravios del actor, aunque no constituyendo por sí mismos una causa de no-recibir, disminuían la gravedad de las injurias de que se quejaba el demandado, de manera que no había causa de divorcio (2). Las cortes de Francia han pronunciado sentencias análogas en materia de separación de cuerpo, motivadas en general en que los agravios de uno de los cónyuges son una especie de provocación que atenúa los del demandado, y les quita la gravedad que se requiere por la ley para que sean una cau-

1 Sentencias de Angers, de 3 de Junio de 1813; de Turín, del 25 *messidor*, año XII; de París, de 6 de Abril de 1811 (Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núms. 466, 468).

2 Sentencias de Bruselas, de 15 de Marzo de 1854; de 19 de Diciembre de 1857, y de Gante, de 2 de Agosto de 1861 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 357; 1862, 2, 176).

sa de divorcio. La doctrina camina de acuerdo con la jurisprudencia (1).

¿Acaso por la provocación es por lo que quedan bien justificadas las sentencias que acabamos de citar? La provocación implica que la injuria ó los malos tratamientos se siguen inmediatamente al hecho que constituye la provocación. No es así como los tribunales han apreciado los agravios recíprocos de los cónyuges. Se consideran ellos como una especie de jurado llamado á decidir si las causas que el actor alega tienen la gravedad que la ley exige para la disolución del matrimonio; si la conducta de uno de los cónyuges es tal que produzca en el otro una irritación en cierto modo permanente, los yerros de éste están por eso mismo atenuados y pierden la gravedad que tendrían sin esa circunstancia atenuante. No hay en esto provocación propiamente dicha. Interpretada de esta manera, la jurisprudencia está conforme con los principios. No se puede reprocharle que establezca un fin de no recibir, porque no considera como tal los yerros del actor; se limita á apreciar, según las circunstancias, los yerros del cónyuge culpable. Así se explica la diversidad inevitable de las sentencias en esta materia; hechos diversos tienen que provocar resoluciones diversas.

La corte de Bruselas ha resuelto que no se puede admitir el sistema de las circunstancias atenuantes para el adulterio de la mujer; cualesquiera que fueran los agravios del marido, el divorcio debe pronunciarse, porque el adulterio de la mujer puede introducir en la familia hijos que usurpen el nombre y la fortuna del marido (2). Otro tanto de-

1 Véanse los autores y las sentencias citadas en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra, "separación de cuerpo," núms. 195 y 198, y sentencia de la corte de casación, de 30 de Marzo de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 466).

2 Sentencia de 11 de Noviembre de 1846, *Pasicrisia*, 1847, 2, 319.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

be decirse del adulterio del marido, bien que no tenga las mismas consecuencias; pero por sí mismo es una violación tan grave de la fe conyugal, que jamás puede excusarse por las faltas de la mujer, aun cuando ésta fuese también adúltera. Sin duda que, bajo el punto de vista moral, el esposo que, exasperado por la mala conducta de su cónyuge, se entrega por su parte á sus pasiones, es menos vituperable que el que ha dado el ejemplo de mala conducta; pero bajo el punto de vista legal, no podría haber excusa para el adulterio, y cuando el lecho conyugal ha sido manchado por los dos consortes, la moralidad pública exige que se ponga un término á semejante escándalo.

¿No se deben aplicar los mismos principios á los excesos y sevicias? En cuanto á los excesos, no cabe la menor duda. Cuando corre peligro la vida de uno de los cónyuges, puede haber circunstancias atenuantes que disminuyan la criminalidad del hecho, pero no por esto dejará de pronunciarse el divorcio, porque la vida común se hace imposible cuando la vida de uno de los cónyuges deja de estar segura. Aún hay mas: aun cuando no se tratase de sevicias, las injurias no pueden alegarse como una provocación; no existe compensación, dice la corte de Poitiers, entre las sevicias y las palabras (1).

La corte de Douai ha fallado en el mismo sentido, que habiéndose el marido entregado á frecuentes excesos y sevicias contra su mujer, no podia invocar como excusa las provocaciones y la intemperancia de la actora; que estas circunstancias atenuaban sin duda, bajo el punto de vista moral, los yerros del marido, pero les dejaban, no obstante, todos los caracteres propios para motivar y hasta para hacer necesaria la separación de cuerpo (2). Por la misma

1 Sentencia de 1º ventoso, año XI (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 467).

2 Sentencia de 4 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1853, 2. 153).

razón se ha juzgado que la embriaguez habitual de la mujer no es una excusa para las sevicias de que se hace culpable el marido (1).

Num. 3.—De la prescripción.

215. ¿Prescribe la acción de divorcio? Llama desde luego la atención que este punto dé lugar á controversia. Toda acción prescribe, á menos que la ley la declare imprescriptible. ¿Por qué, pues, no había de prescribir la acción de divorcio? Sin duda alguna que rara vez sucede que se invoque la prescripción, porque lo más á menudo cuando la acción no se intenta en un plazo breve hay reconciliación, y en consecuencia la acción queda extinguida. Pero puede suceder que no haya reconciliación aun cuando haya continuado la vida común; si, por ejemplo, el marido ha ignorado el adulterio de la mujer, ¿se puede en tal caso oponerle la prescripción? Nosotros creemos que en principio hay lugar á la prescripción trentenaria. En efecto, según los términos del art. 2262, toda acción prescribe por treinta años, y la ley no exceptúa la acción de divorcio. Esta es la opinión de Zacarías, y hay sentencias en el mismo sentido (2). Se objeta que, según el art. 2253, la prescripción no corre entre esposos. Pero esta disposición no puede recibir aplicacion al divorcio, porque supone que la acción, suspensa durante el matrimonio, comienza á correr cuando el matrimonio se disuelve, mientras que si se aplicase al

1 Sentencia de Nancy de 8 de Mayo de 1832 (Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 103, 2.°) y de Lieja de 1° de Agosto de 1854 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 440).

2 Zacarías, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 252. Sentencia de Rennes de 28 de Diciembre de 1825 (Dalloz, en la palabra *prescripción criminal*, núm. 102) y de Colonia, de 21 de Febrero de 1849 (*Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1383).

divorcio la acción jamás podría intentarse. Esto equivaldría, pues, á transformar una causa de suspensión en un caso de imprescriptibilidad, lo que es inadmisible.

Se hace otra objeción para las causas de divorcio que constituyen delitos, como el adulterio. El código de instrucción criminal (arts. 637 y 638) somete á la prescripción de tres años la acción civil y la acción pública que derivan de un delito. De aquí se ha inferido que, después de tres años, el esposo ofendido ya no puede prevalerse del adulterio (1). Nosotros creemos que esto es darle una falsa interpretación á los arts 637 y 638. La acción civil que prescribe por tres años es la acción de reparación de daños causados por el delito, acción pecuniaria que no puede sobrevivir á la extinción de la acción pública. Mientras que la demanda de divorcio no es una acción de daños y perjuicios. Ella se funda en la violación de un deber conyugal, poco importa que esta violación constituya ó no un delito.

§ IV. DE LA ACCION DE DIVORCIO.

Núm. 1.—¿Quién puede intentar la acción?

216. La ley da este derecho á ambos esposos; unas veces habla del marido y de la mujer (arts. 229 y 230), otras de los esposos (arts. 231, 232). Hay que añadir que la acción no puede ser intentada sino por los esposos: por su objeto y por las causas que la originan, es esencialmente personal. Los acreedores no pueden formarla, y ni aun siquiera podrían intervenir en la instancia. Esto no es necesario ni decirlo. Sin embargo, con bastante generalidad se admite que el tutor puede pedir el divorcio en nombre del incapaz; y cuando el cónyuge es tutor se concede este derecho al tutor subrogado(1). No vacilamos en rechazar esta opinión como contraria al texto y al espíritu de la ley. No hay una acción más personal que la de divorcio; tiene por objeto la disolución del matrimonio; la ley no la da sino á su pesar; sólo al esposo ofendido concierne saber si le conviene intentarla. Puede oponerse á ello su conciencia. ¿Con qué derecho una tercera persona había de hacer en nombre del incapacitado lo que éste quizás no querría hacer? Las causas del divorcio son de tal modo personales que no se concibe la intervención del tutor; trátase de una injuria, es decir, de lo que más personal puede haber en el mundo; la injuria se borra por el perdón; ¿y cómo saber si el incapacitado no ha perdonado? El procedimiento exige á cada paso la presencia del actor, por una parte con el fin de asegurarse de su voluntad persistente, y por la otra á fin de abocarlo á una conciliación. ¿Acaso el tutor puede representar al incapaz en lo que éste tiene de más íntimo, su voluntad?

Dícese que el tutor se da á la persona y que debe tomar á su cuidado á la persona del incapacitado (arts. 509 y 450). ¿Pero, en materia de divorcio, se trata de la persona del incapaz? Se trata de romper el matrimonio, fundamento de la sociedad; se trata del cónyuge y de los hijos habidos en el matrimonio, se trata de la honra de la familia; ¿y es esta la misión del tutor? En vano se invoca la moral y la miserable posición del incapaz, juguete vil de un cónyuge desvergonzado y cruel. Estas consideraciones se dirigen al legislador, y el intérprete no tiene por qué preocuparse por ellas. A decir verdad, en la opinión general es donde se elabora la ley. Como la acción de divorcio es cosa grave

1 Massot, *De la separación de cuerpo*, p. 72, núm. 8.

1 Demolombe, t. IV, p. 428. Sentencia de Colmar de 16 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 89. 1°, y de París de 21 de Agosto de 1841 (Dalloz en la palabra *Minoría*, núm. 237, 3.°)

divorcio la acción jamás podría intentarse. Esto equivaldría, pues, á transformar una causa de suspensión en un caso de imprescriptibilidad, lo que es inadmisible.

Se hace otra objeción para las causas de divorcio que constituyen delitos, como el adulterio. El código de instrucción criminal (arts. 637 y 638) somete á la prescripción de tres años la acción civil y la acción pública que derivan de un delito. De aquí se ha inferido que, después de tres años, el esposo ofendido ya no puede prevalerse del adulterio (1). Nosotros creemos que esto es darle una falsa interpretación á los arts 637 y 638. La acción civil que prescribe por tres años es la acción de reparación de daños causados por el delito, acción pecuniaria que no puede sobrevivir á la extinción de la acción pública. Mientras que la demanda de divorcio no es una acción de daños y perjuicios. Ella se funda en la violación de un deber conyugal, poco importa que esta violación constituya ó no un delito.

§ IV. DE LA ACCION DE DIVORCIO.

Núm. 1.—¿Quién puede intentar la acción?

216. La ley da este derecho á ambos esposos; unas veces habla del marido y de la mujer (arts. 229 y 230), otras de los esposos (arts. 231, 232). Hay que añadir que la acción no puede ser intentada sino por los esposos: por su objeto y por las causas que la originan, es esencialmente personal. Los acreedores no pueden formarla, y ni aun siquiera podrían intervenir en la instancia. Esto no es necesario ni decirlo. Sin embargo, con bastante generalidad se admite que el tutor puede pedir el divorcio en nombre del incapaz; y cuando el cónyuge es tutor se concede este derecho al tutor subrogado(1). No vacilamos en rechazar esta opinión como contraria al texto y al espíritu de la ley. No hay una acción más personal que la de divorcio; tiene por objeto la disolución del matrimonio; la ley no la da sino á su pesar; sólo al esposo ofendido concierne saber si le conviene intentarla. Puede oponerse á ello su conciencia. ¿Con qué derecho una tercera persona había de hacer en nombre del incapacitado lo que éste quizás no querría hacer? Las causas del divorcio son de tal modo personales que no se concibe la intervención del tutor; trátase de una injuria, es decir, de lo que más personal puede haber en el mundo; la injuria se borra por el perdón; ¿y cómo saber si el incapacitado no ha perdonado? El procedimiento exige á cada paso la presencia del actor, por una parte con el fin de asegurarse de su voluntad persistente, y por la otra á fin de abocarlo á una conciliación. ¿Acaso el tutor puede representar al incapaz en lo que éste tiene de más íntimo, su voluntad?

Dícese que el tutor se da á la persona y que debe tomar á su cuidado á la persona del incapacitado (arts. 509 y 450). ¿Pero, en materia de divorcio, se trata de la persona del incapaz? Se trata de romper el matrimonio, fundamento de la sociedad; se trata del cónyuge y de los hijos habidos en el matrimonio, se trata de la honra de la familia; ¿y es esta la misión del tutor? En vano se invoca la moral y la miserable posición del incapaz, juguete vil de un cónyuge desvergonzado y cruel. Estas consideraciones se dirigen al legislador, y el intérprete no tiene por qué preocuparse por ellas. A decir verdad, en la opinión general es donde se elabora la ley. Como la acción de divorcio es cosa grave

1 Massot, *De la separación de cuerpo*, p. 72, núm. 8.

1 Demolombe, t. IV, p. 428. Sentencia de Colmar de 16 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 89. 1°, y de París de 21 de Agosto de 1841 (Dalloz en la palabra *Minoría*, núm. 237, 3.°)

M. Demolombe quiere que el consejo de familia la autorice. ¿En dónde está el texto que lo exija? ¿Y se puede someter al tutor á pedir una autorización sin un texto de ley? (1)

¿Y no se podría sostener que la acción pertenece al incapaz, si tiene intervalos lúcidos? Si, como lo hemos enseñado, se admite que el incapaz puede casarse (2), se debe también reconocerle el derecho de promover el divorcio. Los contratos se disuelven por los principios mismos que presiden su formación. Quien es capaz para estipular un contrato lo es también para disolverlo. No faltan objeciones contra nuestra opinión, y de antemano las hemos contestado. Según nuestros textos la acción de divorcio pertenece al cónyuge. ¿Por qué rehusarla al cónyuge incapacitado? ¿Acaso porque se halla en estado de demencia? Nosotros suponemos que ejercita su acción en un intervalo lúcido. ¿Acaso porque la interdicción lo priva del ejercicio de sus derechos civiles? La ley no dice eso; en realidad la interdicción sólo un objeto tiene, y es poner fuera de riesgo los intereses pecuniarios de quien se halla en estado de demencia. ¿Si este estado le deja intervalos lúcidos, por qué no había de permitírsele que rompiese unos vínculos que se le ha permitido anudar en esos mismos intervalos? No hay texto que á esto se oponga, y la justicia tanto como la moral encontrarían en ello una satisfacción.

117. Es cierto que los herederos no pueden intentar la acción y que no puede intentarse contra ellos. Sería absurdo pedir la disolución de un matrimonio que la muerte ha di-

1 Villequet, *Del divorcio*, p. 117, núm 3. Arntz, t. I, p. 212, número 407. La corte de casación de Bélgica ha consagrado esta opinión por una sentencia de 11 de Noviembre de 1869 pronunciada por las conclusiones de M. Taider, abogado general. La requisitoria y la sentencia son notables.

2 Véase el t. II de estos *Principios*, núm. 288.

uelto. Se pregunta si la acción intentada puede ser proseguida por los herederos y contra ellos. En el antiguo derecho la jurisprudencia había consagrado la afirmativa, y esta opinión ha encontrado todavía partidarios bajo el imperio del código. Se trata naturalmente de los intereses civiles implicados en el debate, y éstos pueden ser considerables. El esposo contra el cual se pronuncia el divorcio por causa determinada pierde las ventajas que su cónyuge le había procurado. ¿Si la muerte de uno de ellos impide que el divorcio se decrete por qué había de impedir que se pusiesen en regla los intereses que del divorcio se derivan? Es cierto que la acción de divorcio es personal, pero las acciones personales pasan á los herederos cuando se han intentado. ¿Y esto no decide la cuestión? No; la acción intentada es la de divorcio, y ésta se extingue por la muerte de uno de los cónyuges. Llegado este momento la acción cesa, el tribunal queda desarraigado. Así es que se trata no de continuar una acción sino de intentar una nueva. Y es imposible que los herederos del actor intenten una acción de divorcio, así como que el actor ejercite una acción de divorcio contra los herederos del demandado. La razón no lo concibe y los principios de derecho se oponen á ello. No hay dos acciones de divorcio, una que tienda á la disolución del matrimonio y la otra que tenga por objeto privar al cónyuge culpable de las ventajas que el otro le ha procurado; no hay más que una sola acción, y su fin esencial es romper el matrimonio. En cuanto á la pérdida de las ventajas, son un efecto del divorcio pronunciado: ¿y se concibe que haya un efecto de divorcio cuando éste no existe todavía? Sin duda alguna que la justicia y la moral exigirían que la muerte no aprovechase al cónyuge culpable y á sus herederos. Para que pudiesen verse privados de las ventajas matrimoniales sería preciso que el legisla-

dor organizase una acción especial y principal, derogando el artículo 959, por cuyos términos las donaciones en favor del matrimonio no son revocables por causa de ingratitud. En cuanto á las donaciones hechas durante el matrimonio, no necesitan de una revocación, supuesto que son siempre revocables (art. 1096). Insistiremos sobre la revocación por causa de ingratitud al tratar de la separación de cuerpo.

Núm. 2.—Competencia.

218. Siendo civil la acción de divorcio naturalmente debe promoverse ante los tribunales civiles. ¿Pero qué de de hacerse cuando los hechos en que aquella se funda constituyen un delito? El art. 134 contesta á nuestra pregunta: «Cualquiera que sea la naturaleza de los hechos ó de los delitos que den lugar á la demanda de divorcio por causa determinada, esta demanda no podrá instaurarse sino en el tribunal del departamento en el cual los cónyuges tengan su domicilio.» ¿Y acaso esta disposición deroga los principios que rigen la acción civil que dimana de un delito? Sábese que esta acción puede llevarse al tribunal que conoce del delito; y, á primera vista, podría creerse que la acción de divorcio fundada en un delito es una acción civil que dimana del delito. Nó, la acción civil que deriva de un delito es una reclamación de daños y perjuicios, y nada se opone á que los tribunales criminales la resuelvan. Mientras que la acción de divorcio no tiene por objeto reparar el daño que el delito causa al esposo ofendido, sino que tiende á la disolución del matrimouio; esta disolución, lejos de ser favorable á los intereses pecuniarios del actor, puede serle desfavorable. Se versa un interés superior al del dinero, la unión conyugal. Así, pues, es una cuestión de estado la que le toca al juez decidir, y por esto mismo debe promoverse ante los tribunales civiles. En realidad la acción de

divorcio, aunque fundada en un hecho que constituye un delito, no dimana de éste como tal delito sino que se deriva de la violación de un derecho conyugal; por esto es que sólo los tribunales civiles pueden conocer de ella.

219. ¿Cuál es el tribunal competente? Según el art. 234 el tribunal del departamento ó distrito en donde está el domicilio de los casados. Teniendo la mujer el mismo domicilio legal que el marido, ante el tribunal de este domicilio debe presentar su querella. Poco importa que el marido haya cambiado desde poco tiempo há su domicilio. Tiene derecho á él, y cuando el cambio es constante la mujer ya no puede intentar su acción en el antiguo domicilio (1). Si el marido cambia de domicilio después de promovida la instancia, es evidente que este hecho no cambiará la competencia. Queda únicamente por determinar el momento preciso en que el proceso comienza. Se ha estimado, y con razón, que la querella presentada al presidente del tribunal es el acto primero del procedimiento, y que contestada por un mandamiento la instancia queda radicada; y desde ese momento debe continuar ante el tribunal de que es miembro dicho presidente (2).

La regla que establece el art. 234 sufre excepción en el caso previsto por el art. 310. Cuando los esposos están separados de cuerpo ya no tienen domicilio común, supuesto que tampoco hacen vida común (3). Se vuelve, pues, á entrar dentro de los principios generales, en cuya virtud el domicilio del demandado determina la competencia. Esta es la opinión de Proudhón (4.)

1 Sentencia de Colmar de 12 de Diciembre de 1816 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 229).

2 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 91.

3 Véase el t. II de estos *Principios*, núm. 85.

4 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 489.

dor organizase una acción especial y principal, derogando el artículo 959, por cuyos términos las donaciones en favor del matrimonio no son revocables por causa de ingratitud. En cuanto á las donaciones hechas durante el matrimonio, no necesitan de una revocación, supuesto que son siempre revocables (art. 1096). Insistiremos sobre la revocación por causa de ingratitud al tratar de la separación de cuerpo.

Núm. 2.—Competencia.

218. Siendo civil la acción de divorcio naturalmente debe promoverse ante los tribunales civiles. ¿Pero qué de de hacerse cuando los hechos en que aquella se funda constituyen un delito? El art. 134 contesta á nuestra pregunta: «Cualquiera que sea la naturaleza de los hechos ó de los delitos que den lugar á la demanda de divorcio por causa determinada, esta demanda no podrá instaurarse sino en el tribunal del departamento en el cual los cónyuges tengan su domicilio.» ¿Y acaso esta disposición deroga los principios que rigen la acción civil que dimana de un delito? Sábese que esta acción puede llevarse al tribunal que conoce del delito; y, á primera vista, podría creerse que la acción de divorcio fundada en un delito es una acción civil que dimana del delito. Nó, la acción civil que deriva de un delito es una reclamación de daños y perjuicios, y nada se opone á que los tribunales criminales la resuelvan. Mientras que la acción de divorcio no tiene por objeto reparar el daño que el delito causa al esposo ofendido, sino que tiende á la disolución del matrimouio; esta disolución, lejos de ser favorable á los intereses pecuniarios del actor, puede serle desfavorable. Se versa un interés superior al del dinero, la unión conyugal. Así, pues, es una cuestión de estado la que le toca al juez decidir, y por esto mismo debe promoverse ante los tribunales civiles. En realidad la acción de

divorcio, aunque fundada en un hecho que constituye un delito, no dimana de éste como tal delito sino que se deriva de la violación de un derecho conyugal; por esto es que sólo los tribunales civiles pueden conocer de ella.

219. ¿Cuál es el tribunal competente? Según el art. 234 el tribunal del departamento ó distrito en donde está el domicilio de los casados. Teniendo la mujer el mismo domicilio legal que el marido, ante el tribunal de este domicilio debe presentar su querella. Poco importa que el marido haya cambiado desde poco tiempo há su domicilio. Tiene derecho á él, y cuando el cambio es constante la mujer ya no puede intentar su acción en el antiguo domicilio (1). Si el marido cambia de domicilio después de promovida la instancia, es evidente que este hecho no cambiará la competencia. Queda únicamente por determinar el momento preciso en que el proceso comienza. Se ha estimado, y con razón, que la querella presentada al presidente del tribunal es el acto primero del procedimiento, y que contestada por un mandamiento la instancia queda radicada; y desde ese momento debe continuar ante el tribunal de que es miembro dicho presidente (2).

La regla que establece el art. 234 sufre excepción en el caso previsto por el art. 310. Cuando los esposos están separados de cuerpo ya no tienen domicilio común, supuesto que tampoco hacen vida común (3). Se vuelve, pues, á entrar dentro de los principios generales, en cuya virtud el domicilio del demandado determina la competencia. Esta es la opinión de Proudhón (4.)

1 Sentencia de Colmar de 12 de Diciembre de 1816 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 229).

2 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 91.

3 Véase el t. II de estos *Principios*, núm. 85.

4 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 489.

220. Si el hecho por el cual se pide el divorcio constituye un crimen ó un delito, el ministerio público puede ciertamente perseguir al cónyuge culpable; su acción es absolutamente independiente de la demanda de divorcio; obra por interés social y su derecho no puede ser limitado por una acción civil fundada en el crimen ó en el delito. El art. 235 supone que el ministerio público sustancia una acción criminal contra el cónyuge culpable, y decide que, en tal caso, la acción de divorcio quedará suspensa hasta que se pronuncie el fallo por la corte de justicia criminal. Esta es una aplicación del principio de que lo criminal suspende lo civil. En rigor la acción de divorcio habría podido continuar, supuesto que no nace realmente de un delito, pero de ello habría resultado una contrariedad de decisiones judiciales, si el tribunal hubiese desechado la demanda de divorcio en virtud de un hecho que el tribunal criminal hubiese admitido como comprobado.

¿Cuál será la influencia del fallo de lo criminal en la instancia del divorcio? Si el cónyuge es declarado irresponsable, la influencia es nula; puede suceder que no haya delito y sí causa determinada de divorcio, la causa civil volverá entonces á seguir su curso. Si el cónyuge es sentenciado el fallo servirá de prueba al actor en el divorcio. Ha sido resuelto por la corte de Lieja que el juicio correccional que condena al cónyuge por injurias y golpes es una justificación suficiente de la causa determinada del divorcio pedida por el cónyuge ofendido (1). La diferencia que nosotros establecemos entre la absolución del cónyuge en materia criminal y su condena resulta del art. 235; éste establèce que no se puede inferir del fallo del tribunal criminal ningún fin de no recibir ó excepción prejudicial contra el cónyuge actor en el divorcio. Esto supone la absolución del conyuge. Se ha fallado en verdad que el cónyuge no es culpable del delito que se le imputa, pero esto no prueba que este hecho no sea una causa de divorcio. Si hay condena el hecho que constituye la causa de divorcio está auténticamente comprobado por el juicio, y éste, por consiguiente, puede invocarse como prueba.

1 Sentencia de 29 de Junio de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, 2, 174).

Núm. 3.—Del procedimiento.

1. Principios generales.

221. El Código de Procedimientos, después de haber prescripto las formas en que debe intentarse la demanda de separación de cuerpo, agrega (art. 881): «Respecto del divorcio se procederá según las prescripciones del Código Civil.» Así, pues, el procedimiento en materia de divorcio se rige por el Código Napoleón y no por el de Procedimientos. Las formas prescriptas para la demanda de divorcio son todas ellas especiales porque el fin que el legislador se propuso es un fin particular. El legislador no gusta del divorcio, y no lo acepta sino como una necesidad; trata de impedirlo prescribiendo tentativas reiteradas de conciliación; quiere que una prudente moratoria dé tiempo á las pasiones para calmarse. Mientras que, en las materias ordinarias, el acceso á los tribunales nunca es demasiado fácil, ni el procedimiento demasiado rápido; en el procedimiento de divorcio la ley alarga la marcha de la instrucción á fin de que las partes tengan á cada paso ocasión de reflexionar y de detenerse. En estos términos expuso el Orador del Gobierno el espíritu de la ley (1).

¿De esto ha de inferirse con la Corte de Casación que encerrando el Código Napoleón un sistema completo de

1 Treilhard, *Exposición de motivos*, núm. 26 (Locré, t. II, p. 150).

220. Si el hecho por el cual se pide el divorcio constituye un crimen ó un delito, el ministerio público puede ciertamente perseguir al cónyuge culpable; su acción es absolutamente independiente de la demanda de divorcio; obra por interés social y su derecho no puede ser limitado por una acción civil fundada en el crimen ó en el delito. El art. 235 supone que el ministerio público sustancia una acción criminal contra el cónyuge culpable, y decide que, en tal caso, la acción de divorcio quedará suspensa hasta que se pronuncie el fallo por la corte de justicia criminal. Esta es una aplicación del principio de que lo criminal suspende lo civil. En rigor la acción de divorcio habría podido continuar, supuesto que no nace realmente de un delito, pero de ello habría resultado una contrariedad de decisiones judiciales, si el tribunal hubiese desechado la demanda de divorcio en virtud de un hecho que el tribunal criminal hubiese admitido como comprobado.

¿Cuál será la influencia del fallo de lo criminal en la instancia del divorcio? Si el cónyuge es declarado irresponsable, la influencia es nula; puede suceder que no haya delito y sí causa determinada de divorcio, la causa civil volverá entonces á seguir su curso. Si el cónyuge es sentenciado el fallo servirá de prueba al actor en el divorcio. Ha sido resuelto por la corte de Lieja que el juicio correccional que condena al cónyuge por injurias y golpes es una justificación suficiente de la causa determinada del divorcio pedida por el cónyuge ofendido (1). La diferencia que nosotros establecemos entre la absolución del cónyuge en materia criminal y su condena resulta del art. 235; éste establèce que no se puede inferir del fallo del tribunal criminal ningún fin de no recibir ó excepción prejudicial contra el cónyuge actor en el divorcio. Esto supone la absolución del conyuge. Se ha fallado en verdad que el cónyuge no es culpable del delito que se le imputa, pero esto no prueba que este hecho no sea una causa de divorcio. Si hay condena el hecho que constituye la causa de divorcio está auténticamente comprobado por el juicio, y éste, por consiguiente, puede invocarse como prueba.

1 Sentencia de 29 de Junio de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, 2, 174).

Núm. 3.—Del procedimiento.

1. Principios generales.

221. El Código de Procedimientos, después de haber prescripto las formas en que debe intentarse la demanda de separación de cuerpo, agrega (art. 881): «Respecto del divorcio se procederá según las prescripciones del Código Civil.» Así, pues, el procedimiento en materia de divorcio se rige por el Código Napoleón y no por el de Procedimientos. Las formas prescriptas para la demanda de divorcio son todas ellas especiales porque el fin que el legislador se propuso es un fin particular. El legislador no gusta del divorcio, y no lo acepta sino como una necesidad; trata de impedirlo prescribiendo tentativas reiteradas de conciliación; quiere que una prudente moratoria dé tiempo á las pasiones para calmarse. Mientras que, en las materias ordinarias, el acceso á los tribunales nunca es demasiado fácil, ni el procedimiento demasiado rápido; en el procedimiento de divorcio la ley alarga la marcha de la instrucción á fin de que las partes tengan á cada paso ocasión de reflexionar y de detenerse. En estos términos expuso el Orador del Gobierno el espíritu de la ley (1).

¿De esto ha de inferirse con la Corte de Casación que encerrando el Código Napoleón un sistema completo de

1 Treilhard, *Exposición de motivos*, núm. 26 (Locré, t. II, p. 150).

instrucción acerca de la demanda de divorcio no se puede recurrir á las reglas del procedimiento ordinario sino cuando un texto lo ordena expresamente? (1) E to nos parece demasiado absoluto.

Hay desde luego reglas generales de procedimiento de las cuales el Código Civil no se ocupa; tales son las formas de los juicios. Es cierto que éstas se norman por el Código de Procedimientos. Aquí el artículo 881 no se aplica porque se trata de reglas especiales referentes al divorcio. La cuestión se hace más delicada cuando hay vacíos en el Código Napoleón: ¿Se puede y se debe colmarlos acudiendo al Código de Procedimientos? La afirmativa resulta de los principios que rigen la interpretación de las leyes. Cuando hay dos leyes de fecha diferente sobre una sola materia hay que aplicar una y otra en tanto que la última no deroga la más antigua. Aquí no puede tratarse de abrogación. Unicamente podría sostenerse, como lo ha hecho la Corte de Casación, cuando el artículo 881 excluye la aplicación del Código de Procedimientos. Pero el texto no es exclusivo, no dice que no pueda aplicarse en ningún caso el Código de Procedimientos, no hace más que mantener las disposiciones del Código Civil acerca del divorcio; es, pues, como si estuviesen insertas en el Código de Procedimientos. Y bien, si esto es así se colmarían sin duda alguna los vacíos del capítulo consagrado al divorcio por las reglas generales establecidas en las otras partes de Código. La jurisprudencia ha consagrado estos principios tratándose de una averiguación. Ha resuelto que conteniendo el Código Civil un modo particular de instrucción para las primeras diligencias de averiguación hay que atenerse, en general, á estas disposiciones; no hay, pues, lugar para

1 Sentencia de 28 de Diciembre de 1807 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 475).

aplicar las disposiciones del Código de Procedimientos sobre las interpelaciones de testigos, ni sobre las menciones expresas que dicho Código requiere. Pero esto no impide que se complete el Código Civil por el Código de Procedimientos: así, pues, el artículo 255 del Código Napoleón nada dice sobre los cambios ó adiciones que los testigos pueden hacer cuando se dé lectura á sus deposiciones; puede suplirse esto con el art. 272 del Código de Procedimientos.

222. ¿Deben observarse las reglas trazadas por el Código Civil para el procedimiento de divorcio bajo la pena de nulidad? Zachariæ dice que hay nulidad, y aduce como razón que no deben favorecerse los divorcios (1). Sin duda que no, pero tampoco deben ofrecérseles obstáculos á los derechos de las personas; ahora bien, cuando hay una causa determinada de divorcio el esposo ofendido tiene un derecho, derecho tanto más sagrado cuanto que es el resultado de su infortunio. Así es que no debe tratársele como á un culpable siendo así que es la víctima de las brutalidades de su cónyuge. ¿Pronunciar la nulidad por la menor inobservancia de una forma no es favorecer al esposo culpable en detrimento del inocente? Se dirá que en tanto que el fallo no se pronuncie no hay todavía ni culpable ni inocente; cierto, pero la experiencia prueba que las probabilidades están á favor del actor; no se pide el divorcio á la ligera; de todas maneras es tan cierto que no se debe favorecer al actor como al demandado, que ordinariamente tiene agravios menos graves que aducir.

¿Pero si la nulidad no debe admitirse como regla general y absoluta quiere esto decir que jamás haya nulidad? El Código de Procedimientos asienta como principio que ninguna exploración ó acto de procedimiento podrá declararse

1 Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 255.

nulo si la nulidad no está formalmente pronunciada por la ley. Nada tan prudente como esta disposición que previene las chicanas, esa lepra de la justicia. Pero no se la puede aplicar á las formas prescriptas por el Código Civil; supuesto que el Código Civil contiene un procedimiento especial en materia de divorcio en este Código es en donde se han de ir á buscar las reglas concernientes á la nulidad. Ahora bien, no hay una sóla disposición de la sección primera que esté sancionada por la nulidad. ¿Qué es lo que debe decidirse? No queda más que aplicar á las formas de divorcio el principio que la jurisprudencia ha consagrado para las nulidades en general; es decir, que deben distinguirse las formas substanciales de las formas que no lo son. ¿Por qué carácter se reconocerán las formas substanciales? Hay que ver con qué espíritu están esiablecidas las formas. Se va muy lejos diciendo que tienen por objeto impedir el divorcio. Repetimos que el divorcio es un derecho cuando hay una causa legal. Se trata, pues, de adquirir la seguridad de que hay una causa verdadera que justifique la disolución del matrimonio.

El legislador empieza por intentar la reconciliación de los cónyuges, y este es un puntó esencial porque importa mantener la unión de los esposos. Cuando fracasan las tentativas de conciliación se procede á la prueba. Todas las disposiciones que tienden á probar las causas de divorcio son también esenciales. Por último, hay que impedir que exista colusión entre los consortes para conseguir bajo el velo de una causa determinada un divorcio por un simple concurso de consentimientos. Esto es igualmente substancial. El juez resolverá en cada caso según las circunstancias de la causa. Se dirá que este sistema se presta á lo arbitrario. Este reproche va dirigido al legislador en todas las cuestiones de nulidad, supuesto que ningún principio

deja asentado; es, á decir verdad, el juez el que hace funciones de legislador. Después de todo vale más una grande amplitud que se deje al juez que encerrarlo dentro de formas que todas ellas implican nulidad.

223. Las formas presentadas por la sección primera no reciben aplicación en el caso previsto por el art. 310. Ya no hay instrucción que formar, supuesto que un juicio ha pronunciado la separación de cuerpos por causa determinada. No hay tampoco preliminar de conciliación; toda tentativa para reconciliar á los cónyuges sería inútil, habiendo durado tres años la separación legal sin que se hayan reconciliado, cuando de su sola voluntad dependía restablecer la vida común. El art. 310 no prescribe más que una sola forma, y es que á la demanda de divorcio el actor originario sea citado para declarar si consiente en hacer cesar la separación. No es necesario ni que comparezca; basta que sea citado debidamente; su falta de comparecencia implica la denegación para restablecer la vida común.

II.—Medidas preliminares.

224. Por regla general toda demanda debe ir precedida de un preliminar de conciliación; la ley ve un mal en los procesos y trata de conciliar á las partes antes de que eleven su causa al tribunal. En materia de divorcio el legislador manifiesta más solicitud todavía en prevenir el proceso, volviendo á llevar la paz al seno de la familia. Para dar mayor peso á estas tentativas de conciliación el legislador se las encomienda, no al juez de paz, como en las acciones ordinarias, sino al Presidente del Tribunal. A tal efecto el cónyuge que demanda debe presentarse personalmente al presidente para poner en sus manos su demanda con las piezas justificativas, si las tiene; si la enfer-

medad se lo impide debe requerir al magistrado para que se dirija á su domicilio y ahí reciba su demanda (art. 236). La entrega en persona es esencial, supuesto que su objeto es provocar la reconciliación; el presidente, dice el artículo 237, oye al actor y le hace las observaciones que estime convenientes. También se ha pretendido que había nulidad por el hecho soló de que la demanda, aunque entregada al presidente, estaba dirigida al tribunal. Citamos este hecho para tener en guardia á los intérpretes contra un formalismo excesivo que convertiría la justicia en una denegación de la misma. En el caso dado no hay siquiera un pretexto para la chicana; la ley expresa muy bien que la demanda se entregará al presidente, pero no dice que deba dirigírsele; ahora bien, toda demanda se dirige al tribunal y no al presidente (1).

225. Si el demandante persiste en su acción el presidente rubrica la demanda y sus piezas y levanta una acta de la entrega de todo ello en sus propias manos (art. 236); ordena que las partes comparezcan ante él personalmente. Una copia de este mandamiento es enviada por él al cónyuge contra el cual se pide el divorcio (art. 238). Acerca de esta comunicación se han suscitado todo género de chicanas. ¿Debe ser entregada por el presidente mismo? Nó, porque la ley no dice que el mandamiento se *entregue* sino que se *dirigirá* al cónyuge del actor. ¿Puede ser entregada por un comisario? Sí, sin duda alguna, supuesto que este es el medio más seguro de certificar la entrega. ¿Debe ser notificado por un comisario? Nó, supuesto que la ley no lo prescribe (2).

226. Antes de proseguir hay que ver lo que la demanda de divorcio debe contener. El art. 236 quiere que ella *detalle los hechos*. Es preciso que el cónyuge contra el cual se pide el divorcio conozca exactamente los hechos que se le imputan; el presidente tiene también derecho para conocerlos, porque de lo contrario no podría cumplir su misión de conciliador. La disposición es, pues, esencial, y hay que admitir la sanción de la nulidad. La jurisprudencia es constante en este sentido, al menos en cuanto á los principios (1). La aplicación del principio se abandona á la apreciación del juez. Aquí también debe precaverse de emplear una severidad excesiva que aprovecharía al cónyuge culpable. Creemos que la jurisprudencia francesa merece este reproche. Se ha juzgado que la requisitoria debe determinar con precisión el día, la hora y todas las circunstancias del hecho, y esto es en caso de adulterio (2). Esto es llevar la exigencia hasta la imposibilidad. El adulterio puede probarse con testigos y, por lo mismo, con la presunción. Esto excluye la presunción del día y de la hora y de todas las circunstancias del hecho. Sin duda alguna que no sería corresponder al deseo de la ley si el actor se limitase á decir que demanda por excesos, sevicias ó injurias graves ó por adulterio de su cónyuge; pero no se puede llegar hasta exigir que el actor precise de antemano detalles que sólo puede establecer la substanciación. Hay, pues, que aplicar la ley con espíritu de equidad. La Corte de Bruselas ha sentado muy bien el principio. Dice que la requisitoria es válida cuando el actor ha satisfecho el objeto que el legislador tenía en la mente al prescribir que la demanda detalle los hechos. Si la requisitoria pone

1 Sentencia de Lieja de 31 de Mayo de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 231).

2 Sentencia de Bruselas de 11 de Marzo de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 92) y de Lieja de 31 de Mayo de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 252).

1 Sentencias de París de 14 de Marzo de 1806 y de Limoges de 2 Julio de 1810 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 448, 4.° y 1.°).

2 Sentencia de París de 18 de Febrero de 1880 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 448, 2°).

al presidente en aptitud de hacer á las partes observaciones á próposito para operar un principio de reconciliación, si ilustra suficientemente al tribunal competente, para otorgar ó rehusar el permiso de citar, el objeto de la ley queda cumplido y, en consecuencia, la requisitoria es valedera (1). La cuestión debe, pues, resolverse, en cada caso según las circunstancias de la causa.

Supongamos que falten algunos detalles á favor del demandado. ¿Habrá que pronunciar la nulidad de la requisitoria aunque el actor haya reparado la misión significando al demandado una acta después de la comparecencia ante el presidente, pero antes de la audiencia pública? La Corte de París ha pronunciado la nulidad (2). ¿No es este un rigor que va más allá del código de la ley? Todavía no está abierto el proceso; el demandado sabe todo lo que se le imputa antes de que la instancia propiamente dicha comience. ¿De qué se queja ó de qué tiene interés de quejarse? La Corte de Bruselas ha juzgado en este sentido en un caso análogo; esta decisión nos parece más equitativa (3)

227. El art. 236 quiere que el actor detalle los hechos en su requisitoria. ¿De esto puede inferirse que después de la demanda no puede presentar algunos hechos? La jurisprudencia es incierta, pero, en general, poco favorable al actor, y los autores que han escrito sobre el divorcio se pronuncian igualmente en el mismo sentido (4). Nosotros creemos que esta opinión es contraria al texto y al espíritu de la ley: ¿Qué dice el texto? «Toda demanda de divorcio de

1 Sentencia de 9 de Febrero de 1858 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 280).
2 Sentencia de 14 de Marzo de 1806 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 448, 4.°)
3 Sentencia precitada de 9 de Febrero de 1853.
4 Arntz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p. 215, núm. 412. Demolombe, t. IV, p. 584, núm. 482.

tallará los hechos.» ¿Cuáles son estos *hechos?* Los hechos que constituyen la causa de divorcio. ¿Es á causa de sevicias ó de injurias ó de adulterio por lo que el cónyuge pide el divorcio? Fuerza es que lo diga y que exponga los hechos en los cuales se funda la causa que él alega ¿Y puede, después de que ha entregado su requisitoria al presidente, proponer otros hechos? Hay que distinguir. Si tales hechos constituyen una nueva causa de divorcio se debe contestar negativamente, porque esto, en realidad, equivaldría á intentar una nueva acción; sería, pues, necesaria una nueva requisitoria, porque la demanda de divorcio debe, ante todo, entregarse al presidente, á fin de que trate de desviar al cónyuge de sus designios. Pero si el cónyuge alega hechos que no constituyen una causa nueva, hechos que confirman, que fortifican su demanda en el sentido de que agregan una nueva prueba á las que ya están producidas, ¿por qué no habría de poder hacerlas valer? En vano buscamos la razón. Ciertamente que el texto no se opone; desde el momento en que el demandante ha detallado suficientemente los hechos para que el presidente y el demandado sepan la causa en la cual funda su acción, queda satisfecha la ley. Todo lo que posteriormente acontezca no puede anular la requisitoria que es válida. Son nuevos argumentos que el demandante hace valer, y debe tener ese derecho por todo el tiempo que duren los debates. La opinión contraria conduce á na consecuencia verdaderamente absurda, y es que el actor debería fundar su causa hasta en los menores detalles, ante el presidente ó, por mejor decir, en su requisitoria. No se litiga ante el presidente sino ante el tribunal. Otro absurdo. Se quiere que el demandante exponga todos los detalles de la causa de divorcio que alega; pero tales detalles puede ignorarlos, y muy á menudo los ignorará. El tiene la convicción de que su cónyuge es cul-

pable de adulterio, pero no conoce toda la gravedad de su falta, porque hay testigos sobornados que guardan silencio; si estos testigos hablan, si él sabe nuevos detalles de su infortunio, ¿podrá uno oponerse á que los produzca, se podrá pedir que el tribunal no los tome en consideración! ¿No es esto opouerse á que el tribunal se ilustre?

¿Puede el actor articular nuevos hechos acaecidos después de que presentó su demanda al presidente? Nó, si estos hechos constituyen una nueva causa y, por lo mismo, una nueva demanda. Pero si son hechos que se relacionan con la causa por la cual el cónyuge ha pedido el divorcio, tiene ésa derecho de hacerlos valer. Esto no obstante se le rehute el derecho; pero veamos á dónde conduce tal doctrina. El demandante alega el adulterio de su cónyuge.

¡Desde el momento en que es entregada su requisitoria al presidente el cónyuge culpable ha publicado su deshonra y no podrá permitírsele al actor articular aquellos hechos! ¡Cómo! el adulterio será público y el culpable desvergonzado se llegará al tribunal á decirle: No tenéis derecho de admitir el divorcio por adulterio porque los hechos no han sido articulados en la requisitoria iniciadora de la instancia! Bueno es no favorecer el divorcio, pero también es bueno no hacer odiosa la justicia. Hay dos sentencias de la corte de casación en este sentido (1).

En todo caso debe resolverse que si fuese nula la requisitoria porque no detalla suficientemente los hechos el demandante puede presentar otra nueva al presidente. Así lo han resuelto las cortes de Limoges y de París (2), y esto no puede ocasionar duda alguna. El actor puede siempre corregir su demanda. Justo es que deba hacerlo cuando su

1 Sentencias de 18 Frimario, año XIV, y del 26 de Mayo de 1807, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 473. Compárese Demolombe, t. IV, p. 585. núm. 482.

2 Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núms. 449, 450 y 472.

primitiva demanda no satisface la ley; pero si la requisitoria estuviese suficientemente detallada, y si á pesar de esto se obligase al cónyuge á renovarla, no vemos lo que con ello ganaría la justicia; la chicana se aprovecharía ¿y con este objeto prescribe el legislador las formalidades?

228. Volvamos á las medidas preliminares. En el día prefijado por el presidente en su mandamiento los dos cónyuges deben comparecer á su presencia. El magistrado les hace las representaciones que crea propias para verificar una reconciliación; debe hacerlas al actor solo si él es el único compareciente (art. 239). Esta es una nueva tentativa de conciliación. Si hay demanda de separación de cuerpo, el código de procedimientos prohibe á las partes que se hagan asistir de abogados y de consejos (art. 877). El código civil no prohibe expresamente á los cónyuges que se asesoren con personas de la curia, pero la prohibición está implícita; cuando quiere concederles este derecho lo expresa (arts. 342 y 343), luego lo rehusa por el hecho solo de no concederlo. Esto está también conforme con el espíritu de la ley; no hay demanda ni defensa ante el presidente; así, pues, la presencia de los abogados y agentes de negocios es inútil. Sin embargo, como la ley no lo prohibe expresamente no habrá nulidad si, de una manera contraria á la mente del legislador, los cónyuges fuesen asesorados por un hombre de la curia.

Si el juez no logra conciliar á las partes levanta una acta y ordena la comunicación de la demanda y de sus piezas al procurador del rey y el resumen de todo ello al tribunal. Dentro de los tres días consecutivos el tribunal, á informe del presidente y por las conclusiones del ministerio público, concede el permiso para citar; puede también suspender este permiso, pero la suspensión no puede exceder del término de veinte días (arts. 239 y 240). La sus-

pensión es uno de esos prudentes trámites que la ley prescribe en el procedimiento de divorcio, á fin de dar tiempo á las partes para que reflexionen. Hay, además, algo de especial en este juicio preliminar, que se reproduce en todo el procedimiento: la ley exige un informe, primero del presidente y después del juez en la causa (arts. 239, 245 y 248) para todos los juicios. ¿Y esto ha de ser bajo pena de nulidad? La corte de Bruselas así lo ha resuelto (1). Esta es una de esas decisiones rigurosas que se nos dificulta admitir. Sin duda alguna que el informe es útil para dar luz al tribunal, pero esta forma es extraña á las partes; nada de común tiene con los motivos que se dan para justificar la nulidad del procedimiento. No es por falta del informe por lo que se impide la reconciliación de las partes, su colusión no es de temerse; á ellas concierne ilustrar al tribunal, y ¿puede creerse que éste juzgue sin conocimiento de causa cuando el juez toma parte en las resoluciones?

III.—La instancia judicial.

229. Toda instancia judicial comienza por una citación. Lo que hay de especial en materia de divorcio es que el tribunal debe otorgar el permiso para citar. Tiene derecho á que se le llame á otorgarlo, porque tiene derecho de rehusarlo, y acabamos de dar la razón. Si lo concede, el actor hace que se cite al demandado, en la forma ordinaria y en el término legal de ocho días, para que comparezca en persona á la audiencia. La comparecencia se verifica á puerta cerrada (art. 241). La ley evita la publicidad en todo lo posible, porque una vez que la causa de divorcio se ha hecho pública la reconciliación de los esposos se hace, por decirlo así, imposible, y aunque el legislador no prescribe ya tentativa de reconciliación después de abierta la instancia, no por eso cesa de esperarla y de favorecerla. Las partes deben comparecer personalmente (arts. 241 y 242): si no compareciere el actor el procedimiento cae y se da por renunciada su acción. ¿Y qué se resolverá si el demandado no concurre? El art. 242 contesta: «Sea que comparezca ó no el demandado, el actor expondrá los motivos de su demanda ó hará que los exponga un consejo; representará las piezas que la fundan y nombrará á los tastigos que se propone hacer oír.» De esto resulta que el procedimiento continúa á pesar de la no comparecencia, y no há lugar á oponerse á los juicios que sobrevengan. El artículo 163 decide la cuestión: no abre más que el recurso de apelación contra los fallos pronunciados en primera instancia, contra los juicios por falta de comparecencia y contra los juicios contradictorios; la oposición no se admite sino en apelación (art. 165). Se pregunta por qué el legislador admite la oposición en apelación mientras que la desecha en primera instancia. Hay para esto una razón histórica, y es que cuando se discutió y votó el código civil se estaba todavía bajo el imperio de la ordenanza de 1667, que no admitía la oposición en primera instancia. No hay duda ninguna acerca de todos estos puntos (1).

230. Si el demandado comparece puede proponer sus observaciones tanto sobre los motivos de la demanda como sobre las piezas aducidas por el actor y sobre los testigos por éste nombrados. La ley le permite que comparezca por medio de un apoderado. Nombrará por su parte, dice el art. 243, los testigos que se proponga hacer oír y acerca de los cuales el actor hará también sus observaciones. La

1 Sentencia de 6 de Abril de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 119).

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 488, y Villequet, *Del divorcio*, p. 172. Compárese la sentencia de la corte de casación de Bélgica de 20 de Febrero de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 1, 307).

ley dice que el demandado *nombrará;* así, pues, es imperativa. ¿Puede inferirse de esto, con la corte de Bruselas, que si no ha nombrado sus testigos ni hecho reservas indicando los motivos por los cuales no lo hace nunca podrá presentarlos? (1). Admitimos, con la corte, que el juez no debe ordenar de oficio al demandado que nombre sus testigos, y que si éste no lo verifica el tribunal puede pronunciar el fallo de admisión del divorcio. Pero sería contrario á la ley vedarle la facultad de nombrar sus testigos hasta el momento en que el art. 249 le quita esa faclutad.

Se ha levantado una acta de las comparecencias, de los dichos y observaciones de las partes, así como de las confesiones que una ú otra puede hacer. De todo esto se ha dado lectura á los cónyuges; ha sido firmado por las partes y se ha hecho mención de sus firmas. Si no pueden ó no quieren firmar se hace mención de sus declaraciones (artículo 244).

231. Hasta aquí termina la audiencia secreta. El tribunal cita á las partes para la audiencia pública, fijando día y hora; dispone la notificación del procedimiento al procurador del rey y nombra un relator. Si el demandado no ha comparecido está obligado el demandante á hacerle saber el mandamiento del tribunal en el plazo que éste haya determinado (art. 245). En el día y hora indicados el juez en la causa rinde su informe y el ministerio público toma los puntos de sus conclusiones. El tribunal decide luego sobre los fines de no recibir, si es que se han propuesto. En caso de que se hallen concluyentes la demanda de divorcio se desechará. Si no se han propuesto fines de no recibir ó si han sido desechados se recibirá la demanda (art. 246).

1 Sentencia de 6 de Abril de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 119).

¿Qué se entiende por fines de no recibir en el art. 246? Todas las excepciones que tienden á la repulsa de la demanda, los fines de un proceder tanto como los fines de no recibir propiamente dichos. Así es que el demandado puede poner la excepción de incompetencia, pero si no está probada por las confesiones del actor el tribunal no podrá resolver inmediatamente; ordenará al demandado que rinda prueba de la reconciliación, sea por escrito, sea testimonialmente. En cuanto al fin de no recibir que se llama compensacion, no puede establecerse sino por las diligencias acerca del fondo del debate.

¿Puede el demandado oponer un fin de no recibir después del juicio que admite la demanda? Hay que contestar negativamente, con la jurisprudencia (1). El silencio del demandado implica que no tiene que oponer ningún fin de no recibir; y el juicio que admite la demanda de divorcio implícitamente resuelve que la acción no se extingue por un fin de no recibir.

232. Inmediatamente después del juicio que admite la demanda de divorcio el tribunal rinde un segundo juicio por el cual declara el derecho á la demanda si le parece en estado de juzgarse; si no admite al actor á la prueba de los hechos pertinentes alegados por él y al demandado á la prueba contraria (art. 247). Se necesitan, pues, dos juicios: el primero que admite la demanda, el segundo que decide sobre el fondo de la cuestión ó que admite á las partes ó la prueba. La jurisprudencia tiene todavía aquí un rigor cuya razón buscamos en vano. Se ha resuelto que la sentencia que declara que no son pertinentes los hechos es nula si no la ha precedido un juicio de admisión (2). Cierto es que

1 Sentencias de Lieja de 24 de Mayo de 1826 y de 13 de Octubre de 1820 (*Pasicrisia*, 1826, 2, 167 y 256).

2 Sentencia de la corte de casación de 18 Frimario, año XIV [Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 470, 3.°] y sentencia de París de 27 de Mayo de 1813 (*ibid.*, 2°)

la ley ha sido violada; ¿pero qué hay de común entre esta violación y los principios esenciales del procedimiento de divorcio? El primer juicio que admite la demanda es de pura forma, y no percibimos su utilidad. ¿Para qué prolongar la causa por medio de casaciones cuando no lo exige ninguna razón superior? La jurisprudencia es poco consecuente. Si todo es de rigor hay que tomar también al pie de la letra la palabra *inmediatamente* que se encuentra en el art. 247. Habría, pues, nulidad si se pronunciase al día siguiente el segundo juicio. La corte de Lieja ha retrocedido, y en verdad que con razón, ante este excesivo formalismo (1). ¿Pero si da oídos al buen sentido en un caso por qué no escucharlo siempre?

IV. — Diligencias.

233. Las diligencias son el medio ordinario para probar los hechos que sirven de base á la demanda de divorcio. Sin embargo, no son siempre necesarias. El art. 247 dice que el tribunal puede inmediatamente declarar de derecho la demanda si le parece que se halla en estado de juzgarse. *Conceder el derecho* es decir admitir la demanda si la prueba de los hechos articulados resulta de los documentos del proceso. Tales serían la correspondencia del cónyuge adúltero ó cartas injuriosas del cónyuge contra el cual se promueve el divorcio. El tribunal puede también desechar la demanda si los hechos que el actor alega no le parecen pertinentes. En efecto, el art. 247 establece que el tribunal, al ordenar las diligencias, admite al actor á la prueba de los hechos pertinentes. El tribunal debe, pues, examinar antes que todo si los hechos articulados por el actor son pertinentes, verosímiles, y si son bastante gra-

1 Sentencia de 6 de Julio de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, 2, 226).

ves para constituir una causa de divorcio (1). Si los hechos no presentan estos caracteres el tribunal debe desechar la demanda. No es necesario decir que los jueces tienen en esta materia un poder discrecional; deciden soberanamente, según las circunstancias de la causa, si los hechos tienen un carácter de gravedad y de verdad suficiente para hacer admisible la prueba, En fin, el tribunal puede, á la vez que admita la prueba, desechar los hechos que no le parezcan pertinentes.

234. Las partes han debido nombrar á los testigos que se proponen hacer oír, desde los comienzos de la instancia judicial. Después de pronunciado el juicio que ordena las primeras diligencias, el escribano da lectura á los nombres de los testigos. El presidente advierte á las partes que pueden todavía designar otros, pero que después de aquel momento ya no se recibirán otros (art. 249).

¿Quién puede ser testigo? Según el derecho común, los parientes y afines hasta el grado de primo hermano inclusive, así como sus dependientes y criados, pueden ser tachados (código de procedimientos, art. 283). El código civil deroga esta regla: según los términos del art. 251, los parientes de las partes no son tachables por el capítulo del parentesco, lo mismo que los criados de los parientes, con motivo de esta calidad. Esta excepción era una necesidad: los hechos que constituyen la causa del divorcio tienen casi siempre lugar en la intimidad de la familia y no pueden probarse sino por el testimonio de los que viven en esa intimidad. Sin embargo, la ley agrega que el tribunal pondrá mucho cuidado en las deposiciones de los parientes y de los criados. Estas deposiciones ordinariamente serán apasionadas ó interesadas, siendo cada uno de los testigos

1 Sentencia de Nimes, de 14 de Mayo de 1842 (Dalloz, *Repertorio* en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 77).

del partido de uno ú otro de los cónyuges. El juez debe, pues, emplear la mayor circunspección en la apreciación de esos testimonios.

El texto del art. 251 sólo habla de los *parientes*, mientras que el código de procedimientos extiende la exclusión á los aliados. Es evidente que la excepción comprende también á éstos; si los parientes no pueden ser recusados, con mayor razón no pueden serlo los parientes por alianza. El art. 251 agrega que los hijos y descendientes de las partes no pueden ser testigos. El grito de la naturaleza ha dictado esta disposición. ¿Se extiende esto á los hijos y nietos de un matrimonio precedente? La afirmativa no permite duda alguna; el texto está concebido en términos generales y el espíritu de la ley excluye á todo hijo de uno ú otro de los cónyuges. Lo mismo se entiende de los hijos naturales de uno de los cónyuges; la ley no limita la exclusión á los hijos legítimos, y no habrá lugar para hacer una distinción; el motivo por el cual son recusables se aplica á unos y á otros (1).

La jurisprudencia extiende la excepción establecida por el art. 251 para los parientes y dependientes de las partes, á los otros testigos, que pueden ser tachados, por otros motivos, según el derecho común (2). Esta aplicación extensiva de una disposición excepcional es inadmisible. Las excepciones no se extienden, ni aun por razón de analogía, y en el caso de que se trata ni siquiera hay analogía. Como los parientes y domésticos son las más de las veces los únicos testigos de los hechos en los cuales se funda la demanda de divorcio, es prueba que el legislador ha debido

1 Sentencia de Bruselas, de 20 de Febrero de 1858, *Pasicrisia*, 1858, 2, 60, y de Douai, de 16 de Agosto de 1853, Dalloz, 1854, 5, 689.

2 Sentencia de la corte de casación, de 8 de Julio de 1813, Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 220. Sentencia de Bruselas, de 28 de Diciembre de 1815, *Pasicrisia*, 1815, p. 554.

admitirlos, y si los admite, es á pesar suyo. Los motivos que justifican la disposición del art. 251 son extraños á las demás causas de reproche que el código de procedimientos admite; así, pues, dichas causas deben admitirse en el procedimiento de divorcio, como en el procedimiento ordinario. Esta es la doctrina de todos los autores (1).

235. El art. 250 quiere que las partes propongan en *seguida* los hechos contra los testigos que deseen separar; el tribunal decide acerca de los hechos después de oír al ministerio público. Esta disposición imperativa parece implicar una prohibición para proponer las tachas más tarde. No se debe, sin embargo, aplicarla con una exagerada severidad que sería ciertamente contraria á la intención del legislador. Uno de los cónyuges llega á saber que un testigo ha sido sobornado por la parte contraria; no propuso inmediatamente este reproche, por la razón excelente de que no conocía el hecho; tal vez el soborno tuvo lugar durante las primeras diligencias; ¿y habría de prohibírsele que señalase al tribunal un testigo corrompido porque no propuso la tacha cuando no le era posible proponerla? ¿Puede el legislador exigir alguna vez lo imposible? La corte de Lieja resolvió, y con razón, que las tachas podían proponerse hasta en apelación, con tal de que el litigante pruebe que no había tenido conocimiento de ellas en el momento en que la ley quiere que se hagan valer (2).

El código de procedimientos (art. 28) dice que si las tachas propuestas antes de la deposición no están justificadas por escrito el litigante debe ofrecer su prueba y designar los testigos; de otra manera no sería admitida. Se ha juzgado que esta disposición no es aplicable en materia de divorcio. Es de jurisprudencia, en efecto, que habiendo el

1 Véanse los autores citados en Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 1°, p. 259, nota 20.

2 Sentencia de 20 de Abril de 1832, *Pasicrisia*, 1822, p. 112.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

código Napoleón normado las formas de la averiguación en materia de divorcio no hay lugar para aplicar las disposiciones del código de procedimientos en el sentido al menos de que las nulidades establecidas para las averiguaciones ordinarias no pueden extenderse al divorcio (1).

236. El art. 252 establece que el juicio que admite prueba testimonial debe denominar á los testigos que han de ser oídos y determinar el día y la hora en los cuales los litigantes han de presentarlos. Según los términos del artículo 253, las deposiciones son recibidas por el tribunal en sesión secreta, en presencia del procurador imperial, de las partes, de sus consejos ó amigos, hasta el número de tres por cada lado. Así, pues, á diferencia del derecho común (código de procedimientos, art. 255) los testigos no son oídos ante el juez comisario sino que es el tribunal el que recibe las deposiciones. ¿Qué tribunal? Naturalmente aquel ante el cual se ha iniciado la instancia. Esto resulta evidentemente de la combinación de los arts. 234 y 253. ¿Pero el tribunal no podría encargar á otro tribunal que oyese á testigos que estuviesen en la imposibilidad de trasladarse? El código de procedimientos admite las comisiones rogatorias (arts. 255 y 1035). Se ha juzgado que estas disposiciones no son aplicables en materia de divorcio (2). Esta es una de esas decisiones formalistas que nos repugna admitir. El código Napoleón no habla de las comisiones rogatorios y, por lo mismo deben, excluirse. ¿Y es este el espíritu de la ley? Sin duda que importa que los testigos sean escuchados por el tribunal competente para pronunciar el divorcio y en presencia de las partes. ¿Pero cuando el caso es imposible no vale más que los testigos sean oídos por otro tribunal que no que no sean oídos? ¿Por qué rehusar á la justicia un medio de ilustrarse en estos graves debates? La cuestión ha quedado decidida en este sentido por la corte de casación de Darmstadt (1). Si el testigo residiere en el extranjero habrá una dificultad que es del dominio de la diplomacia. Nuestros tribunales no tienen el derecho de declinar sus funciones en otro tribunal, á menos que ese derecho esté consagrado por tratados.

1 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 475, 1.° y 2.°

2 Sentencia de Bruselas, de 7 de Enero de 1833 (*Jurisprudencia*, 1833, 2, 268).

237. ¿Acerca de cuáles hechos se les puede oír? El artículo 247 dice que el juicio que ordena la averiguación admitirá al actor á la prueba de los *hechos pertinentes* por él alegados, y al demandado á la *prueba contraria*. Resulta de esto que la averiguación está definida y circunscrita dentro de los hechos que el juicio declara pertinentes. De donde se infiere que los testigos no pueden ser oídos en otros hechos alegados por una de las partes. Nosotros opinamos que cada una de las partes puede siempre alegar nuevos hechos que pudo haber ignorado ó que se produjeron después que se inició la instancia (léase el núm. 230); pero para que estos hechos puedan ser objeto de una averiguación se necesita un nuevo juicio que los declare pertinentes y admitir á la otra parte á la prueba contraria.

Estos principios se aplican á los hechos de provocación alegados por el demandado. Se ha determinado que éste no podía hacer oír testigos acerca de la mala conducta del actor cuando el juicio lo admitía únicamente á la prueba contraria de los hechos alegados por el actor. En efecto, la prueba contraria consiste en establecer que no existen los hechos alegados. Es distinta la prueba que tiende á establecer que hay provocación por parte del actor; ella no combate los hechos alegados sino que, al contrario, reco-

1 Sentencia de 5 de Mayo de 1829 (*Bélgica judicial*, t. XVIII, página 1380, núm. 254).

noce su existencia; pero pretende que esos hechos, aunque comprobados, están destruidos por la provocación. Así, pues, es una verdadera excepción la que el demandado opone á la demanda; en consecnancia, se vuelve actor en cuanto á esa excepción y, por lo tanto, es preciso que articule los hechos, que éstos se declaren pertinentes y que la otra parte sea admitida á la prueba contraria (1). Existen sentencias en sentido contrario. Se ha fallado que se admite al marido á que pruebe, en las primeras diligencias, que los excesos de que se le acusa han sido provocados por la mala conducta de la mujer, aun cuando él no haya hablado de esta falta de conducta antes del juicio interlocutorio, y aun cuando este juicio no lo admita á rendir pruebas. No está prohibido, dice la corte de Tolosa, que los magistrados examinen las causas que han podido incitar al marido á maltratar á su mujer; es hasta un deber suyo que tomen en consideración todas las circunstancias relativas al caso, para fijarse en el verdadero carácter de los hechos (2). Nada tan cierto como esto, pero ello no prueba más que una cosa, y es que la provocación puede siempre articularse y, por consiguiente, probarse; sólo que para ser admitido á prueba se necesita un juicio que declare pertinentes los hechos y que admita á la prueba contraria al demandante originario.

338. El código contiene algunas disposiciones sobre la averiguación. Según los términos del art. 254, las partes, por sí mismas ó por sus consejos, pueden hacer á los testi-

1 Sentencia de Bruselas, de 23 de Febrero de 1830 (ó según otras compilaciones de 4 de Marzo), en la *Jurisprudencia del siglo XIX*, 1850, 3, 117. Sentencia de Bruselas de 27 de Febrero de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 75). Sentencia de Poitiérs, de 21 de Enero de 1883 (Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 253).

2 Sentencia de 9 de Enero de 1824 (Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 193, 3°), y sentencia de París, de 15 de Marzo de 1841.

gos las observaciones y las interpelaciones que juzguen oportunas, sin que, no obstantante, puedan interrumpirlos en el curso de sus deposiciones. El derecho de interpelación debe limitarse, según lo que acabamos de decir, á los hechos declarados pertinentes por el juicio que ordena la averiguación.

Cada deposición debe redactarse por escrito, tanto como los dichos y observaciones á que haya dado lugar. El artículo 255 agrega que el acta de averiguación se leerá tanto á los testigos como á las partes, que unos y otras serán requeridos á firmarla y que se hará mención de sus firmas ó de sus declaraciones de que no pueden ó no quieren firmar. Ateniéndose al texto, sería necesario que el acta íntegra fuese leída en presencia de todos los testigos; en la práctica se sigue el código de procedimientos que se contenta con la lectura de cada deposición, lo que es más racional, supuesto que cada testigo no puede saber y confirmar sino aquello que ha depuesto. ¿Habría nulidad si se hubiesen observado los arts. 271 y 272 del código de procedimientos? Nó, ciertamentes, porque queda cumplido el objeto de lectura desde el momento en que cada testigo escucha la lectura de sus deposiciones. La letra del código Napoleón es, en verdad, contraria. ¿Pero no sería absurdo anular una diligencia porque los testigos no hubiesen escuchado las deposiciones de todos los que depusieron en la averiguacion? (1).

239. El código de procedimientos prescribe otras muchas formas; ¿hay que observarlas, á riesgo de nulidad, cuando el código pronuncia ésta? Se ha fallado que las formalidades del código de procedimientos se aplicaban á las averiguaciones en materia de divorcio, y que, por lo mismo, los

1 Así juzgado por sentencia de Gante, de 2 de Abril de 1813 y de Lyon de 18 de Abril de 1810 (Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 474).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

testigos debían declarar su edad y su profesión, bajo pena de nulidad (1). Estas decisiones son contrarias al principio que la doctrina y la jurisprudencia siguen en esta materia. Como el código de Napoleón ha establecido una fórma especial para las averiguaciones en el procedimiento de divorcio, no hay lugar á recurrir al código de procedimientos; por lo menos no son de aplicarse al divorcio las nulidades que este código establece; así es que no se puede anular una averiguación porque no se haya hecho á los testigos la interpelación de que declaren si son parientes, afines ó dependientes de los litigantes. Bajo el punto de vista jurídico esto es incontestable; no se puede introducir en el código Napoleón, que contiene reglas peculiares al divorcio, nulidades pronunciadas por una ley general y posterior. Esto está también fundado en la razón. No deben multiplicarse inútilmente las nulidades de forma, sobre todo cuando no son motivadas por los litigantes. ¿Por qué ha de ser que el descuido del escribano prorrogue la nulidad del procedimiento de divorcio, siendo así que los vicios del procedimiento son absolutamente extraños á los principios esenciales en esta materia?

Por las mismas razones no debe aplicarse á la averiguación en materia de divorcio el art. 298 del código de procedimientos, que prohibe reanudar diligencias que se han declarado nulas. La corte de París falló en sentido contrario, pero la sentencia fué revocada por la corte de casación, en virtud de que había creado una caducidad que la ley de la materia no establece.

240. Después de la clausura de las dos averiguaciones o de las del actor, si éste no ha producido testigos, el actor emplaza á los litigantes para la audiencia pública, cuyo día

1 Sentencia de Nancy de 15 de Abril de 1813 y de Lyon de 18 de Abril de 1810 (Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 474).

y hora señalará; ordena la notificación al ministerio público y nombra un relator. Este mandamiento debe notificarse al demandado, á instancia del actor, en el plazo que se haya determinado (art. 256). La Corte de Bruselas ha fallado que no había nulidad si la notificación se hubiese hecho fuera del plazo fijado por el tribunal (1). Esto no parece, evidentemente, de acuerdo con los principios que en esta materia hemos asentado. La sentencia se funda en que el Código Civil no establece nulidad por este capítulo. Este motivo es demasiado absoluto; no hay una sola disposición en nuestra sección que pronuncie la nulidad; ¿de esto podría inferirse que jamás hay nulidad en esta materia?

241. ¿Puede el tribunal prorrogar las diligencias de la averiguación? Según el derecho común el tribunal puede conceder la prórroga (Código de Procedimientos, art. 279). También podría hacerlo en materia de divorcio, tanto más cuanto que no hay plazo fijo para que se terminen las averiguaciones. En caso de prórroga el acta debe cerrarse y firmarse, así como la ley lo exige para el acta de clausura (art. 255). No obstante, no habría nulidad por este capítulo. Es imposible considerar como esencial una formalidad que la ley no prescribe de una manera expresa. Así lo han fallado las cortes de Colonia y de Darmstadt (2).

V.—EL FALLO

242. En el día citado para el juicio definitivo el juez rinde su informe (art. 257). Se ha resuelto que este informe es una formalidad substancial cuya falta de observancia provoca la nulidad del juicio definitivo (3). Esto no-

1 Sentencia de 30 de Mayo de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 184).
2 *Bélgica judicial*, t. XVIII, p. 1830.
3 Sentencia de Colonia de 30 de Noviembre de 1846 (*Bélgica judicial*, t. V, p. 773).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

parece muy riguroso. En materia de divorcio todo pasa ante el tribunal: él es quien oye á los testigos y las observaciones de las partes. De este modo el tribunal entero puede ilustrarlo acerca de todo lo que debe saber. ¿En dónde está, pues, la nulidad, la necesidad de pronunciar una nulidad que no tendría razón de ser como si faltare un elemento de instrucción? No multipliquemos las nulidades cuando la ley no lo manda.

Las partes pueden hacer en seguida, por sí mismas ó por el órgano de sus consejos, las observaciones que juzguen útiles para su causa. Esta es la aplicución de una regla general que se sigue durante el curso del debate. La ley, sin embargo, pone una restricción: el consejo del actor no es admitido sino cuando éste comparece personalmente (arts. 248 y 257). El debate es esencialmente personal, y así, pues, el actor debe figurar en él constantemente. En cuanto al demandado puede hacerse representar por un apoderado (art. 243). Importa aún no poner al cónyuge culpable en presencia del actor, porque esto, por lo menos, es una causa de irritación. Cuando los litigantes han defendido sus intereses el ministerio público da sus conclusiones.

243. Si no se establece la causa del divorcio el tribunal debe desechar la demanda. Si ha quedado establecida el juez debe admitirla. Hay, sin embargo, una excepción. Cuando la demanda de divorcio está formulada por excesos, sevicias ó injurias graves, los jueces pueden no admitir inmediatamente el divorcio si tieneu la esperanza de que una separación provisional sea bastante para calmar las pasiones y reconciliar á los cónyuges. En este caso autorizarán á la mujer para que deje la compañía de su marido sin que esté obligada á recibirlo si ella no lo juzga á propósito. Si la mujer no tiene rentas suficientes para cubrir sus necesidades

se obligará al marido á que le pague una pensión alimenticia proporcionada á sus facultades. La prueba dura un año. Si transcurrido éste los cónyuges no se han reunido el actor puede mandar citar al otro cónyuge para que se comparezca ante el tribunal en los plazos de la ley, y sobre esta situación el tribunal deberá admitir el divorcio (ars. 259 y 260).

La ley no permite este plazo de prueba cuando el divorcio se pide por causa de adulterio. En este caso la injuria es demasiado sangrienta para que deje una esperanza de reconciliación á los cónyuges. Nos es necesario expresar que cuando el divorcio se demanda como consecuencia de la separación de cuerpo ya no puede tratarse de renovar una prueba que ha durado tres años.

El texto del art. 259 supone que la mujer es actora. ¿Podría inferirse que el tribunado pudiese decretar la separación provisional si el marido fuera actor? Ciertamente que no. La redacción del art. 259 es un vestigio del preyecto primitivo que no admitía al marido pedir el divorcio por sevicias ó injurias. Esta disposición se suprimió, y con justo motivo, debiendo ser unas mismas las causas de divorcio para ambos esposos. El art. 259 habría debido modificarse á consecuencia de esta suposición, y aun cuando no haya sido así no hay duda de que el juez pudiese decretar la prueba de una separación provisional, quien quiera que fuese el actor (1).

244. El fallo definitivo debe pronunciarse públicamente. Cuando admite el divorcio se autoriza al actor para retirarse ante el oficial del estado civil, á fin de que lo pronuncie (art. 258). No es el tribunal el que pronuncia la disolución del matrimonio sino el oficial del estado civil. Se ha imaginado que al que celebra el matrimonio, decla-

1 Willequet, *Del divorcio*, p. 161, núm. 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rando á los cónyugés unidos en nombre de la ley, es á quien corresponde quebrantar esa unión. De esto resulta que, á pesar del juicio que admite el divorcio, el matrimonio subsiste hasta que el oficial del estado civil haya pronunciado el divorcio. Por otra parte, puede atacarse el fallo, y vamos á ver por cuáles vías.

245. Hemos visto que no hay lugar á oposición cuando el fallo se pronuncia por falta de comparecencia. Así, pues, el juicio contradictorio ó por falta de comparecencia no se puede atacar sino por apelación. Por los términos del art. 264 no es admisible la apelación sino cuando se interpone dentro de los tres meses contados desde el día de la sentencia, sin que se distinga entre el juicio contradictorio ó por falta de comparecencia. La apelación es suspensiva: principio es este del derecho común que ya se seguía cuando el Código Civil era discutido y que está implícitamente mantenido por el art. 264, que no permite ejecutar la sentencia sino cuando ha pasado á autoridad de cosa juzgada. El mismo proveído en casación es suspensivo, y con mayor razón la apelación debe suspender la ejecución del juicio (1).

246. El art. 262 dice: «En caso de apelación de la sentencia de admisión ó de la definitiva pronunciada por el tribunal de primera instancia en materia de divorcio la causa será substanciada y juzgada par la Corte de Apelación como negocio urgente.» ¿Puede inferirse de esto que la apelación no es admisible en los juicios interlocutorios? Los términos de la ley no son restrictivos, y en principio no se ve por qué el legislador hubiera restringido el derecho de apelación en el juicio de admisión y en el definitivo; el espíritu de la ley no es apresurar el procedimiento sino

1 Sentencia de la Corte de Casación de Berlín de 11 de Julio de 1854 (*Bélgica judicial*, t. XVII, p. 337).

que, por el contrario, el legislador quiere una prudente tramitación. Se oponen los trabajos preparatorios que no dan luz alguna á la cuestión. No entramos en este debate, supuesto que es concerniente al procedimiento más bien que al derecho civil. Adoptamos la opinión consagrada por la Corte de Bruselas (1).

247. El art. 262 dice que la causa se instruirá y se juzgará por la Corte de Apelación como negocio urgente. Resulta de aquí que en apelación se siguen las formalidades ordinarias del procedimiento y que no hay lugar á las formalidades que se requieren en primera instancia. Así es como la Corte de Lieja resolvió que no era necesario que compareciese personalmente el actor en el juicio de divorcio. Es bastante difícil darse razón de esta diferencia de procedimientos en apelación y en primera instancia. Se dice que habiendo dado suficientemente á conocer el actor su voluntad firme é irrevocable de disolver el matrimonio por el procedimiento ante el tribunal de primera instancia es inútil sujetarlo á las mismas trabas en apelación. Esta razón no es concluyente. La apelación reduce á la nada el primer juicio; la ley habría, pues, debido exigir que el actor probase su voluntad perseverante hasta la decisión definitiva. Después de todo las dos instancias no constituyen más que una sola y misma causa; no hay, pues, motivo para que se instruyan de un modo diferente.

Ya hemos examinado la cuestión de saber si las partes pueden proponer nuevos hechos en apelación y nombrar nuevos testigos. La Corte de Bruselas ha resuelto en varias ocasiones que el actor en el divorcio no era admisible para probar en apelación hechos que tienden á atenuar la gravedad de los hechos que se le reprochan; pero la Corte

1 Sentencia de 31 de Mayo de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 231).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

agrega que tales hechos le eran conocidos cuando, según la ley, fué llamado para que hiciese sus observaciones sobre la demanda y para nombrar testigos (1). Cierto es que si no hay ningún motivo para no proponer en primera instancia los hechos de provocación que él alega en apelación debe declararse no admisible. Pero si una de las partes invocase hechos nuevos, hechos pertinentes y capaces de influir en la decisión de la causa, no vemos por qué la Corte no habia de admitir la prueba. ¿Puede concebirse que el juez se niegue á ilustrarse? Hay sentencias en este sentido en materia de separación de cuerpo (2).

284. ¿Puede asentir el cónyuge contra el cual se ha pronunciado el divorcio por el juicio de primera instancia? ¿Puede desistirse de la apelación? Hay sentencias en diversos sentidos. La Corte de Casación ha resuelto que tanto el asentimiento como el desistimiento eran válidos (3). Lo que hace dudosa la cuestión es que el divorcio es de orden público y ciertamente no puede ser objeto de una transacción. Por otra parte, ¿no sería de temerse que el divorcio tuviese lugar por consentimiento mutuo fuera de las formas prescriptas por el Código Civil? A pesar de estas razones que han convencido á M. Demolombe y á varios tribunales creemos que nada se opone á que el demandado asiente ó se desista de su apelación (4). El demandado puede asentir tácitamente no interponiendo la apelación; si es válido el asentimiento tácito ¿por qué el expreso habia de ser nulo? ¿y por qué el demandado no habia de poder desistirse de

1 Sentencias de 28 de Febrero de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 280) y de 6 de Abril de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 219).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, números 301, 302 y 305. La jurisprudencia está dividida (*ibid.*, núms. 303 y 304).

3 Sentencia de 11 de Mayo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 158).

4 Demolombe, t. IV, núm. 488, p. 591 (Dalloz, en la palabra *Asentimiento*, núm. 189).

una apelación que habría podido no formular? En vano se dice que el divorcio no puede ser voluntario. ¿Es acaso más voluntario cuando hay asentimiento expreso que cuando lo hay tácito? A decir verdad el divorcio no es voluntario ni en uno ni en otro caso.

249. El Código Civil admite el récurso de casación; debe interponerse dentro de los tres meses contados desde la notificación de la sentencia. Por excepción á los principios generales el art. 263 decide que el recurso sea suspensivo. Si no lo fuese el divorcio podria pronunciarse y, por consiguiente, los esposos podrían contraer una nueva unión; y si la Corte casase el fallo que admitió el divorcio subsistiria el primer matrimonio: de donde resultaría que el mismo hombre se encontraría con dos mujeaes, ó la misma mujer con dos maridos á la vez. Por la misma razón la requisitoria civil no es admitida en materia de divorcio, porque este medio extraordinario de recurso jamás suspende la ejecución del juicio. Así es que el Código Civil no habla de esto.

250. Cuando la sentencia se pronuncia en última instancia ó pasa á autoridad de cosa juzgada el cónyuge que ha obtenido el divorcio está obligado á ejecutarlo dentro de dos meses; á este efecto debe presentarse en dicho plazo, ante el oficial del estado civil, para que se pronuncie el divorcio (art. 264). El art. 265 determina de una manera precisa el dia desde el cual el plazo comienza á correr; á dicho artículo enviamos al lector. No es necesario que el demandado esté presente, basta que sea debidamente citado. Su denegación á presentarse no puede detener la ejecución de la sentencia.

Estas disposiciones acerca de la ejecución forzosa de la sentencia en un plazo perentorio derogan el derecho común. El que ha ganado un litigio es, en general, libre para usar

de su derecho cuando le plazca. La ley no deja esta facultad al cónyuge que ha conseguido el divorcio. Durante el curso del debate prescribe una prudente tramitación. Pero cuando el divorcio queda aceptado en virtud de una sentencia definitiva ya no hay razón para retardar la ejecución de la sentencia; importa, por el contrario, poner fin lo más pronto posible á estas lamentbles discusiones (1). El plazo de dos meses es improrrogable, y si dentro de él el actor no procura que se pronuncie el divorcio pierde sus derechos al beneficio de la sentencia que habia conseguido. El matrimonio subsiste, pues, y los cónyuges deberían reanudar la vida común. Esta es una reconciliación tácita que tiene los efectos de toda reconciliación. El cónyuge que ha renunciado el beneficio de la sentencia no podria volver á intentar la acción de divorcio sino por nueva causa; en cuyo caso podrá, sin embargo, hacer valer las antiguas causas (art. 266). Hay que aplicar aquí lo que anteriormente hemos dicho acerca de las nuevas causas. Sólo que debe hacerse notar que las *causas nuevas* de que habla el art. 265 deben ser posteriores á los dos meses y no, como lo expresa Zachariæ, á la sentencia. El silencio durante esos dos meses equivale á una reconciliación, y el perdón que de ésta resulta borra todas las ofensas, aun aquellas que sean posteriores á la sentencia (2).

La caducidad supone la inacción completa del cónyuge que ha obtenido el divorcio. Si ha citado al otro cónyuge ante el oficial del estado civil para que éste lo pronuncie y el otro cónyuge ha hecho oposición á dicho acto ya no puede tratarse de caducidad porque no hay reconciliación (3).

1 Treilhard, *Exposición de motivos*, núm. 27 (Locré, t. II, p. 570).
2 Willequet, *Del divorcio*, p. 228, núm. 5.
3 Sentencia de Bruselas de 17 de Noviembre de 1847 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 185).

Todas las disposiciones del Código concernientes á la ejecución del juicio hablan del actor, del cónyuge á cuyo favor se ha pronunciado. ¿Si el actor no prosigue la ejecución del juicio podria el demandado requerir al oficial del estado civil para que lo pronunciase? La Corte de Colonia ha decidido, con razón, que no podía (1). En efecto, el juicio da al demandado un derecho, derecho que renuncia tácitamente por el solo hecho de guardar silencio, y que si renuncia hace caer el juicio; no hay, pues, lugar á mandar pronunciar el divorcio.

251. La ley nada dice de las formas que deben observarse para pronunciar el divorcio. Resultan ellas de la naturaleza misma de las cosas. En el día prefijado para la citación que debe hacerse al cónyuge demandado el demandante se presenta ante el oficial del estado civil, le entrega la sentencia que autoriza el divorcio, con una copia de las diligencias de notifición que se han hecho, así como de la notificación hecha al demandado. Debe él también hacer constar, en las formas prescriptas por el Código de Procedimientos (art. 548) que no hay oposición ni apelación (2). El oficial del estado civil declara en seguida, en nombre de la ley, que el matrimonio está disuelto. Levanta una acta de esta declaración. Este es un acto del estado civil que debe recibirse en las formas ordinarias (3). Si uno de los cónyuges es comerciante el juicio y el acta de divorcio deben publicarse (Código de Comercio, art. 66; Código de Procedimientos, art. 872).

1 Sentencia de 25 de Abril de 1823 (*Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1381, art. 264).
2 Sentencia de Bruselas de 7 de Noviembre de 1847 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 185).
3 Toullier, *Derecho civil francés*, t. I, 2, p. 35, núm. 701, edición de Duvergier.

§ V.—*De las medidas provisionales á que puede dar lugar la demanda de divorcio por causa determinada.*

Num. 1.—Principios generales

252. Durante la secuela de la instancia y hasta la declaración del divorcio el matrimonio subsiste con todas sus consecuencias legales. Así, pues, el marido conserva el poder marital y la mujer no puede ejercitar acto ninguno sin su autorización (1). Conserva igualmente el poder paternal. Lo mismo sucede con los efectos que el matrimonio produce en cuanto á los bienes de los cónyuges. Sus convenciones matrimoniales subsisten. A falta de un contrato de matrimonio la comunidad legal continúa existiendo entre los cónyuges; en consecuencia, el marido tiene siempre la administración de los bienes de la mujer. No hay que hacer distinción de que el marido sea actor ó reo en el juicio de divorcio. No obstante, la ley prescribe algunas medidas provisionales que la naturaleza de la demanda de divorcio hacen necesarias. Pero estas medidas en nada lesionan los derechos del marido sino que únicamente los modifican; fuera de dichas modificaciones el marido puede ejercitar todos los derechos que derivan del matrimonio y de las convenciones matrimoniales.

253. Hallamos una aplicación de estos principios en el art. 271. La ley supone que los cónyuges están casados por el régimen de la comunidad. Bajo este régimen el marido puede enajenar los bienes muebles é inmuebles que componen la comunidad, y tiene poder ilimitado para obligarla. ¿Conserva este poder por toda la duración de la

1 Sentencia de la Corte de Casación de 11 de Julio de 1809 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 440).

instancia? La ley decide la cuestión afirmativamente porque sólo concede á la mujer una acción de nulidad en el caso en que el marido hubiese contraído una deuda ó consentido en una enajenación con fraude de los derechos de la mujer; y á la mujer, que es la que pretende que hay fraude, corresponde probarlo. (1). Es decir, que el marido sigue siendo dueño y señor de la comunidad. En cuanto al derecho que el art. 271 reconoce á la mujer es la aplicación de un principio general asentado en el art. 1167, en provecho de todo acreedor, cuando el deudor ejecuta un acto que defraude los derechos de aquél. Esto es lo que se llama la acción pauliana.

La ley sólo habla de la enajenación de los inmuebles. ¿Habrá que inferir de esto que la mujer no tuviese el derecho de atacar la venta de los muebles si dicha venta fuese fraudulenta? Nó, en verdad; el principio asentado en el art. 1167 es general y se aplica á todos los actos fraudulentos. No es necesario decir que la mujer debe probar el fraude no sólo del marido sino también de las terceras personas que con él han contratado; siempre por aplicación de los principios generales (2).

La redacción del art. 271 suscita una nueva dificultad. Habla de los actos ejecutados por el marido con posterioridad al mandamiento que el presidente extendió á instancias del actor en el divorcio (art. 238). ¿Qué debe decidirse si el marido ha ejecutado, con anterioridad á aquel mandamiento, acto con fraude de los derechos de la mujer? Cierto es que éste no podrá prevalerse del art. 271; ¿pero no puede invocar el art. 1167? Hay en esto alguna duda.

1 Juicio del Tribunal de Lyon, de 26 de Enero de 1867 (Dalloz, 1867, 5, 392, núm. 8).

2 Sentencia de Bruselas de 9 de Agosto de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, p. 73), Juicio del Tribunal de Bruselas de 23 de Enero de 1856 (*Belgica judicial*, t. XIV, p. 188).

La cuestión está en saber si la mujer que tiene comunidad de bienes puede atacar los actos de su marido como ejecutados con fraude de sus derechos. Se trata, como es fácil entenderlo, del acto que el marido verifica en su calidad de jefe de la comunidad. Ahora bien, el marido es el árbitro y señor; puede dilapidarla, arruinarla, sin que la mujer tenga contra él ninguna acción, cualquiera que ella sea. El poder absoluto de que él disfruta excluye toda idea de una acción fundada en el perjuicio. ¿Pero no debe hacerse una excepción en caso de fraude? Examinaremos la cuestión en el título del contrato de matrimonio. Si se resuelve afirmativamente debe decirse que el art. 271 no es más que la aplicación del derecho común.

Si el art. 271 no es más que la aplición del derecho común no es visible la utilidad de esta disposición. Ella se explica por los trabajos preparatorios. El proyecto adoptado por el Consejo de Estado establecía (art. 41): «Partiendo del día de la demanda de divorcio el marido ya no podrá contraer deudas á cargo de la comunided, ni disponer de los inmuebles que de ésta dependen; toda enajenación que de ellos haga será nula de derecho.» Era este un medio enérgico de garantir los intereses de la mujer, pero era injusto, supuesto que presumía fraude por parte del marido, sin admitir siquiera la prueba contraria. Y puede ser, no obstante, que él obre de buena fe; si esto es así, ¿por qué prohibirle que enajene y que se obligue? Esto habría equivalido á atentar contra los derechos del marido cuando el matrimonio subsistía con consecuencias legales. El Tribunado criticó la disposición del proyecto y propuso un nuevo sistema que no fué acogido por el Consejo de Estado; pero se abandonó también el del proyecto para volver al derecho común (1). La disposición actual no tiene, pues, más objeto que decir que el marido sigue siendo el jefe de la comunidad, que puede obligarse y enajenar los inmuebles, salvo el derecho de la mujer para atacar los actos fraudulentos, y quedando á cargo de ella probar el fraude cuando no es presumible. Todo esto resulta de los principios generales, y era inútil decirlo.

1 Observaciones del Tribunado, núm. 12 (Locré, t. II, pg. 555 y siguientes).

Núm. 2.—De los hijos.

254. Según los términos del art. 267 la administración provisional de los hijos queda al marido, sin distinguir si es actor ó demandado. Cuando se pronuncia el divorcio la ley confía, por regla general, á los hijos al cónyuge que lo ha obtenido (art 302). Durante la instancia todavía no hay cónyuge culpable; no había, pues, razón para despojar al marido, aun cuando fuese demandado, del ejercicio del poder paterno, ó para modificar su ejercicio. La ley quiere, en consecuencia, que los hijos queden al lado del marido; ella se expresa en términos imperativos: «A menos, dice el art. 267, que no se ordene otra cosa por el tribunal, á instancia, sea de la madre, sea de la familia ó del procurador imperial, para mayor ventaja de los hijos.» La excepción se aplica á las dos hipótesis previstas por la regla: es decir, que el marido sea actor ó demandado. Poco importa, en efecto; la ventaja de los hijos es lo único que debe tomarse en consideración: cuestión que el tribunal resuelve según las circustancias.

Decimos el tribunal. El art. 267 otorga este poder al tribunal y no al presidente. Por lo demás, se ha fallado, y con razón, que el tribunal puede ordenar que los hijos sean entregados á la madre inmediatamente después que el actor ha entregado su resolutoria al presidente (1). El presi-

1 Sentencia de Bruselas de 27 Germinal, año XIII (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 456, 1º

La cuestión está en saber si la mujer que tiene comunidad de bienes puede atacar los actos de su marido como ejecutados con fraude de sus derechos. Se trata, como es fácil entenderlo, del acto que el marido verifica en su calidad de jefe de la comunidad. Ahora bien, el marido es el árbitro y señor; puede dilapidarla, arruinarla, sin que la mujer tenga contra él ninguna acción, cualquiera que ella sea. El poder absoluto de que él disfruta excluye toda idea de una acción fundada en el perjuicio. ¿Pero no debe hacerse una excepción en caso de fraude? Examinaremos la cuestión en el título del contrato de matrimonio. Si se resuelve afirmativamente debe decirse que el art. 271 no es más que la aplicación del derecho común.

Si el art. 271 no es más que la aplición del derecho común no es visible la utilidad de esta disposición. Ella se explica por los trabajos preparatorios. El proyecto adoptado por el Consejo de Estado establecía (art. 41): «Partiendo del día de la demanda de divorcio el marido ya no podrá contraer deudas á cargo de la comunided, ni disponer de los inmuebles que de ésta dependen; toda enajenación que de ellos haga será nula de derecho.» Era este un medio enérgico de garantir los intereses de la mujer, pero era injusto, supuesto que presumía fraude por parte del marido, sin admitir siquiera la prueba contraria. Y puede ser, no obstante, que él obre de buena fe; si esto es así, ¿por qué prohibirle que enajene y que se obligue? Esto habría equivalido á atentar contra los derechos del marido cuando el matrimonio subsistía con consecuencias legales. El Tribunado criticó la disposición del proyecto y propuso un nuevo sistema que no fué acogido por el Consejo de Estado; pero se abandonó también el del proyecto para volver al derecho común (1). La disposición actual no tiene, pues, más objeto que decir que el marido sigue siendo el jefe de la comunidad, que puede obligarse y enajenar los inmuebles, salvo el derecho de la mujer para atacar los actos fraudulentos, y quedando á cargo de ella probar el fraude cuando no es presumible. Todo esto resulta de los principios generales, y era inútil decirlo.

1 Observaciones del Tribunado, núm. 12 (Locré, t. II, pg. 555 y siguientes).

Núm. 2.—De los hijos.

254. Según los términos del art. 267 la administración provisional de los hijos queda al marido, sin distinguir si es actor ó demandado. Cuando se pronuncia el divorcio la ley confía, por regla general, á los hijos al cónyuge que lo ha obtenido (art 302). Durante la instancia todavía no hay cónyuge culpable; no había, pues, razón para despojar al marido, aun cuando fuese demandado, del ejercicio del poder paterno, ó para modificar su ejercicio. La ley quiere, en consecuencia, que los hijos queden al lado del marido; ella se expresa en términos imperativos: «A menos, dice el art. 267, que no se ordene otra cosa por el tribunal, á instancia, sea de la madre, sea de la familia ó del procurador imperial, para mayor ventaja de los hijos.» La excepción se aplica á las dos hipótesis previstas por la regla: es decir, que el marido sea actor ó demandado. Poco importa, en efecto; la ventaja de los hijos es lo único que debe tomarse en consideración: cuestión que el tribunal resuelve según las circustancias.

Decimos el tribunal. El art. 267 otorga este poder al tribunal y no al presidente. Por lo demás, se ha fallado, y con razón, que el tribunal puede ordenar que los hijos sean entregados á la madre inmediatamente después que el actor ha entregado su resolutoria al presidente (1). El presi-

1 Sentencia de Bruselas de 27 Germinal, año XIII (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 456, 1º

dente no tiene ese derecho; y esto se comprende, porque se trata de modificar el poder paterno, que es de orden público. No obstante, si hubiese urgencia en tomar una medida á favor de los hijos el presidente podría ordenar que fuesen confiados á la madre; pero el presidente debe, en este caso, observar las formas prescriptas por el Código de Procedimientos (arts. 806 y siguientes). Si resolviese como magistrado conciliador, en virtud del art. 232 del Código Civil, excedería sus poderes, y su mandamiento sería anulable.

255. ¿Puede el tribunal ordenar que se confíen los hijos á tercera persona? La afirmativa no permite duda alguna. Según el art. 267 la administración provisional de los hijos queda al marido, ó menos que el tribunal *decrete otra cosa*. La ley no dice que los hijos deban entregarse á la mujer; intencionalmente está concebida en términos muy vagos, para dejar al juez toda amplitud. Por otra parte, nada es más natural, siendo el principió que el tribunal debe guiarse en su decisión por *la mayor ventaja de los hijos*. Lo que resuelve toda duda es que después de la admisión del divorcio el tribunal puede ordenar que los hijos sean confiados al cuidado de tercera persona. ¿Por qué lo que se hace definitivamente después de la disolución del matrimonio no había de poder hacerse á título de medida provisional durante la instancia del juicio de divorcio?

Las medidas que el tribunal toma respecto á los hijos son esencialmente temporales en el sentido de que pueden tomarse otras si lo exige el interés de los hijos. Así sucede respecto á las medidas llamadas definitivas que el tribunal ordena cuando se ha admitido el divorcio (1). Con mayor razón puede el juez corregir sus medidas provisionales.

1 Sentencia de Burdeos de 9 de Junio de 1832 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 327.

Pero entiéndase bien que el tribunal nada puede resolver sino á instancia de las partes interesadas. Y éstas son, según los términos del art. 267, el padre y la madre, la familia, es decir, el consejo de familia, y el ministerio público.

256. Se han presentado dificultades acerca de la ejecución de las decisiones del tribunal. El escribano encargado de ejecutar la decisión del tribunal puede hacerse asistir por los agentes de la fuerza pública. Esto no se presta á duda porque es de derecho común. La jurisprudencia consagra un medio coercitivo menos violento, el embargo de las rentas del cónyuge recalcitrante (1). Bajo el punto de vista de los principios de derecho la cuestión es dudosa. Ya hemos tropezado con ella cuando se trató de obligar á la mujer á volver al domicilio conyugal. En el caso que tratamos es todavía más dudosa. La mujer que se rehusa á reintegrar el domicilio conyugal viola una obligación que contrajo al casarse; es, pues, deudora en el más amplio sentido de la palabra, y se concibe que sea obligada á cumplir rigurosamento su deber por las vías del embargo. Pero, en nuestro caso, la mujer no es deudora; se trata únicamente de ejecutar por la fuerza una decisión judicial. ¿No sería preciso un texto de ley que autorice al juez para ordenar el embargo? Nosotros así lo creemos. Los tribunales han exigido una nueva vía para llegar al mismo fin. Condenar al cónyuge que se rehuse á obedecer el fallo á indemnizar daños y perjuicios fijados por cada día de tardanza (2). Esta vía de ejecución nos deja igualmente algunos escrúpulos. ¿En esta materia puede acaso tratarse de daños y perjuicios? ¿Cuál es la pérdida que sufre la madre á quien se rehusa entregar á los hijos? ¿Cuál es el lucro de

1 Sentencia de Colmar de 10 de Julio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 761).

2 Sentencias de la Corte de Casación de 4 de Abril de 1855 y de 8 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 387 y 390).

que se ve privada? A decir verdad aquí no se trata de los padres sino de la ventaja de los hijos. El asunto es de toda evidencia cuando las medidas se han tomado á instancia del ministerio público. No es, pues, exacto decir que el cónyuge recalcitrante cause un daño que esté obligado á reparar. En realidad el tribunal pronuncia una pena pecuniaria, y ¿puede haber una pena sin ley penal?

Núm. 3.—De la residencia provisional de la mujer.

157. El art. 268 dice: «La mujer actora ó demandada podrá abandonar el domicilio del marido durante la averiguación.» Compréndese que la obligación de la vida común no puede subsistir durante la instancia de divorcio; la paz de la familia se turbaría á cada instante y aún la seguridad de la mujer se vería comprometida. Así, pues, la mujer debía tener el derecho de dejar el domicilio del marido. ¿Quiere esto decir que el tribunal no deba intervenir? El art. 268 agrega: «El tribunal indicará la casa en la cual la mujer estará obligada á residir.» Supuesto que la mujer, al dejar el domicilio conyugal, no puede residir en donde se le ocurra debe necesariamente dirigirse á la justicia para que el tribunal le indique la casa que debe habitar. ¿No podría el presidente asignar á la mujer un domicilio provisional? Sí, á título de medida urgente, pero no como magistrado conciliador, porque la ley no le da este derecho. Hay, bajo este respecto, una diferencia entre el divorcio y la separación de cuerpo (Código de Procedimientos, art. 878); más adelante insistiremos en esto.

La ley dice que el tribunal indicará la casa en donde la mujer estará obligada á residir. Se ha juzgado, en materia de separación de cuerpo, que la residencia de la mujer debía fijarse dentro de la jurisdicción del tribunal. Esto sin

duda que es útil, porque el marido, que conserva su poder, tiene el derecho y el poder de vigilar á su mujer, pero es evidente que esta no es una cuestión de derecho sino un punto de hecho que el tribunal resolvería en virtud de las circunstancias y las conveniencias. Hay algunas sentencias en este sentido (1).

258. El art. 268 supone que la mujer es siempre la que abandona el domicilio conyugal. Pregúntase si el tribunal no podría autorizar á la mujer á permanecer, ordenando al marido abandonar dicho domicilio. Se ha juzgado que no puede autorizarse á la mujer para que expulse al marido, aun cuando la casa fuese un bien parafernal de la mujer (2). Pero se han pronunciado en contra tanto la jurisprudencia como la doctrina. Sin duda alguna que el tribunal debe, por regla general, conservar al marido en la casa conyugal, porque este domicilio es el suyo y la mujer no tiene otro legalmente (art. 214); por esto es que el artículo 268 dice que la mujer podrá abandonar el domicilio del marido y no que la mujer pueda expulsar al marido. Sin embargo, no lo prohibe; permite suspender la vida común y poco importa en dónde resida el marido; en derecho el poder marital no se vulnera si el marido reside en esta ó en aquella casa. El juez puede, pues, considerar las circunstancias, las conveniencias y el interés de la familia; así, pues, si la mujer ejerce una industria ó un comercio en la casa conyugal la equidad exige que se quede ahí y que el marido se vaya (3).

1 Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 136. *Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1382.

2 Sentencia de Limoges, de 21 de Mayo de 1845 (Dalloz, 1849, 2, 45).

3 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 141, y sentencias de Colmar, de 23 de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 200); de Bruselas, de 14 de Julio de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 210), y de Gante, de 9 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 279).

que se ve privada? A decir verdad aquí no se trata de los padres sino de la ventaja de los hijos. El asunto es de toda evidencia cuando las medidas se han tomado á instancia del ministerio público. No es, pues, exacto decir que el cónyuge recalcitrante cause un daño que esté obligado á reparar. En realidad el tribunal pronuncia una pena pecuniaria, y ¿puede haber una pena sin ley penal?

Núm. 3.—De la residencia provisional de la mujer.

157. El art. 268 dice: «La mujer actora ó demandada podrá abandonar el domicilio del marido durante la averiguación.» Compréndese que la obligación de la vida común no puede subsistir durante la instancia de divorcio; la paz de la familia se turbaría á cada instante y aún la seguridad de la mujer se vería comprometida. Así, pues, la mujer debía tener el derecho de dejar el domicilio del marido. ¿Quiere esto decir que el tribunal no deba intervenir? El art. 268 agrega: «El tribunal indicará la casa en la cual la mujer estará obligada á residir.» Supuesto que la mujer, al dejar el domicilio conyugal, no puede residir en donde se le ocurra debe necesariamente dirigirse á la justicia para que el tribunal le indique la casa que debe habitar. ¿No podría el presidente asignar á la mujer un domicilio provisional? Sí, á título de medida urgente, pero no como magistrado conciliador, porque la ley no le da este derecho. Hay, bajo este respecto, una diferencia entre el divorcio y la separación de cuerpo (Código de Procedimientos, art. 878); más adelante insistiremos en esto.

La ley dice que el tribunal indicará la casa en donde la mujer estará obligada á residir. Se ha juzgado, en materia de separación de cuerpo, que la residencia de la mujer debía fijarse dentro de la jurisdicción del tribunal. Esto sin

duda que es útil, porque el marido, que conserva su poder, tiene el derecho y el poder de vigilar á su mujer, pero es evidente que esta no es una cuestión de derecho sino un punto de hecho que el tribunal resolvería en virtud de las circunstancias y las conveniencias. Hay algunas sentencias en este sentido (1).

258. El art. 268 supone que la mujer es siempre la que abandona el domicilio conyugal. Pregúntase si el tribunal no podría autorizar á la mujer á permanecer, ordenando al marido abandonar dicho domicilio. Se ha juzgado que no puede autorizarse á la mujer para que expulse al marido, aun cuando la casa fuese un bien parafernal de la mujer (2). Pero se han pronunciado en contra tanto la jurisprudencia como la doctrina. Sin duda alguna que el tribunal debe, por regla general, conservar al marido en la casa conyugal, porque este domicilio es el suyo y la mujer no tiene otro legalmente (art. 214); por esto es que el artículo 268 dice que la mujer podrá abandonar el domicilio del marido y no que la mujer pueda expulsar al marido. Sin embargo, no lo prohibe; permite suspender la vida común y poco importa en dónde resida el marido; en derecho el poder marital no se vulnera si el marido reside en esta ó en aquella casa. El juez puede, pues, considerar las circunstancias, las conveniencias y el interés de la familia; así, pues, si la mujer ejerce una industria ó un comercio en la casa conyugal la equidad exige que se quede ahí y que el marido se vaya (3).

1 Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 136. *Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1382.

2 Sentencia de Limoges, de 21 de Mayo de 1845 (Dalloz, 1849, 2, 45).

3 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 141, y sentencias de Colmar, de 23 de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 200); de Bruselas, de 14 de Julio de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 210), y de Gante, de 9 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 279).

259. La ley obliga á la mujer á residir en la casa que se le ha asignado por el tribunal. Según los términos del artículo 269 la mujer está obligada á justificar su residencia en la casa indicada, siempre que á ello sea requerida. Si falta esta justificación podrá el marido rehusar la provisión alimenticia que debe pagarle, y si la mujer es actora en el divorcio pueden declararse inadmisibles sus diligencias. Más adelante hablaremos de la pensión alimenticia. En cuanto al fin de no recibir es una especie de pena que la ley liga con la falta de ejecución de la obligación que impone á la mujer. ¿Cuál es este fin de no recibir? La ley lo dice: que pueden declararse inadmisibles las diligencias de la mujer; no es, pues, un fin de no recibir contra la acción de divorcio, como el de que trata la sección III; la acción no puede extinguirse, sólo que la mujer no puede continuar el procedimiento por todo el tiempo que no satisfaga su obligación. Esta es una denegación de audiencia, como lo dice la Corte de Gante (1).

Puede agregarse que este fin de no recibir no es absoluto. La Corte de Amiéns había decidido que el tribunal debía declarar inadmisibles las diligencias de la mujer por el hecho mismo de que no justificaba su residencia en la casa indicada; pero el fallo sufrió casación (2). El error era evidente; el texto dice, en efecto, que el marido podrá hacer que no sea admitida la demanda de la mujer, lo que implica un poder de apreciación. Esto está también fundado en la razón. La mujer puede dejar su residencia por motivos muy legítimos (3). Si la casa que le ha sido señalada es la de la madre y ésta cambia de mansión ciertamente que la mujer está autorizada para seguirla (1). Y hasta se ha fallado que no debe declararse inadmisible á la mujer cuando ha cambiado de residencia para procurarse un alojamiento más agradable, siendo así que consta que ella no ha pretendido substraerse á la vigilancia del marido (2).

1 Sentencia de 9 de Diciembre de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 2 66).
2 Sentencia de la Corte de Casación de 16 de Enero de 1816 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 235).
3 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 233. Agréguese la sentencia de Gante precitada, de 9 de Diciembre de 1864, y sentencia de París de 27 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 52).

Núm. 4.—De la provisón alimenticia.

260. La mujer, dice el art. 268, que abandona el domicilio de su marido durante la causa podrá pedir una pensión alimenticia proporcionada á las facultades de su marido; el artículo agrega que el tribunal fija, *si há lugar*, la provisión alimenticia que el marido estará obligado á pagar *Si há lugar*, luego puede no haber lugar. En general los consortes están casados bajo el régimen de comunidad legal; en tal caso la mujer no tiene ninguna renta, aun cuando tuviese bienes personales, supuesto que el marido tiene el usufructo de ellos. Lo mismo pasa si los cónyuges han estipulado el régimen exclusivo de comunidad ó el régimen dotal cuando la mujer no tiene bienes parafernales. Si la mujer no tiene rentas naturalmente es forzoso que el marido le pague una pensión alimenticia para que pueda ella cubrir sus necesidades mientras dura la causa. Pero si los cónyuges estuviesen separados de bienes y si las rentas de la mujer bastasen para satisfacer sus necesidades no habría lugar para conceder á ésta una pensión alimenticia. Lo mismo pasaría si

1 Sentencia de la Corte de Casación de Berlín de 18 de Mayo de 1821 (*Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1383).
2 Sentencia de Burdeos de 8 de Agosto de 1867 (Dalloz, 1867, 5, 391, núm. 7).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la mujer recibiese una pensión de sus padres y que esta pensión fuese pagada á ella en lugar de serlo al marido; en este caso se habría provisto á sus necesidades y, por lo mismo, ella no podría pedir que el marido proveyese (1). Esta es una aplicación de los principios que rigen la deuda alimenticia; no hay obligación de dar alimentos á quien no los necesita (2).

261. La extensión de la provisión alimenticia está también normada por los principios generales. Esto resulta del texto del art. 268, por cuyos términos la pensión alimenticia es proporcionada á las facultades del marido; hay que agregar, como lo hace el art. 208, y á las necesidades de la mujer. En general los alimentos comprenden la nutrición y el sostenimiento. La provisión alimenticia debida á la mujer durante la instancia de divorcio comprende, además, la suma necesaria para seguir la causa. La ley no lo dice de una manera expresa porque no tenía necesidad de hacerlo. De su propio peso se deduce que la primera necesidad de la mujer, actora ó demandada, es la de poder sostener su derecho.

En materia de separación de cuerpo el Código de Procedimientos dice que el presidente ordenará que se entreguen á la mujer los efectos de su uso cuotidiano (art. 878). Bien que no haya disposición análoga en el título del Divorcio es claro que el presidente puede y aun debe prescribir esta medida de urgencia; y si el prsidente no lo hace el tribunal lo hará; los vestidos forman parte de los alimentos. ¿Cuáles son los efectos cuya entrega puede ordenar el presidente? Se ha fallado, en materia de separación de cuerpo, que la mujer no puede reclamar más que los efectos

1 Sentencia de Bruselas de 15 de Julio de 1848 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 177).
2 Véase el núm. 67 de estos *Principios*.

que le son necesarios y no los atavíos de lujo, cuyo uso le vedan las conveniencias en la posición en que se encuentra (1). Nosotros decimos, con Debelleyme, que esta es una cuestión de hecho que el tribunal resolverá según la condición de los litigantes y según las circunstancias. Esto es verdadero, sobre todo en divorcio, puesto que no hay texto que limite el poder del juez.

262. El art. 268 dice que el tribunal fija la pensión alimenticia. Así es que el presidente no tiene ese derecho. Hay, sin embargo, que poner una restricción á esa decisión. Puede suceder que la mujer deje el domicilio de su marido en el momento en que ella presenta su instancia al presidente y que éste le indique una casa en donde resida, por vía de medida de urgencia; puede también, con el mismo título, concederle alimentos, cesando del poder que le otorga el Código de Procedimientos (art. 806) de disponer en todos los casos de urgencia. Esto está generalmente admitido (2). Puede pedirse en apelación la provisión alimenticia, y aun durante la instancia de casación, pero no ante el tribunal superior, supuesto que éste sólo resuelve respecto á las cuestiones de fondo (3). No es necesario decir que deberá pagarse la pensión hasta el día en que se pronuncie el divorcio. La mujer vuelve entonces al derecho común; ya no es ni actora ni demandada en un juicio de divorcio.

263. El art. 268 supone que la mujer deja el domicilio conyugal. Si en él permanece y allí recibe los alimentos no podrá pedir pensión alimenticia propiamente dicha. Pero si el marido le rehusase las sumas necesarias para sus necesi-

1 Sentencia de Bruselas de 26 de Junio de 1849 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 289).
2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 153.
3 Sentencia de la Corte de Casación de Darmstadt de 13 de Diciembre de 1841 (*Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1382).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dades personales y las de sus hijos ella podria, ciertamente, reclamar una provisión por este capítulo, así como por los gastos del proceso. El pago de la pensión alimenticia esta subordinado á una condición, y es que la mujer resida en la casa que se le ha señalado. Si no justifica su residencia el marido puede rehusar la provisión alimenticia (artículo 269). ¿Es absoluta la negativa del marido? Hay que aplicar al pago de la pensión lo que hemos dicho del fin de no recibir que resulta de la misma falta de justificación. El tribunal apreciará las razones que la mujer tuvo para cambiar de residencia; si ella no quiso substraerse á la vigilancia del marido no hay lugar para aplicar la especie de pena pronunciada por la ley.

264. El Código Civil supone siempre que la mujer es quien pide la pensión alimenticia; nada dice del marido. En efecto, el marido conserva el goce de sus bienes y en general disfruta de las rentas de la mujer; regularmente, pues, no necesita de una provisión. Sin embargo, puede suceder que la necesite; ¿si los esposos están separados de bienes y el marido no tiene ninguna fortuna la mujer debería pagar una pensión alimenticia á su marido? Respecto á los alimentos no cabe duda alguna; los cónyuges se deben auxilios mutuos mientras el matrimonio dure (art. 212) y, por consiguiente, hasta que se pronuncie el divorcio. Hay que extender esta obligación á la provisión para gastos del litigio porque esto es también una necesidad del marido, y la mujer debe proveer á todas sus necesidades si el marido no tiene recursos. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 151.

Núm. 5. De las medidas conservatorias.

265. La ley permite á la mujer común en bienes requerir la fijación de los sellos sobre los efectos mobiliarios de la comunidad para la conservación de sus derechos (artículo 276). Hemos dicho que el marido queda á la cabeza de la comunidad; conserva, pues, todos los derechos que como jefe tiene. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que el marido podía, sin el concurso de la mujer, formar una demanda para dividir las sucesiones mobiliarias que en suerte le tocasen. Puede también disponer de los inmuebles de la comunidad, con tal que lo haga de buena fe; si lo verifica con fraude de la mujer ésta puede intentar la acción de nulidad. La garantía de la acción pauliana no ha parecido suficiente al legislador en lo que concierne á los efectos mobiliarios de la comunidad. En efecto, es difícil seguir los muebles en manos de terceros, porque fácilmente se transladan y ocultan. Para asegurar los derechos de la mujer la ley le permite que requiera la oposición de los sellos. Los sello suo se levantan sino haciendo inventario y quedando á cargo del marido volver á presentar los efectos inventariados ó de responder de su valor como depositario judicial (art. 270). ¿De ahí puede inferirse que el marido no puede enajenar los bienes inventariados? La cuestión es controvertida. Se ha fallado muy bien, á nuestro juicio, diciendo que el art. 270 no daba á entender que el marido tenía una alternativa en el sentido de que tuviese la facultad de conservar el mobiliario ó de pagar su valor (1). La ley no se expresa así. Comienza por imponer al marido la obligación de volver á presentar las cosas inventariadas, lo

1 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 362. Dalloz es de opinión contraria.

dades personales y las de sus hijos ella podria, ciertamente, reclamar una provisión por este capítulo, así como por los gastos del proceso. El pago de la pensión alimenticia esta subordinado á una condición, y es que la mujer resida en la casa que se le ha señalado. Si no justifica su residencia el marido puede rehusar la provisión alimenticia (artículo 269). ¿Es absoluta la negativa del marido? Hay que aplicar al pago de la pensión lo que hemos dicho del fin de no recibir que resulta de la misma falta de justificación. El tribunal apreciará las razones que la mujer tuvo para cambiar de residencia; si ella no quiso substraerse á la vigilancia del marido no hay lugar para aplicar la especie de pena pronunciada por la ley.

264. El Código Civil supone siempre que la mujer es quien pide la pensión alimenticia; nada dice del marido. En efecto, el marido conserva el goce de sus bienes y en general disfruta de las rentas de la mujer; regularmente, pues, no necesita de una provisión. Sin embargo, puede suceder que la necesite; ¿si los esposos están separados de bienes y el marido no tiene ninguna fortuna la mujer debería pagar una pensión alimenticia á su marido? Respecto á los alimentos no cabe duda alguna; los cónyuges se deben auxilios mutuos mientras el matrimonio dure (art. 212) y, por consiguiente, hasta que se pronuncie el divorcio. Hay que extender esta obligación á la provisión para gastos del litigio porque esto es también una necesidad del marido, y la mujer debe proveer á todas sus necesidades si el marido no tiene recursos. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 151.

Núm. 5. De las medidas conservatorias.

265. La ley permite á la mujer común en bienes requerir la fijación de los sellos sobre los efectos mobiliarios de la comunidad para la conservación de sus derechos (artículo 276). Hemos dicho que el marido queda á la cabeza de la comunidad; conserva, pues, todos los derechos que como jefe tiene. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que el marido podía, sin el concurso de la mujer, formar una demanda para dividir las sucesiones mobiliarias que en suerte le tocasen. Puede también disponer de los inmuebles de la comunidad, con tal que lo haga de buena fe; si lo verifica con fraude de la mujer ésta puede intentar la acción de nulidad. La garantía de la acción pauliana no ha parecido suficiente al legislador en lo que concierne á los efectos mobiliarios de la comunidad. En efecto, es difícil seguir los muebles en manos de terceros, porque fácilmente se transladan y ocultan. Para asegurar los derechos de la mujer la ley le permite que requiera la oposición de los sellos. Los sello suo se levantan sino haciendo inventario y quedando á cargo del marido volver á presentar los efectos inventariados ó de responder de su valor como depositario judicial (art. 270). ¿De ahí puede inferirse que el marido no puede enajenar los bienes inventariados? La cuestión es controvertida. Se ha fallado muy bien, á nuestro juicio, diciendo que el art. 270 no daba á entender que el marido tenía una alternativa en el sentido de que tuviese la facultad de conservar el mobiliario ó de pagar su valor (1). La ley no se expresa así. Comienza por imponer al marido la obligación de volver á presentar las cosas inventariadas, lo

1 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 362. Dalloz es de opinión contraria.

que implica prohibición para disponer de ellas. Además, en el caso de que él no las reproduzca ella lo declarará responsable como depositario judicial, lo que es una verdadera penalidad, supuesto que el depositario es obligable por pena corporal. Una pena ciertamnete que no constituye una alternativa.

El espíritu de la ley no deja duda alguna. Quiere dar á la mujer una garantía, y si el marido puede disponer de los efectos inventariados ¿en dónde está la garantía? La imposición de una pena corporal no es una garantía cuando el marido es insolvente. En vano se objetará que la prohibición de enajenar deroga el poder del marido. Sin duda que sí, pero el objeto de la ley ha sido precisamente modificar el poder absoluto del marido para impedir que de él abuse en perjuicio de la mujer. La misma prohibición de enajenar es una garantía ineficaz, supuesto que la mujer no puede intentar acción de nulidad contra terceros adquirentes, y no puede intentar sino la acción de reivindicación; ahora bien, esta accion no puede admitirse contra los terceros poseedores cuando son de buena fe.

236. ¿Tiene la mujer necesidad de la autorización marital para requerir esas medidas? En París es costumbre que la mujer pida autorización del juez. La Corte de Lyon ha fallado que la autorización no era necesaria (1). Esta decisión es conforme á los principios. La oposición de los sellos y el inventario que la sigue son actos de conservación, y es esencial á estos actos que se verifiquen sin demora si no llenan su objeto. El marido puede de un momento á otro hacer desaparecer el mobiliario de la comunidad; es, pues, preciso que la mujer pueda obrar directamente. Si se exigiera la autorización la mujer debería, según el rigor de la ley, pedirla al marido, y solamente que éste la negase, á la justicia. ¿Y puede concebirse que la mujer se dirija al marido para recibir una autorización para que ella tome una medida de desconfianza contra él? Cuando el legistador da un derecho á la mujer la autoriza desde luego para ejercitarlo. Así pasa cuando la mujer revoca una donación que ha hecho á su marido durante el matrimonio (art. 1096). Se dirá que todas estas razones se dirigen al legislador y que precisaría un texto que dispensase á la mujer de la autorización marital. Nó, porque es de principio que los incapaces pueden ejercitar los actos de conservación, porque estos actos por su propia naturaleza jamás les dañan. La mujer puede también invocar otro principio. No necesita la autorización del juez para intentar la acción en divorcio; la autorización del presidente hace veces de autorización; ahora bien, una vez autorizada puede ella ejercitar todos los actos que son una consecuencia directa de la demanda de divorcio, y tales son evidentemente las medidas de conservación (1).

1 Sentencia de 1.° de Abril de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 211).

267. La ley no concede el derecho establecido por el art. 270 sino á la mujer común en bienes. ¿Qué debe resolverse si está casada bajo otro régimen? Cierto es que la mujer separada de bienes no puede requerir la oposición de sellos sobre los efectos mobiliarios del marido, supuesto que ella no tiene ningún derecho á los bienes de aquél; en cuanto á los efectos que le pertenecen, conserva ella su libre administración y puede disponer de ellos. Si los cónyuges están casados bajo el régimen dotal, ó bajo el régimen exclusivo de comunidad, el marido tiene la administración y el goce de los bienes de la mujer, y él podría abusar de su derecho para enajenar el mobiliario de la mujer. Esta, pues, tendría grande interés en hacer que se fijasen

1 Massol, *De la separación de cuerpo*, p. 163. Sentencia de Lieja, de 25 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 299).

los sellos. ¿Y tiene ella el derecho para ello? Se ha fallado que no podía invocar el art. 270 que sólo habla de la mujer común en bienes (1). Pero el texto no es restrictivo, y ninguna razón hay para que lo sea. ¿Por qué rehusar á la mujer casada bajo tal régimen una medida de conservación que se le concede cuando está casada bajo otro cualquiera? No es el régimen lo que la ley ha querido proteger sino los derechos de la mujer: desde el momento en que tiene derechos debe tomar medidas para conservarlos. Si la ley habla sólo de la mujer casada bajo el régimen de la comunidad es porque tal es el régimen del derecho común.

268. ¿Está ligado el juez por el texto del art. 270 en lo que concierne á la naturaleza de las medidas conservatorias que la mujer tiene derecho para requerir? Hay alguna vacilación acerca de este punto en la jurisprudencia. Parécenos que hay que distinguir. Si los intereses de la mujer pueden quedar en salvaguardia por medidas menos onerosas para el marido que las prescriptas por la ley, el tribunal puede ordenarlas y la mujer debe conformarse con ellas, porque si tiene derecho para tomar medidas de conservación no lo tiene para vejar inútilmente á su marido y perjudicarlo. La mujer de un comerciante pide el divorcio; durante toda instancia ella no requiere la aposición de los sellos; cuando el divorcio queda admitido hace clara requisición; el marido declara que está dispuesto á hacer inmediatamente un inventario, lo que hace inútiles los sellos, sellos que embarazarían su comercio y perjudicarían gravemente los intereses de la familia. La corte de Lieja acogió esta defensa (2). Pero si la mujer reclama otras medidas que no sean las que el art. 270 le permite requerir,

1 Sentencia de París, de 29 de Mayo de 1829 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 162.
2 Sentencia de 17 de Febrero de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 345).

medidas más onerosas, el tribunal no tendría derecho para ordenarlas. En este sentido el art. 270 es restrictivo; lo es porque deroga los poderes que el marido tiene como jefe de la comunidad; ahora bien, toda derogación del derecho común es de estricta interpretación (1). Según este principio es como deben decidirse las cuestiones que se presentan en la aplicacion del art. 270. ¿Puede la mujer pedir caución por los reintegros que tenga que exigir después del divorcio? Nó, y sin duda alguna. El proyecto de código civil imponía esta obligación al marido; se suprimió la disposición por las observaciones del Tribunado, porque pareció demasiado dura (2).

¿Puede la mujer pedir el secuestro de los bienes de la comunidad? ¿puede pedir el depósito de los dineros en la caja de consignaciones? Estas cuestiones son controvertidas; creemos que deben resolverse negativamente. El secuestro y el depósito tendrían por efecto privar al marido de la administración de los biens comunes; ahora bien, ninguna ley autoriza á los tribunales para que autoricen esta especie de caducidad. Sin duda alguna que pueden ser ineficaces las medidas prescriptas por el art. 270, pero no corresponde al intérprete colmar los vacíos de la ley, creando excepciones. Si el marido no presenta ninguna garantía, ni moral ni pecuniaria, la mujer no tiene más que un solo medio de poner en salvaguardia los intereses, y es pedir la separación de bienes. En el procedimiento de separación de bienes puede pedir las medidas de conservación que juzgue conveniente (código de procedimientos, artículo 869; (3).

1 La Corte de Bruselas así lo ha resuelto en principio por sentencia de 13 de Noviembre de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 345).
2 Observaciones del Tribunado, núm. 12 (Locré, t. II, p. 556).
3 Véase la jurisprudencia francesa en materia de separación de cuerpo, en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núms. 176 y

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

¿Puede la mujer practicar sentencias de embargo sobre los valores que pertenecen á la comunidad? Hay fallos diversos acerca de esta cuestión. Nosotros creemos que la mujer no tiene ese derecho y que no es permitido extender la disposición excepcional del art. 270 (1). En vano se objetará que el embargo es un acto menos riguroso y menos ofensivo para el marido que la oposición de los sellos (2). No se trata de saber si un acto lastima la susceptibilidad del marido sino si vulnera sus derechos. El embargo de los valores de la comunidad pondría al marido en la imposibilidad de administrar, y esto sería, por lo mismo, arrebatarle un poder que tiene como jefe de la comunidad; sería además, quitarle el goce de los bienes comunes; mientras que la aposición de sellos le deja la administración y el usufructo. Cierto es que el marido puede abusar de su poder, pero repetimos que el intérprete no puede corregir la ley. La mujer, por otra parte, tiene un medio de garantizar plenamente sus intereses, y es pedir la separación de bienes.

269. ¿Puede el marido requerir los medios de conservación previstos por el art. 270? Hay sentencias en sentidos adversos (3). La cuestión está mal planteada. No puede tratarse del marido que invoque el art. 270. En efecto, ¿cuál es el objeto de esta disposición? La de garantir los derechos que la mujer pueda tener sobre el mobiliario de la

177. La jurisprudencia belga no admite el secuestro [sentencias de Bruselas, de 16 de Junio de 1832 y de 13 de Noviembre de 1847, en la *Pasicrisia*, 1832, 180, y 1847, 345].

1 Sentencia de Caen, de 29 de Mayo de 1849, y de Burdeos, de 6 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1850, 5, 422, y 1850, 2, 150). Véase en este sentido una disertación de Mastón en la *Bélgica judicial*, tomo XVII, p. 1609.

2 Sentencia de 25 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 299). Véanse en este sentido las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núms. 172 y 174.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 166.

comunidad. Preguntar si el marido puede tomar medidas de consevación para el mobiliario que le pertenece es presentar una cuestsón absurda. El propietario toma lo que le pertenece en donde lo encuentra, por una acción de reivindicación; ahora bien, el marido es propietario del mobiliario de la comunidad. Esto decide la cuestión. El marido no necesita prevalerse del art. 270; obra como dueño y señor.

§ *VI.—De la demanda reconvencional de divorcio.*

270. El código Napoleón no habla de la demanda reconvencional de divorcio. ¿Debe inferirse de esto que no puede haber lugar en esta materia á una demanda reconvencional? Nó, el derecho de los esposos resulta de los artículos del código que permiten que cada uno de ellos intente la acción de divorcio cuando existe una de las causas determinadas por la ley. Si pueden ellos hacerlo por acción directa y principal no hay razón para que no puedan hacerlo por vía de demanda reconvencional. No obstante esto, este principio debe extenderse con cierta restricción. Por regla general cuando hay una causa de divorcio contra cada uno de los cónyuges el divorcio puede pronunciarse á instancia de cada uno de ellos, y cada uno de ellos tiene interés en pedirlo, en virtud de los efectos que el divorcio produce contra el cónyuge culpable, efectos que expresaremos más adelante. Pero puede suceder que en caso de recíprocos agravios el tribunal no admita el divorcio. La demanda reconvencional puede, pues, terminar un fin de no recibir contra la acción del demandante. ¿Cuándo el tribunal debe admitir el divorcio y la demanda reconvencional? ¿Cuándo debe desechar las dos demandas aplicando lo que se llama impropiamente la compensación? Esta es una cuestión de

¿Puede la mujer practicar sentencias de embargo sobre los valores que pertenecen á la comunidad? Hay fallos diversos acerca de esta cuestión. Nosotros creemos que la mujer no tiene ese derecho y que no es permitido extender la disposición excepcional del art. 270 (1). En vano se objetará que el embargo es un acto menos riguroso y menos ofensivo para el marido que la oposición de los sellos (2). No se trata de saber si un acto lastima la susceptibilidad del marido sino si vulnera sus derechos. El embargo de los valores de la comunidad pondría al marido en la imposibilidad de administrar, y esto sería, por lo mismo, arrebatarle un poder que tiene como jefe de la comunidad; sería además, quitarle el goce de los bienes comunes; mientras que la aposición de sellos le deja la administración y el usufructo. Cierto es que el marido puede abusar de su poder, pero repetimos que el intérprete no puede corregir la ley. La mujer, por otra parte, tiene un medio de garantizar plenamente sus intereses, y es pedir la separación de bienes.

269. ¿Puede el marido requerir los medios de conservación previstos por el art. 270? Hay sentencias en sentidos adversos (3). La cuestión está mal planteada. No puede tratarse del marido que invoque el art. 270. En efecto, ¿cuál es el objeto de esta disposición? La de garantir los derechos que la mujer pueda tener sobre el mobiliario de la

177. La jurisprudencia belga no admite el secuestro [sentencias de Bruselas, de 16 de Junio de 1832 y de 13 de Noviembre de 1847, en la *Pasicrisia*, 1832, 180, y 1847, 345].

1 Sentencia de Caen, de 29 de Mayo de 1849, y de Burdeos, de 6 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1850, 5, 422, y 1850, 2, 150). Véase en este sentido una disertación de Mastón en la *Bélgica judicial*, tomo XVII, p. 1609.

2 Sentencia de 25 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 299). Véanse en este sentido las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núms. 172 y 174.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 166.

comunidad. Preguntar si el marido puede tomar medidas de consevación para el mobiliario que le pertenece es presentar una cuestsón absurda. El propietario toma lo que le pertenece en donde lo encuentra, por una acción de reivindicación; ahora bien, el marido es propietario del mobiliario de la comunidad. Esto decide la cuestión. El marido no necesita prevalerse del art. 270; obra como dueño y señor.

§ *VI.—De la demanda reconvencional de divorcio.*

270. El código Napoleón no habla de la demanda reconvencional de divorcio. ¿Debe inferirse de esto que no puede haber lugar en esta materia á una demanda reconvencional? Nó, el derecho de los esposos resulta de los artículos del código que permiten que cada uno de ellos intente la acción de divorcio cuando existe una de las causas determinadas por la ley. Si pueden ellos hacerlo por acción directa y principal no hay razón para que no puedan hacerlo por vía de demanda reconvencional. No obstante esto, este principio debe extenderse con cierta restricción. Por regla general cuando hay una causa de divorcio contra cada uno de los cónyuges el divorcio puede pronunciarse á instancia de cada uno de ellos, y cada uno de ellos tiene interés en pedirlo, en virtud de los efectos que el divorcio produce contra el cónyuge culpable, efectos que expresaremos más adelante. Pero puede suceder que en caso de recíprocos agravios el tribunal no admita el divorcio. La demanda reconvencional puede, pues, terminar un fin de no recibir contra la acción del demandante. ¿Cuándo el tribunal debe admitir el divorcio y la demanda reconvencional? ¿Cuándo debe desechar las dos demandas aplicando lo que se llama impropiamente la compensación? Esta es una cuestión de

hecho que se deja á la apreciación del juez, como ya lo hemos dicho al tratar de los fines de no recibir (números 213 y 214).

271. ¿En qué forma puede ó debe hacerse la demanda reconvencional? Según el derecho común basta con una acto simple (cód. de proced., art. 337). Pero ya se sabe que las reglas generales de procedimientos no son aplicables en materia de divorcio. La demanda reconvencional es una verdadera acción de divorcio; ahora bien, e ta clase de acciones están sujetas á formas especiales, formas de orden público que necesariamente deben observarse porque tienden á impedir el divorcio, multiplicando las tentativas y las ocasiones de reconciliar á los esposos. Se objeta que habiendo tenido lugar estas tentativas sin resultado, es inútil repetirlas. El tribunal de Bruselas responde en un fallo muy bien motivado, que la demanda reconvencional cambia completamente la posición del actor en el divorcio, porque se torna á su vez en demandado y, como tal, puede tener interés en que el divorcio no se pronuncie; importa, pues, poner en presencia á las partes ante el juez conciliador (1). Esto decide la cuestión.

272. ¿Cuándo debe formularse la demanda reconvencional? Como ninguna restricción hay en la ley debe resolverse que se puede formular en cualquier estado de la causa; el juez no puede oponer un fin de no recibir que no está escrito en los textos. Existe una sentencia contraria de la corte de Colonia que ha desechado una demanda reconvencional por ser posterior al fallo de admisión (2). Esto es

1 Sentencia de 12 de Junio de 1852, confirmada en apelación el 7 de Agosto (*Pasicrisia*, 1852, 2. 239).

2 Sentencia de 30 de Mayo de 1833 (*Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1379). En sentido contrario Arntz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p. 281, núm. 498. Arntz es el único autor que trata especialmente de las demandas reconvencionales en materia de separación de cuerpo.

enteramente arbitrario. Sólo hay un fin de no recibir que resulta de la fuerza de los casos. Después de pronunciado el divorcio conseguido por el actor, ya no puede tratarse de una demanda reconvencional, en primer lugar, porque ya no hay instaucia, y en segundo lugar, porque no puede pedirse la disolución de un matrimonio que ya no existe.

SECCION III.—Del divorcio por consentimiento mutuo.

§ 1. PRINCIPIOS GENERALES

273. Ateniéndose á las declaraciones que se hicieron en el consejo de Estado el nombre de divorcio por consentimiento mutuo respondería muy mal al pensamiento que tuvo el legislador al organizar este divorcio. Portalis dice y repite que el matrimonio no es un contrato ordinario que se disuelve por el concurso de voluntades. Dice y repite que el matrimonio se contrae con un espíritu de perpetuidad. De ahí infiere Portalis que no puede quebrantarse por la sola voluntad de las partes, y que no puede serlo sino por causas legítimas y verificadas (1). Por esto la comisión encargada de la redacción de un proyecto no admitía el divorcio por consentimiento mutuo (2). ¿Qué es, pues, el divorcio que el código Napoleón llama por consentimiento mutuo?

Portalis contesta que el consentimiento mutuo, tal como la ley lo organiza, es la prueba de otra *causa legítima* (3). ¿Cuáles son estas causas? ¿Y por qué el legislador no exige que se prueben directamente? ¿por qué se contenta con el

1 Sesión de 24 Vendimiario, año X, núm. 53 (Locré, t. II, p. 489).

2 Portalis, Discurso preliminar, núm. 53 (Locré, t. I, ps. 169 y siguientes.

3 Sesión del Consejo de Estado, de 6 Nivoso, año X, núm. 13 (Locré, t. II, p. 5, 31.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hecho que se deja á la apreciación del juez, como ya lo hemos dicho al tratar de los fines de no recibir (números 213 y 214).

271. ¿En qué forma puede ó debe hacerse la demanda reconvencional? Según el derecho común basta con una acto simple (cód. de proced., art. 337). Pero ya se sabe que las reglas generales de procedimientos no son aplicables en materia de divorcio. La demanda reconvencional es una verdadera acción de divorcio; ahora bien, e ta clase de acciones están sujetas á formas especiales, formas de orden público que necesariamente deben observarse porque tienden á impedir el divorcio, multiplicando las tentativas y las ocasiones de reconciliar á los esposos. Se objeta que habiendo tenido lugar estas tentativas sin resultado, es inútil repetirlas. El tribunal de Bruselas responde en un fallo muy bien motivado, que la demanda reconvencional cambia completamente la posición del actor en el divorcio, porque se torna á su vez en demandado y, como tal, puede tener interés en que el divorcio no se pronuncie; importa, pues, poner en presencia á las partes ante el juez conciliador (1). Esto decide la cuestión.

272. ¿Cuándo debe formularse la demanda reconvencional? Como ninguna restricción hay en la ley debe resolverse que se puede formular en cualquier estado de la causa; el juez no puede oponer un fin de no recibir que no está escrito en los textos. Existe una sentencia contraria de la corte de Colonia que ha desechado una demanda reconvencional por ser posterior al fallo de admisión (2). Esto es

1 Sentencia de 12 de Junio de 1852, confirmada en apelación el 7 de Agosto (*Pasicrisia*, 1852, 2. 239).

2 Sentencia de 30 de Mayo de 1833 (*Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1379). En sentido contrario Arntz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p. 281, núm. 498. Arntz es el único autor que trata especialmente de las demandas reconvencionales en materia de separación de cuerpo.

enteramente arbitrario. Sólo hay un fin de no recibir que resulta de la fuerza de los casos. Después de pronunciado el divorcio conseguido por el actor, ya no puede tratarse de una demanda reconvencional, en primer lugar, porque ya no hay instaucia, y en segundo lugar, porque no puede pedirse la disolución de un matrimonio que ya no existe.

SECCION III.—Del divorcio por consentimiento mutuo.

§ 1. PRINCIPIOS GENERALES

273. Ateniéndose á las declaraciones que se hicieron en el consejo de Estado el nombre de divorcio por consentimiento mutuo respondería muy mal al pensamiento que tuvo el legislador al organizar este divorcio. Portalis dice y repite que el matrimonio no es un contrato ordinario que se disuelve por el concurso de voluntades. Dice y repite que el matrimonio se contrae con un espíritu de perpetuidad. De ahí infiere Portalis que no puede quebrantarse por la sola voluntad de las partes, y que no puede serlo sino por causas legítimas y verificadas (1). Por esto la comisión encargada de la redacción de un proyecto no admitía el divorcio por consentimiento mutuo (2). ¿Qué es, pues, el divorcio que el código Napoleón llama por consentimiento mutuo?

Portalis contesta que el consentimiento mutuo, tal como la ley lo organiza, es la prueba de otra *causa legítima* (3). ¿Cuáles son estas causas? ¿Y por qué el legislador no exige que se prueben directamente? ¿por qué se contenta con el

1 Sesión de 24 Vendimiario, año X, núm. 53 (Locré, t. II, p. 489).

2 Portalis, Discurso preliminar, núm. 53 (Locré, t. I, ps. 169 y siguientes.

3 Sesión del Consejo de Estado, de 6 Nivoso, año X, núm. 13 (Locré, t. II, p. 5, 31.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

consentimiento mutuo? No existen más causas legítimas que las que el codigo Napoleón llama causas determinadas, el adulterio, los excesos, las sevicias y las injurias graves. Si alguna de estas causas existe, puede probarse directamente, y ¿por qué la ley se contenta con la prueba indirecta, ó por mejor decir, con la presunción que resulta del consentimiento mutuo? Treilhard se explica en la Exposición de Motivos. Hay dos de estas causas que el cónyuge ofendido no puede sacar á luz: los excesos y el adulterio. La palabra vaga de excesos oculta un atentado á la vida. ¿Cómo se quiere que un cónyuge alegue una causa de divorcio que, si quedare probada, llevaría al cadalso al otro? La publicidad sería tan fatal para el inocente y para toda la familia tanto como para el culpable. Lo mismo sucede con el adulterio; no porque la pena sea tan grave sino que, según nuestras costumbres, el marido que acusa á su mujer de adulterio se cubre de ridículo y de ignominia. ¿No sería un bien si, en semojante caso, se pudiera verificar el divorcio sin ruido ni escándalo? Para obtener este resultado es por lo que los autores del código han admitido el divorcio por consentimiento mutuo. Han trazado tal manera de consentimiento, dice Treilhard, prescripto tales condiciones y requerido tales privaciones, en una palabra, han vendido tan caro el divorcio, si puede decirse, que sólo aquellos á quienes es absolutamente necesario pueden intentar comprarlo.

274. El divorcio por consentimiento mutuo encontró muchos contradictores en el sano de Consejo de Estado. Napoleón lo defendió con instancia. Confesó que las únicas causas que legitiman el divorcio son las que el código admite como causas determinadas. ¡Pero qué desgracia el verse forzado á exponerlas y á revelar hasta los detalles más íntimos y secretos del interior doméstico! En el sistema del código, agregaba el primer cónsul, el consentimiento mutuo no es la *causa* del divorcio sino un *signo* de que el divorcio se haya hecho necesario. Así es que el tribunal pronunciará el divorcio no porque haya un consentimiento mutuo sino *cuando* haya un consentimiento mutuo; se detendrá ante este signo y no profundizará las causas reales que pueden haber acarreado la ruptura entre los esposos.

Los partidarios del consentimiento mutuo suponían que muy rara vez habría una demanda de divorcio fundada en el adulterio. Para esto, dice Réal, sería preciso que el hombre hubiese perdido todo género de vergüenza. ¿Qué sucedería, pues, si se rehusase el divorcio por consentimiento mutuo? Sería rehusar el uso del divorcio á casi la totalidad de los ciudadanos, y, sin embargo, el divorcio es un derecho desde el momento en que existe una causa tan legítima como el adulterio. En este sentido el divorcio por consentimiento mutuo es el complemento necesario del divorcio por causa determinada. Si éste es legítimo el otro es una necesidad. (1)

275. Si la realidad correspondiese á la teoría podríamos detenernos aquí: el divorcio por consentemiento mutuo quedaría justificado. Pero los hechos casi no han correspondido á las previsiones del legislador. Las acusaciones las más escandalosas de adulterio, querellas todavía más vergonzosas, han resonado en los tribunales á la clara luz de la publicidad. Así, pues, no se teme el escándalo, y hasta puede decirse que se busca. ¿Qué son, pues, los divorcios por consentimiento mutuo? Se verifican sin que haya una causa determinada de divorcio en el sentido legal; la única y verdadera causa que induce á los esposos á divorciarse es una recíproca incompatibilidad de índoles. Ni

1 Sesión del Consejo de Estado de 24 Vendimiario, año X, número 25 (Locré, t. II, p. 497).

se puede decir que al romper su unión por el único motivo de que les pesa la vida común violan el espíritu de la ley sino el texto; la causa de incompatibilidad está realmente escrita en la ley y condena todo el sistema.

El art. 233 establece: «El consentimiento mutuo y perseverante de los cónyuges, expresado de la manera prescripta por la ley, probará suficientemente que la *vida común les es insoportable*. ¿Por qué les es insoportable la vida común? Acaso porque hay una causa determinada que los esposos deban ocultar, excesos, un adulterio, una de esas vergonzosas injurias con que no queremos manchar nuestra pluma. Así se pretende, y tal es la doctrina del Primer Cónsul y de los hombres más eminentes del Consejo de Estado. Pero examinemós las condiciones que, según se dice, deben revelar que hay una causa perentoria de divorcio. El marido debe tener veinticinco años y la mujer veintiuno. ¿Antes de estas edades no puede haber una causa legítima de divorcio? ¿el adulterio? ¿las sevicias? ¿los mismos excesos? ¿Por qué, pues, no permitirles que rompan su unión? Es preciso, responde Treilhard, dejar á los cónyuges tiempo para *conocerse y experimentarse*; no debe recibirse su consentimiento en tanto que pueda suponerse que es una consecuencia de la *ligereza de la edad*. Lo preguntamos: ¿Qué cosa es la ley, qué tienen de común esos motivos con una causa determinada de divorcio? La verdadera causa indicada por el texto y por el espíritu de la ley es la incompatibilidad de índole. Treilhard hasta dijo estas palabras: ¿Por qué ya no se admite el divorcio después de veinte años de matrimonio? ¿Acaso no puede haber causa determinada de divorcio después de veinte años? ¿Quién se atrevería á sostenerlo? ¿Por qué, pues, el legislador no lo permite? Porque, dice el Orador del Gobierno, la prolongada y pacífica cohabitación de los cónyuges atestigua la compatibilidad de sus caracteres (1). Así, pues, la incompatibilidad de humor es la que la ley consagra al admitir el divorcio por consentimiento mutuo.

276. En el Consejo de Estado se confesó que la incompatibilidad de humor es una causa de divorcio en el sistema del Código (2) cuando es recíproca. ¿Qué cosa es, pues, esa incompatibilidad del humor ó del carácter? Es, á decir verdad, el consentimiento contrario que viene á romper un contrato hecho por el concurso de las voluntades. Cuando hay una verdadera incompatibilidad de caracteres, dice Emmery, el matrimonio se convierte en un suplicio para ambos consortes; los dos tratan entonces de desvincularlo, y es cuando tiene lugar el consentimiento mutuo. Emmery suponía que una causa determinada había producido esa incompatibilidad de humor (3). Vana suposición que desmienten el mismo texto de la ley y las condiciones que ella establece. ¿Quién no conoce la volubilidad de las pasiones humanas, los choques y los disgustos que resultan de la falta de indulgencia? Estas son las verdaderas causas de la incompatibilidad de humor. Lo que equivale á decir, como Tronchet lo ha hecho notar, que el divorcio por consentimiento mutuo arruina la estabilidad del matrimonio (4). En efecto, esto es la consagración de la teoría funesta que asimila el matrimonio á un contrato ordinario y permite disolverle, así como se ha formado, por el consentimiento solo de las partes contrayentes. Sin duda alguna que hay formalidades y condiciones más difíciles de llenar para disolver el matrimonio que para disolver un contrato ordinario; pero es bastante para conseguir el fin que

1 Treilhard, *Exposición de Motivos*, núm. 23 (Locré, t. II, p. 569).
2 Véanse las observaciones de Regnier y de Emmery, sesión de 6 Nivoso, año X, núm. 11 (Locré, t. II, p. 528).
3 Sesión de 16 Vendimiario, año X, núm. 13 (Locré, t. II, p. 485).
4 Sesión de 24 Vendimiario, año X, núm. 11 (Locré, t. II, p. 493).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

se proponen que los cónyuges tengan una voluntad perseverante. En este sentido, y Treilhard lo confiesa, no hay más que una diferencia de nombre entre la incompatibilidad de humor y el consentimiento mutuo (1). En vano se dice que cuando hay incompatibilidad de humor hay también causas reales de ese recíproco disgusto: la mala conducta, los malos tratamientos, las injurias. Nada puede garantizar que esto sea así; depende de los cónyuges, sin que haya ninguna causa legítima de divorcio, romper su unión; tal es la observación del Ministro de Justicia, y ella condena el sistema del Código (2).

Venimos á parar en esta conclusión: que el divorcio por consentimiento mutuo no es, como lo deseaba el Primer Cónsul, como lo deseaba Portalis, una consecuencia y una dependencia del divorcio por causas determinadas; esto puede ser, pero también puede no ser; puede suceder que no haya más causa de divorcio que la incompatibilidad de humor, la ligereza de carácter, la inconstancia de las afecciones humanas. Es, en definitiva, un divorcio sin causa (3), y el divorcio sin causa es un atentado al matrimonio, un atentado al orden social. Esperamos que algún día desaparecerá de nuestro Código.

§ II.—*De las condiciones.*

277. El Código Napoleón exige rigurosas condiciones para el divorcio por consentimiento mutuo y prescribe numerosas formalidades con el fin que ya hemos indicado. Ya conocemos la primera condición y el motivo que se le ha dado: «El consentimiento de los cónyuges, dice el artículo 275, no se admitirá si el marido tiene menos de veinticinco años ó si la mujer es menor de veintiuno.» Además de la razón alegada por Treilhard puede agregarse que sólo á esta edad los consortes pudieron casarse sin el consentimiento de sus ascendientes; parece, pues, justo no permitirles que rompan un contrato cuando no habrían podido formarlo. Pero este motivo no justifica la condición más que el otro, bajo el punto de vista de la teoría del Código. Si se supone que hay una causa oculta que legitime el divorcio poco importa la edad de los consortes y su incapacidad.

1 *Exposición de Motivos*, núm. 22 (Locré, t. II, p. 568).
2 Sesión de 16 Vendimiario, año X, núm. 12 (Locré, t. II, p. 483).
3 Tal es la expresión de Boulay, sesión de 24 Vendimiario, año X, núm. 25 (Locré, t. II, p. 499).

Pasa lo mismo con la segunda condición: «No se admitirá el consentimiento mutuo sino después de dos años de matrimonio (art. 276).» Tres años no tienen ya razón de ser en el sistema de las causas ocultas. No podrá haber divorcio por consentimiento mutuo después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga cuarenta y cinco años (art. 277).» El Primer Cónsul decía muy bien que el divorcio por consentimiento mutuo no debía limitarse ni por la duración del matrimonio ni por la edad de los cónyuges. ¿Qué contestó Emmery? «La incompatibilidad de carácter sería la causa real de esta clase de divorcios, y no es razonable admitirla después de que los esposos han vivido veinte años en buena inteligencia.» Sea, pero entonces sería preciso inscribir en la ley que el divorcio tenía lugar por incompatibilidad de humor. Y aun así, en esta doctrina no se comprende por qué la mujer de más de cuarenta y cinco años de edad no podía divorciarse. Esta condición no tiene verdaderamente razón de ser, por lo que se suprimió desde la primera votación (1), y se produjeron después, sin que se sepa la razón. Cuando se consultan los discursos pro-

1 Sesión del Consejo de Estado de 14 Nivoso, año X (Locré, tomo II, p. 538, núm. 16.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

se proponen que los cónyuges tengan una voluntad perseverante. En este sentido, y Treilhard lo confiesa, no hay más que una diferencia de nombre entre la incompatibilidad de humor y el consentimiento mutuo (1). En vano se dice que cuando hay incompatibilidad de humor hay también causas reales de ese recíproco disgusto: la mala conducta, los malos tratamientos, las injurias. Nada puede garantizar que esto sea así; depende de los cónyuges, sin que haya ninguna causa legítima de divorcio, romper su unión; tal es la observación del Ministro de Justicia, y ella condena el sistema del Código (2).

Venimos á parar en esta conclusión: que el divorcio por consentimiento mutuo no es, como lo deseaba el Primer Cónsul, como lo deseaba Portalis, una consecuencia y una dependencia del divorcio por causas determinadas; esto puede ser, pero también puede no ser; puede suceder que no haya más causa de divorcio que la incompatibilidad de humor, la ligereza de carácter, la inconstancia de las afecciones humanas. Es, en definitiva, un divorcio sin causa (3), y el divorcio sin causa es un atentado al matrimonio, un atentado al orden social. Esperamos que algún día desaparecerá de nuestro Código.

§ II.—*De las condiciones.*

277. El Código Napoleón exige rigurosas condiciones para el divorcio por consentimiento mutuo y prescribe numerosas formalidades con el fin que ya hemos indicado. Ya conocemos la primera condición y el motivo que se le ha dado: «El consentimiento de los cónyuges, dice el artículo 275, no se admitirá si el marido tiene menos de veinticinco años ó si la mujer es menor de veintiuno.» Además de la razón alegada por Treilhard puede agregarse que sólo á esta edad los consortes pudieron casarse sin el consentimiento de sus ascendientes; parece, pues, justo no permitirles que rompan un contrato cuando no habrían podido formarlo. Pero este motivo no justifica la condición más que el otro, bajo el punto de vista de la teoría del Código. Si se supone que hay una causa oculta que legitime el divorcio poco importa la edad de los consortes y su incapacidad.

1 *Exposición de Motivos*, núm. 22 (Locré, t. II, p. 568).
2 Sesión de 16 Vendimiario, año X, núm. 12 (Locré, t. II, p. 483).
3 Tal es la expresión de Boulay, sesión de 24 Vendimiario, año X, núm. 25 (Locré, t. II, p. 499).

Pasa lo mismo con la segunda condición: «No se admitirá el consentimiento mutuo sino después de dos años de matrimonio (art. 276).» Tres años no tienen ya razón de ser en el sistema de las causas ocultas. No podrá haber divorcio por consentimiento mutuo después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga cuarenta y cinco años (art. 277).» El Primer Cónsul decía muy bien que el divorcio por consentimiento mutuo no debía limitarse ni por la duración del matrimonio ni por la edad de los cónyuges. ¿Qué contestó Emmery? «La incompatibilidad de carácter sería la causa real de esta clase de divorcios, y no es razonable admitirla después de que los esposos han vivido veinte años en buena inteligencia.» Sea, pero entonces sería preciso inscribir en la ley que el divorcio tenía lugar por incompatibilidad de humor. Y aun así, en esta doctrina no se comprende por qué la mujer de más de cuarenta y cinco años de edad no podía divorciarse. Esta condición no tiene verdaderamente razón de ser, por lo que se suprimió desde la primera votación (1), y se produjeron después, sin que se sepa la razón. Cuando se consultan los discursos pro-

1 Sesión del Consejo de Estado de 14 Nivoso, año X (Locré, tomo II, p. 538, núm. 16.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nunciados ante el Cuerpo Legislativo no se hallan más que frases; escuchemos á Gillet, el Orador del Tribunado: «La ley dice á los esposos: No desdeñéis en el Otoño lo que encanta vuestra Primavera. ¿En qué otra parte hallaríais la misma constancia y comunes recuerdos? No rechacéis, pues, el yugo á que estáis acostumbrados (1).» Hé aquí lo que muy bien puede llamarse *verba et voces*, un vano sentido de palabras.

278. El art. 278 exige una cuarta condición; dice «que en ningún caso sería suficiente el consentimiento mutuo de los cónyuges si no está autorizado por sus padres ó por sus otros ascendientes vivos, según las reglas prescriptas por el artículo 150 en el título del *Matrimonio*.» Tiene razón Treilhard al decir que esta conclusión ofrece una garantía contra el abuso del divorcio: «Cuando dos familias enteras cuyos intereses y afectos casi siempre son contrarios se reunen para atestiguar sobre la necesidad del divorcio es muy difícil que el divorcio no sea, en efecto, indispensable (2).» Estas palabras de la Exposición de Motivos nos dan á conocer el espíritu de la ley, y nosotros ayudaremos á resolver las dificultades á que da lugar su aplicación.

La ley exige también el consentimiento de los padres ó de los ascendientes para la validez del matrimonio. Pero es grande la diferencia entre los principios que rigen la formación del matrimonio y los que norman su disolución. Si se trata de contraer matrimonio los futuros esposos no tienen necesidad del consentimiento de sus padres ó de sus ascendientes sino cuando son menores, y este consentimiento se exige, sobre todo, para cubrir su incapacidad; el hijo mayor de veinticinco años, la hija mayor de veintiuno, pueden

1 Discurso de Gillet núm. 13 (Locré, t. II, p. 603).
2 *Exposición de motivos*, núm. 23 (Locré, t. II, p. 559).

casarse sin el consentimiento de sus ascendientes. Otra cosa es cuando se trata de disolver el matrimonio. Ya no es con motivo de la incapacidad de su edad por lo que los esposos deben conseguir el consentimiento de los ascendientes, porque son mayores, no pudiendo tener lugar el divorcio sino cuando el marido tiene veinticinco años y la mujer veintiuno. Si la ley quiere que las dos familias intervengan es para tener una garantía de que existe una causa seria que legitime la disolución del matrimonio.

El objeto diferente que tiene la ley en las dos hipótesis nos explica los principios diferentes que ella sigue. Exige que los padres y madres de los dos esposos autoricen el divorcio. ¿Qué debe decidirse si hay disentimiento entre el padre y la madre de uno de los consortes? ¿Debe aplicarse el art. 148, por cuyos términos basta con el consentimiento del padre? La Corte de Lieja así lo había decidido, pero el fallo fué casado á requisitoria de Merlín (1). Este es un error evidente. El art. 278 exige la autorización de los padres y no agrega, como lo hace el art. 148, que en caso de disentimiento sea suficiente la autorización del padre. Esto decide la cuestión. No puede decirse que hay lugar á aplicar por analogía la disposición del art. 148 en el caso del divorcio porque no hay ninguna analogía; hay, por el contrario, profundas diferencias. Acabamos de señalarlas; hay que añadir una más que es capital: y es que la ley favorece el matrimonio, mientras que no admite el divorcio sino como una triste necesidad. Hay más: el divorcio por mutuo consentimiento es todavía más desfavorable que el divorcio por causa determinada porque puede encubrir un divorcio sin causa; y para impedir este grave abuso la ley exige el concurso de los ascendientes de las dos familias;

1 Sentencia de 3 Octubre de 1810 (Merlín, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Divorcio*, pfo. VII, t. V, p. 341).

si la madre se rehusa á autorizar el divorcio hay que creer que no hay causa legítima; por lo tanto, debe desecharse el divorcio.

En cuanto á los abuelos se presenta una cuestión análoga, pero que es más dudosa. Según los términos del artículo 150 si hay desentimiento entre el abuelo y la abuela de la misma línea es suficiente el consentimiento del abuelo, y si hay disentimiento entre las dos líneas esta división trae consigo el consentimiento. ¿Debe aplicarse esta disposición en materia de divorcio? Veríase uno tentado á creerlo al leer en el texto del art. 278 que los ascendientes vivos deben autorizar el divorcio, según las reglas prescriptas por el art. 150 (1).

Ahora bien, entre estas reglas se hallan las concernientes al disentimiento, sea del abuelo y de la abuela, sea de las dos líneas. Sin embargo, la opinión contraria prevalece y se funda en los trabajos preparatorios del Código Civil. La disposición primitiva del art. 150 estaba concebida así: "En ningún caso será bastante el consentimiento mutuo de los cónyuges si no está autorizado por sus padres ó madres, ó por sus otros ascendientes vivos si aquéllos han muerto." Cuando se sometió el proyecto al Tribunado la Sección de Legislación observó que esta redacción era demasiado vaga porque podía hacer creer que si existían abuelos y bisabuelos todos debían autorizar el divorcio. La intención del legislador era conformarse con el consentimiento de los más próximos. Para expresar mejor el fin de la ley el Tribunado propuso que se agregase: "Esta autorización se obtendrá conforme á las *reglas* prescriptas por el art. 7 (el 150 actual) en el título del Matrimonio." El Tribunado cuidó de agregar que esta adición tenía por objeto desvanecer toda incertidumbre acerca del *orden*, según el cual los padres deben ser llamados á consentir; parece conveniente, dice, que este *orden* sea el mismo para el divorcio que para el matrimonio; es decir, que el abuelo y la abuela reemplacen al padre y á la madre difuntos y que los bisabuelos sólo vengan á falta de abuelos. Resulta de esto que remitiendo á las *reglas* establecidas por el artículo 150 el Tribunado no pensaba más que en el *orden* por el cual los ascendientes deben autorizar el divorcio; no se trató de los principios que rigen el disentimiento. Y no se puede suponer que los autores del Código hayan aplicado al divorcio disposiciones que no se han admitido sino en razón del favor de que goza el matrimonio (1). Puede agregarse que el texto de los arts. 278 y 283 confirma esta interpretación. Al hablar de los ascendientes la ley agrega siempre la palabra *vivos*; ¿no es esto marcar que *todos los que vivan* deben consentir del mismo modo que los padres y madres deben autorizar el divorcio para que pueda verificarse? Desde el momento en que haya un ascendiente de los llamados á consentir que rehuse su autorización se debe suponer que no hay causa grave que justifique el divorcio.

Si uno de los ascendientes citados para consentir ha muerto los esposos deben producir el acta de defunción. Sobre este punto, sin embargo, el legislador rebaja su severidad. El art. 283 dice: "Se presumirá que los padres, madres, abuelos y abuelas de los esposos están vivos hasta la representación de las actas que comprueban su defunción." Resulta de aquí que no se presumen vivos los bisabuelos; los esposos no deben, pues, producir las actas de fallecimiento de aquéllos, lo que á veces habría sido imposible. Pero la ley retorna á su sistema de rigor cuando se

1 Esta es la opinión de M. Willequet, *Del divorcio*, p. 196.

1 Merlín, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Divorcio*, pfo. VII (t. V, p. 342).

trata del modo de probar la defunción. Exige actas levantadas por el oficial del estado civil. Si no se ha llevado registro ó si los registros se han perdido los esposos pueden invocar el beneficio del art. 46: este es el derecho común y no un favor. Pero no pueden prevalerse de la opinión del Consejo de Estado del 4 Termidor, año XIII, que dispensa á los futuros esposos de producir las actas de defunción de los padres y las madres cuando los abuelos atestiguan dicha defunción, y que se conforma con un testimonio por juramento cuando todos los ascendientes han fallecido. Estas disposiciones no pueden aplicarse al divorcio, por la sola razón de que no se han introducido sino por el favor que el matrimonio merece.

El art. 283 añade un rigor nuevo al prescribir que los ascendientes dén su autorización en una declaración auténtica; y el legislador cuida de precisar lo que esa declaración debe contener: deben decir que, por causas que les son conocidas, autorizan á Fulano ó Zutano, hijo ó hija, nieto ó nieta, casado ó casada con Fulano ó Zutano, para pedir el divorcio y consentirlo. Todo es de rigor en esta materia Así, pues, una autorización verbal recibida por el juez sería insuficiente, lo mismo que una declaración que no contuviese las declaraciones prescriptas por la ley.

Por último, la ley no se conforma con el consentimiento dado una vez, como en materia de matrimonio. Quiere que los cónyuges renueven tres ocasiones su propio consentimiento; y tan á menudo como están obligados á declarar que persisten en su declaración deben también volver á presentar la prueba por acto público de que sus padres, madres ú otros ascendientes vivos persisten en su primera determinación (art. 285). Se preguntó al Consejo de Estado cuál era el objeto de estos consentimientos repetidos; Emmery contestó que la formalidad daba á los ascendientes el medio de corregir un consentimiento otorgado por sorpresa ó demasiado fácilmente (1).

§ *III.—De las medidas preliminares.*

279. Los esposos, dice el art. 279, están obligados á hacer previamente inventario y estimación de todos sus bienes muebles é inmuebles. Esta obligación tiene por objeto asegurar la ejecución fiel del art. 305 que atribuye á los hijos la propiedad de la mitad de los bienes de cada uno de los dos esposos desde el día de su primera declaración. Como el inventario se hace por el interés de los hijos se ha deducido que podían ellos intervenir, sea personalmente si son mayores, sea por medio de un tutor especial que se discerniese á los hijos menores (2). Esto nos parece muy dudoso. La ley no da este derecho á los hijos y, por consecuencia, no impone á los esposos la obligación de convocarlos para el inventario. Y en esta materia todo es de rigor; si las prescripciones de la ley deben observarse al pie de la letra en cambio no es permitido al intérprete agregarles nada. El legislador tenía, por otra parte, una excelente razón para no exigir la presencia de los hijos. ¿No sería odioso que los hijos viniesen á investigar los actos ya tan severos que sus padres están obligados á llevar á cabo? La ley no quiere que los hijos sean testigos contra los padres, ni aun en caso de divorcio. Tampoco puede ser que asuman el papel de vigilantes. El respeto que deben á sus padres los aleja del triste procedimiento en que los autores de sus días se hallan envueltos.

1 Sesión del Consejo de Estado del 22 Fructidor, año X, núm. 14 (Locré, t. II, p. 548).

2 Willequet, *Del divorcio*, pfo. 201. núm. 5. Aruz, *Curso de derecho civil frrncés*, t. I. p 254, núm. 451.

trata del modo de probar la defunción. Exige actas levantadas por el oficial del estado civil. Si no se ha llevado registro ó si los registros se han perdido los esposos pueden invocar el beneficio del art. 46: este es el derecho común y no un favor. Pero no pueden prevalerse de la opinión del Consejo de Estado del 4 Termidor, año XIII, que dispensa á los futuros esposos de producir las actas de defunción de los padres y las madres cuando los abuelos atestiguan dicha defunción, y que se conforma con un testimonio por juramento cuando todos los ascendientes han fallecido. Estas disposiciones no pueden aplicarse al divorcio, por la sola razón de que no se han introducido sino por el favor que el matrimonio merece.

El art. 283 añade un rigor nuevo al prescribir que los ascendientes dén su autorización en una declaración auténtica; y el legislador cuida de precisar lo que esa declaración debe contener: deben decir que, por causas que les son conocidas, autorizan á Fulano ó Zutano, hijo ó hija, nieto ó nieta, casado ó casada con Fulano ó Zutano, para pedir el divorcio y consentirlo. Todo es de rigor en esta materia Así, pues, una autorización verbal recibida por el juez sería insuficiente, lo mismo que una declaración que no contuviese las declaraciones prescriptas por la ley.

Por último, la ley no se conforma con el consentimiento dado una vez, como en materia de matrimonio. Quiere que los cónyuges renueven tres ocasiones su propio consentimiento; y tan á menudo como están obligados á declarar que persisten en su declaración deben también volver á presentar la prueba por acto público de que sus padres, madres ú otros ascendientes vivos persisten en su primera determinación (art. 285). Se preguntó al Consejo de Estado cuál era el objeto de estos consentimientos repetidos; Emmery contestó que la formalidad daba á los ascendientes el medio de corregir un consentimiento otorgado por sorpresa ó demasiado fácilmente (1).

§ *III.—De las medidas preliminares.*

279. Los esposos, dice el art. 279, están obligados á hacer previamente inventario y estimación de todos sus bienes muebles é inmuebles. Esta obligación tiene por objeto asegurar la ejecución fiel del art. 305 que atribuye á los hijos la propiedad de la mitad de los bienes de cada uno de los dos esposos desde el día de su primera declaración. Como el inventario se hace por el interés de los hijos se ha deducido que podían ellos intervenir, sea personalmente si son mayores, sea por medio de un tutor especial que se discerniese á los hijos menores (2). Esto nos parece muy dudoso. La ley no da este derecho á los hijos y, por consecuencia, no impone á los esposos la obligación de convocarlos para el inventario. Y en esta materia todo es de rigor; si las prescripciones de la ley deben observarse al pie de la letra en cambio no es permitido al intérprete agregarles nada. El legislador tenía, por otra parte, una excelente razón para no exigir la presencia de los hijos. ¿No sería odioso que los hijos viniesen á investigar los actos ya tan severos que sus padres están obligados á llevar á cabo? La ley no quiere que los hijos sean testigos contra los padres, ni aun en caso de divorcio. Tampoco puede ser que asuman el papel de vigilantes. El respeto que deben á sus padres los aleja del triste procedimiento en que los autores de sus días se hallan envueltos.

1 Sesión del Consejo de Estado del 22 Fructidor, año X, núm. 14 (Locré, t. II, p. 548).

2 Willequet, *Del divorcio*, pfo. 201. núm. 5. Aruz, *Curso de derecho civil frrncés*, t. I. p 254, núm. 451.

280. El art. 279 quiere además que los cónyuges arreglen sus respectivos derechos, sobre los cuales, agrega la ley, les es, no obstante, permitido que transijan. Este arreglo debe hacerse sin intervención del tribunal. Síguese de aquí que la mujer no necesita estar autorizada judicialmente para transar. Por otra parte, como el marido interviene en el acto como parte con eso sólo la autoriza. Esta es la aplicación de los principios generales sobre la autorización marital (1). Si los cónyuges no estuviesen acordes el divorcio no podría llevarse á cabo. Todo debe hacerse por el concurso de sus voluntades.

281. Por último, el art. 280 quiere que los esposos confirmen por escrito sus convenciones sobre los tres puntos siguientes: 1.°, á quién se han de confiar los hijos nacidos de su unión, sea durante el período de prueba, sea después de que el divorcio se pronuncie; 2.°, á qué casa deberá retirarse la mujer y residir durante las pruebas; 3.°, qué suma deberá pagar el marido á su mujer durante el mismo tiempo si ella no tiene rentas suficientes para subvenir á sus necesidades.

La mayor parte de estas medidas son provisionales. En el procedimiento de divorcio por causa determinada el tribunal las ordena. Cuando los cónyuges se divorcian por consentimiento mutuo todo debe hacerse conforme á su libre acuerdo. Sólo hay una medida que sea definitiva, la que se refiere á la guarda de los hijos; insistiremos en ello al tratar de los efectos del divorcio.

La ley exige que las convenciones de los cónyuges se confirmen por escrito, pero no dice que los escritos deben ser auténticos; los cónyuges pueden, pues, levantar actas bajo firma privada; estas actas adquieren el carácter de autenticidad por el depósito que de ellas deben hacer los esposos, compareciendo personalmente, en manos del presidente del tribunal y de los notarios, de todo lo cual vamos á hablar (art. 283).

1 Véanse los pfos. 121 y 134 de este tomo.

§ *IV.—Del procedimiento.*

282. El procedimiento comienza por una tentativa de conciliación, tentativa casi inútil, supuesto que el magistrado ignora la verdadera causa del divorcio que los cónyuges intentan. Estos deben presentarse juntos y personalmente ante el presidente del tribunal civil de su circunscripción; le declaran su voluntad en presencia de dos notarios traídos por ellos (art. 281). El juez hace á los dos esposos reunidos, y á cada uno en particular, en presencia de los notarios, aquellas representaciones y exhortaciones que estime convenientes. Da lectura al capítulo IV del título del Divorcio, que norma los efectos del divorcio, y les desarrolla todas las consecuencias del paso que van á dar. Si los cónyuges persisten en su resolución el presidente les da acta de que piden y consienten el divorcio. Los cónyuges deben depositar inmediatamente en manos de los notarios las actas prescriptas por los arts. 279 y 280 (núms. 279 y 281); además: 1.°, las actas de su nacimiento y de su matrimonio; 2.°, las actas de nacimiento y de defunción de todos los hijos nacidos de su matrimonio; 3.°, la autorización de los ascendientes de que hemos hablado (art. 283 y número 278 de este tomo). Se requiere la producción de estas actas á fin de que el tribunal que ha de admitir el divorcio pueda estar seguro de que se han cumplido las condiciones prescriptas por la ley.

Los notarios levantan acta detallada de todo lo que se ha dicho y hecho en esta primera comparecencia ante el presidente. Debe hacerse mención de la advertencia que el

280. El art. 279 quiere además que los cónyuges arreglen sus respectivos derechos, sobre los cuales, agrega la ley, les es, no obstante, permitido que transijan. Este arreglo debe hacerse sin intervención del tribunal. Síguese de aquí que la mujer no necesita estar autorizada judicialmente para transar. Por otra parte, como el marido interviene en el acto como parte con eso sólo la autoriza. Esta es la aplicación de los principios generales sobre la autorización marital (1). Si los cónyuges no estuviesen acordes el divorcio no podría llevarse á cabo. Todo debe hacerse por el concurso de sus voluntades.

281. Por último, el art. 280 quiere que los esposos confirmen por escrito sus convenciones sobre los tres puntos siguientes: 1.°, á quién se han de confiar los hijos nacidos de su unión, sea durante el período de prueba, sea después de que el divorcio se pronuncie; 2.°, á qué casa deberá retirarse la mujer y residir durante las pruebas; 3.°, qué suma deberá pagar el marido á su mujer durante el mismo tiempo si ella no tiene rentas suficientes para subvenir á sus necesidades.

La mayor parte de estas medidas son provisionales. En el procedimiento de divorcio por causa determinada el tribunal las ordena. Cuando los cónyuges se divorcian por consentimiento mutuo todo debe hacerse conforme á su libre acuerdo. Sólo hay una medida que sea definitiva, la que se refiere á la guarda de los hijos; insistiremos en ello al tratar de los efectos del divorcio.

La ley exige que las convenciones de los cónyuges se confirmen por escrito, pero no dice que los escritos deben ser auténticos; los cónyuges pueden, pues, levantar actas bajo firma privada; estas actas adquieren el carácter de autenticidad por el depósito que de ellas deben hacer los esposos, compareciendo personalmente, en manos del presidente del tribunal y de los notarios, de todo lo cual vamos á hablar (art. 283).

1 Véanse los pfos. 121 y 134 de este tomo.

§ *IV.—Del procedimiento.*

282. El procedimiento comienza por una tentativa de conciliación, tentativa casi inútil, supuesto que el magistrado ignora la verdadera causa del divorcio que los cónyuges intentan. Estos deben presentarse juntos y personalmente ante el presidente del tribunal civil de su circunscripción; le declaran su voluntad en presencia de dos notarios traídos por ellos (art. 281). El juez hace á los dos esposos reunidos, y á cada uno en particular, en presencia de los notarios, aquellas representaciones y exhortaciones que estime convenientes. Da lectura al capítulo IV del título del Divorcio, que norma los efectos del divorcio, y les desarrolla todas las consecuencias del paso que van á dar. Si los cónyuges persisten en su resolución el presidente les da acta de que piden y consienten el divorcio. Los cónyuges deben depositar inmediatamente en manos de los notarios las actas prescriptas por los arts. 279 y 280 (núms. 279 y 281); además: 1.°, las actas de su nacimiento y de su matrimonio; 2.°, las actas de nacimiento y de defunción de todos los hijos nacidos de su matrimonio; 3.°, la autorización de los ascendientes de que hemos hablado (art. 283 y número 278 de este tomo). Se requiere la producción de estas actas á fin de que el tribunal que ha de admitir el divorcio pueda estar seguro de que se han cumplido las condiciones prescriptas por la ley.

Los notarios levantan acta detallada de todo lo que se ha dicho y hecho en esta primera comparecencia ante el presidente. Debe hacerse mención de la advertencia que el

magistrado hace á la mujer para que se retire, dentro de venticuatro horas, á la casa convenida entre ella y su marido, y de residir allí hasta que se pronuncie el divorcio (art. 234).

Esta tentativa de reconciliación debe renovarse tres veces en la primera quincena de cada uno de los meses cuarto, séptimo y décimo que siguen. Las mismas formalidades deben observarse. Sin embargo, la ley dispensa á los esposos que reproduzcan las actas que, cuando la primera comparecencia, fueron depositadas en manos de los notarios, exceptuando las actas que comprueban el consentimiento de los ascendientes, y ya hemos dado la razón de esto (art. 285).

283. La ley prescribe una última tentativa de reconciliación. En la quincena del día en que fenezca el año, contado desde la primera declaración, los cónyuges, asistidos cada uno de los amigos, personas notables en la circunscripción, de cincuenta años de edad por lo menos, se presentan juntos y personalmente al presidente del tribunal. Ponen en sus manos los expedientes de las cuatro actas que comprueban su consentimiento mutuo, y de todos los documentos anexos. Después requieren del magistrado, cada uno separadamente, en presencia, no obstante, uno de otro y de los cuatro notables, la admisión del divorcio (art. 286).

En este momento interviene la tentativa de reconciliación. El juez y los asistentes, dice el art. 287, hacen sus observaciones á los esposos. Por asistentes deben entenderse los cuatro notables, que en cierto modo representan á la sociedad y que, en nombre de ella, tratan de prevenir la disolución del matrimonio. Si los cónyuges perseveran se les da acta de su requisición y de la entrega, hecha por ellos, de las piezas que la apoyan. El escribano levanta una acta que deben firmar las partes, así como los cuatro asistentes, el juez y el escribano. El juez pone en seguida, al calce de esta acta, su auto, diciendo que en el plazo de tres días informará de todo ello al tribunal en la sala del consejo. El escribano translada las piezas al Procurador del Rey, el cual hace por escrito sus conclusiones. Si encuentra que se han cumplido todos los requisitos legales, que se han observado todas las formalidades, concluirá en estos términos: *la ley permite*; en caso contrario dirá: *la ley impide*. El art. 289 repite sumariamente las condiciones y las formas que la ley prescribe, y el mismo artículo agrega que la prueba de su cumplimiento debe resultar de las piezas. No se ve que las partes sean llamadas para hacer sus observaciones sobre las conclusiones del ministerio público, ni por sí mismas, ni por medio de consejos. En efecto, no habiendo proceso no hay debate judicial. El consentimiento de las parte, dice el art. 233, expresado de al manera requerida por la ley, bajo las condiciones y después de las pruebas que aquella determina, es lo que disuelve el matrimonio. El Procurador del Rey no hace más que verificar las piezas y da sus conclusiones sin motivarlas. Así es que no hay debate posible (art. 289). El tribunal también se limita á verificar si las condiciones y las formas legales se han llenado; debe admitir el divorcio desde el momento en que el procedimiento sea regular, no tiene la misión de examinar si hay ó no una causa de divorcio: se presume que la causa existe desde el momento en que las condiciones y las formas han sido observadas con regularidad. Si admite el divorcio ni siquiera debe motivar su decisión; la ley no exige motivos sino cuando el tribunal declara que no hay lugar á admitir el divorcio (art. 290).

284. Aquí se presenta la cuestión capital en esta materia. ¿Cuándo debe el tribunal desechar el divorcio? El artículo 290 responde: Si las partes no han satisfecho las condi-

ciones y si no han llenado las formalidades determinadas por la ley. Todas las condiciones, todas las formalidades están, pues, prescriptas bajo pena de nulidad. Este principio riguroso está en harmonía con el espíritu de la ley, como lo expresa la Corte de Casación: «la intención evidente del legislador ha sido erizar de dificultades el divorcio por consentimiento mutuo para hacerlo lo más raro que sea posible; está necesariamente dentro de su deseo que todas las formalidades que ha prescripto, como todas las condiciones que ha impuesto, se ejecuten con todo rigor.» De donde se sigue que la falta de observancia de una sola de esas formalidades ó de esas condiciones, cualquiera que ella sea, es bastante para acarrear la nulidad del divorcio (1)

La Corte de Casación aplicó este principio con extremo rigor; pero, fuerza es decirlo, tal rigor es la aspiración de la ley. Por los términos del art. 285 la declaración de los cónyuges debe renovarse en épocas fijas, en la primera quincena de cada uno de los meses cuarto, séptimo y décimo. Si se hace más pronto, aun cuando no haya más diferencia que un día, hay nulidad; de modo que, aun cuando se haya renovado la declaración, hay nulidad por el solo hecho de que la renovación no se haya verificado en los plazos prescriptos por la ley. La Corte de Casación prevee que le reprocharán que sea formalista hasta el absurdo; contesta anticipadamente á tal reproche diciendo que un solo medio hay para ejecutar la ley según su espíritu en una materia tan rigurosa, y es apoyarse estricta y severamente á la letra misma de su disposición. Esto es muy jurídico; ¿pero no prueba todo ello en contra del divorcio por consentimiento mutuo? ¡Cómo! ¡porque la declaración se hace mañana en lugar de hacerla hoy no habrá ya causa legítima de divorcio! ¡Y habrá causa legítima sólo porque se hayan observado regularmente todas las formas! Hé ahí, en verdad, presunciones á las que lo más á menudo desmentirán los hechos. ¡Y, sin embargo, tal es la única base en que descansa la ley.

1 Sentencia de 3 de Octubre de 1810 (Merlín, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Divorcio*, pfo. VII, t. V, p. 316).

La jurisprudencia ha seguido, y con razón, el sistema rigurosa inaugurado por la Corte de Casación en 1810. Cuando la renovación de su declaración los cónyuges deben, en cada ocasión, volver á producir la prueba por acto público de que sus ascendientes persisten en su primera determinación (art. 285). En vano producirán la autorización ante el tribunal, el procedimiento es nulo por el hecho solo de que la producción del consentimiento de los ascendientes no tuvo lugar en las épocas prescriptas por la ley. Así lo ha fallado la Corte de Bruselas (1). En el caso de que tratamos estaba auténticamente comprobado que los ascendientes habían perseverado siempre en sú consentimiento y, sin embargo, el procedimiento fué anulado porque la prueba de su perseverancia no se produjo cuando debió serlo. ¡Muy jurídico, pero también soberanamente absurdo! Las leyes son malas cuando en su aplicacion van á parar en el absurdo.

Los esposos no han hecho inventario como lo exige el art. 279, pero han hecho un acto de división de su comunidad. Aun cuando este acto comprendiese todos los muebles é inmuebles de la comunidad no haría veces de inventario; en consecaencia, el procedimiento sería nulo (2). En efecto, el acto de división por sí mismo es nulo, no pudiendo los cónyuges dividir la comunidad antes de la disolución del matrimonio.

1 Sentencia de Bruselas de 2 de Agosto de 1858 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 405).

2 Sentencia precitada, núm. 284, de la Corte de Casación, de 3 de Octubre de 1810.

Sólo una sentencia conocemos que se haya apartado del rigor de la ley. El art. 283 exige que en la primera comparecencia ante el presidente, después de haber declarado que persisten en su resolución, produzcan y depositen *al instante* las actas de defunción de sus ascendientes. Se ha fallado que si se verifica esta producción posteriormente esto basta para satisfacer la aspiración de la ley. En razón sí, en derecho no. La Corte de Lieja dice que esto equivale á crear una nulidad que la ley no pronuncia (1). Del todo absolutamente la ley pronuncia implícitamente la nulidad por falta de observancia de todas las formas, como lo expresa muy bien la Corte de Casación de Francia, aun cuando dichas formas no sean más que plazos.

285. La ley admite la apelación del juicio que ha desechado el divorcio. Esto no es más que el derecho común. Pero hay esto de especial: que la apelación no es de admitirse sino cuando es interpuesta por los dos esposos. Esto es muy lógico, supuesto que el divorcio no puede tener lugar sino por concurso de consentimientos. Así, pues, si hay apelación las dos partes deben estar de acuerdo para pedir el divorcio. Cada uno debe hacerlo por acto separado, sin duda para poner en salvo la libertad de los esposos. El plazo es más corto que el plazo ordinario; dentro de diez días cuando menos, dice el art. 291, y dentro de veinte días cuando más tarde después de la fecha del juicio de primera instancia. Los actos de apelación deben notificarse tanto al otro cónyuge como al Procurador del Rey (art. 292). Este comunica los expedientes al Procurador General. Después de las conclusiones por escrito del Minis

1 Sentencia de 3 de Octubre de 1834 (*Jurisprudencia del Siglo XIX*, 1835, 3, 49). Hay una sentencia en sentido contrario, de Turín, de 20 de Septiembre de 1810 (Arntz, *Curso de derecho civil*, tomo I, p. 238, núm. 459).

terio Público el presidente rinde su informe en la Sala del Consejo, y en seguida la Corte pronuncia su fallo (art. 293).

El Código Civil no habla del recurso de casación, pero como es de derecho común debe admitírsele por el solo hecho de que la ley no lo prohibe. Cierto es que el artículo 263 consagra formalmente esta vía de recursos cuando el divorcio tiene lugar por causa determinada. El Tribunado fué el que pidió que el recurso de casación se consagrase en términos formales á fin de evitar las dudas que habrían podido surgir del silencio de la ley en una materia enteramente especial. La observación del Tribunado se refería á todo fallo pronunciado en última instancia sobre una demanda de divorcio, sin distinguir entre el divorcio por consentimiento mutuo y el divorcio por causa determinada. En efecto, no hay razón ninguna para distinguir. El Consejo de Estado dió derecho á la proposición del Tribunado; pero olvidáronse de reproducir para el divorcio por consentimienta mutuo la disposición del art. 263. Este olvido no significa ciertamente que deba desecharse una vía de recurso que el legislador ha dado á entender que admitía. Por analogía hay que decidir que los dos cónyuges deben formular el recurso para que sea aceptado. Como la ley no prescribe un plazo especial hay que atenerse al derecho común (1)

286. No es el juez quien pronuncia el divorcio. El artículo 290 dice que el tribunal, si admite el divorcio, manda á las partes ante el oficial del estado civil para que éste lo pronuncie. Este artículo no habla del plazo dentro del cual debe ejecutarse el fallo. La ley vuelve á este punto después de haber hablado de la apelación. «En virtud de la sentencia que admite el divorcio, dice el artículo 294, y dentro de los veinte días desde su fecha, las

1 Willequet, *Del divorcio*, ps. 221 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

partes se presentarán juntas y personalmente, ante el oficial del estado civil, para hacer que se pronuncie el divorcio. Transcurrido aquel término el fallo permanecerá como si no hubiese tenido lugar." La ley habla de la sentencia, pero evidentemente hay que incluir el juicio de primera instancia. El oficial del estado civil levanta acta del divorcio, que se hace pública si uno de los cónyuges es comerciante (Código de Procedimientos, art. 872).

CAPITULO III.

DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO.

SECCION I.—Principios generales.

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

partes se presentarán juntas y personalmente, ante el oficial del estado civil, para hacer que se pronuncie el divorcio. Transcurrido aquel término el fallo permanecerá como si no hubiese tenido lugar." La ley habla de la sentencia, pero evidentemente hay que incluir el juicio de primera instancia. El oficial del estado civil levanta acta del divorcio, que se hace pública si uno de los cónyuges es comerciante (Código de Procedimientos, art. 872).

CAPITULO III.

DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO.

SECCION I.—Principios generales.

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

1 Treilhard, *Exposición de motivos*, núm. 33 (Locré, t. II, p. 572)
2 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, XVI, 15.

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

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

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

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

§ I.—Del divorcio por causa determinada.

290. Resultan del divorcio por causa determinada dos impedimentos al matrimonio. La mujer divorciada no puede volver á casarse sino diez meses después de pronunciado el divorcio (art. 296). Esta es una disposición análoga á la del art. 218 y está fundada en los mismos motivos. Cuando el divorcio se pronuncia por causa de adulterio el esposo culpable no puede volver jamás á casarse con su cómplice (art. 298). Nada es más moral como este impedimento; desgraciádamente es, como todos los impedimentos originados del divorcio, simplemente prohibitivo. Así, pues, si se celebrase el matrimonio subsistiría á despecho de la moralidad pública. (2)

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

1 Sesión del Consejo de Estado de 16 Nivoso, año X (Locré, tomo II, ps. 540-542, núm. 3).
2 Véase el tomo II de estos *Principios*, núm. 366.

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

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

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

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 433 número 381.

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

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

§ I.—Del divorcio por causa determinada.

290. Resultan del divorcio por causa determinada dos impedimentos al matrimonio. La mujer divorciada no puede volver á casarse sino diez meses después de pronunciado el divorcio (art. 296). Esta es una disposición análoga á la del art. 218 y está fundada en los mismos motivos. Cuando el divorcio se pronuncia por causa de adulterio el esposo culpable no puede volver jamás á casarse con su cómplice (art. 298). Nada es más moral como este impedimento; desgraciádamente es, como todos los impedimentos originados del divorcio, simplemente prohibitivo. Así, pues, si se celebrase el matrimonio subsistiría á despecho de la moralidad pública. (2)

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

1 Sesión del Consejo de Estado de 16 Nivoso, año X (Locré, tomo II, ps. 540-542, núm. 3).
2 Véase el tomo II de estos *Principios*, núm. 366.

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

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

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

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 433 número 381.

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

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

1 Sentencia de Lieja de 29 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 260).

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

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

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

1 Sentencias de Lieja de 11 de Julio de 1833, y de Bruselas de 10 de Julio de 1858 (*Pasicrisia*, 1833, 200, y 1859, 71).
2 Haus, *Principios generales del derecho penal belga*, p. 652.

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

§ II.—Del divorc o por consentim ento mutuo.

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

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

§ I.—Del divorcio por causa determinada.

Núm. 1. Derechos de los padres.

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

1 Sentencia de Besançón de 29 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 57). La cuestión está muy bien tratada en la requisitoria del Ministerio Público. [*ibid.*, p. 55).

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

§ II.—Del divorc o por consentim ento mutuo.

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

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

§ I.—Del divorcio por causa determinada.

Núm. 1. Derechos de los padres.

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

1 Sentencia de Besançón de 29 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 57). La cuestión está muy bien tratada en la requisitoria del Ministerio Público. [*ibid.*, p. 55).

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

1 Esta es la opinión de Delvincourt, *Institutos del derecho francés*, t. I, p. 168, y de Locré, *Espíritu del Código Napolón*, t. VI. ps. 24 y siguientes.

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

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

1 Willequet, *Del Divorcio*, ps. 261 y siguientes (según Crolmann)

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

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

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

Núm. 2.—Derechos de los hijos.

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

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

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

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

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, ps. 828 y siguientes.

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

§ II.—Del divorcio por consentimiento mutuo.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, ps. 828 y siguientes.

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

§ II.—Del divorcio por consentimiento mutuo.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

1 Aubry, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p. 246, núm. 475.

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

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

1 Treilhard, *Exposición de motivos*, núm. 23, Locré, t. II, p. 569.

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

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

1 Esta es la opinión de Proudhón, t. I, ps. 514-516, seguida por Zachariae, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 274, pfo. 149.

esta mitad, los hijos tendrán la acción de reivindicación, porque los padres enajenaron bienes que pertenecen á los hijos. Cambacères agregó, á su modo, que en el título de las *Hipotecas* podrían tomarse medidas para garantir los intereses de los terceros (1). Esto equivalía á aplazar para las calendas griegas. Nuestro sistema hipotecario ha introducido un método de publicidad que asegura los derechos de los terceros. ¿Pero recibe la ley su aplicación en el caso previsto por el art. 305 del código Napoleón? Dícese que hay lugar á transcripcion (2). ¿Pero qué es lo que hay que transcribir? Los actos translativos de derechos reales inmuebles, dice el art. 1.° de la ley hipotecaria. Ahora bien, en el caso del art. 305 no hay caso; la transmisión se hace en virtud de la ley, de pleno derecho. Hay de nuevo vacío en la ley, y sólo al legislador atañe colmarlo.

300. Según los términos del art. 305, el padre y la madre conservan el goce de la mitad de los bienes afectos á los hijos. Este es un usufructo legal, pero á diferencia del goce ordinario que á los padres pertenece, dura hasta la mayoría de los hijos. Está, además, gravado con la carga que se impone al usufructo legal, la alimentación, la subsistencia y la educación de los hijos, conforme á su fortuna y á su estado. Si alguno de los padres muriese antes de que los hijos lleguen á ser mayores de edad, ¿qué viene á ser del usufructo? Cierto es que el usufructo especial establecido por el art. 305 se extingue, supuesto que el usufructo se extingue por muerte del usufructuario. ¿Pero en el momento en que se extingue el usufructo especial acaso no se abre el usufructo general del art. 384? La afirmativa nos parece igualmente cierta. En efecto, el superviviente

1 Sesión del Consejo de Estado de 22 Fructidor, año X, núm. 24 (Locré, t. II, p. 549).

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

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

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

SECCION IV.—Efectos pecuniarios del divorcio.

§ 1°.—Del divorcio por causa determinada.

Núm. 1.—Revocación de las liberalidades.

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

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

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

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

1 Treilhard, *Exposición de Motivos*, núm. 32 (Locré, t. II, p. 571).
2 Sentencia de 26 de Abril de 1806 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 498).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

SECCION IV.—Efectos pecuniarios del divorcio.

§ 1°.—Del divorcio por causa determinada.

Núm. 1.—Revocación de las liberalidades.

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

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

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

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

1 Treilhard, *Exposición de Motivos*, núm. 32 (Locré, t. II, p. 571).
2 Sentencia de 26 de Abril de 1806 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 498).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

1 Sentencia de Bolonia de 26 de Noviembre de 1826 (*Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1385).

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

El texto y el espíritu de la ley son igualmente extraños al divorcio admitido en virtud del art. 310. Este divorcio no se verifica por causa determinada. Es cierto que la separación de cuerpo se ha admitido por causa determinada, pero cuando el cónyuge originariamente reo en separación pide el divorcio, no hay causa determinada para éste, y no hay más razón que la de rehusarse el otro cónyuge á restablecer la vida común después de tres años de separación.

Este es un caso enteramente especial, que no entra en las *causas* determinadas del divorcio. Así, pues, el texto del art. 299 no es aplicable. ¿Qué decir del espíritu? En el caso del art. 310, el reo es el cónyuge inocente, el actor es el culpable: ¿y la ley privaría de sus ventajas al cónyuge inocente y se las conservaría al culpable? El objeto de la disposición es moral, supuesto que trata de castigar á un

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

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

1 Sentencia de Bruselas de 19 de Abril de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 304) confirmada por sentencia de la Corte de Casación de 24 de Mayo de 1865 [*Pasicrisia*, 1865, 1, 147].

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

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

1 Sentencia de Colonia de 26 de Noviembre de 1813 (*Bélgica judicial*, t. II, p. 1653).

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

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

¿Se aplica la caducidad á las disposiciones testamentarias? A nuestro juicio la afirmativa no permite duda alguna. El texto dice: *todas las ventajas*, y no dice *todas las donaciones*. Es cierto que el testador puede siempre revocar los legados que ha hecho á su cónyuge. Pero lo mismo sucede con las donaciones que un cónyuge otorga al otro durante el matrimonio, lo que no impide que el legislador las revoque. Acabamos de dar la razón. Lo que confirma esta interpreción es que, en el derecho escrito, la revocación alcanzaba á las liberalidades testamentarias tanto como á las liberalidades contractuales, porque la revocación tenía lugar de pleno derecho en virtud de la ley. Ahora bien, del derecho escrito tomaron los autores del Código la disposición del art. 299; es esta una disposición tradicional, luego debe interpretarse en el sentido de la tradición. Se objeta que en el art. 300 la ley habla de ventajas *estipuladas*, lo que supone una donación. La respuesta es muy sencilla: si el art. 300 habla de ventajas *estipuladas* es para extender el derecho del espoao inocente á las donaciones recíprocas, pero no ciertamente para restringir la disposición penal del art. 299 en provecho del cónyuge culpable (1).

1 Proudhón discute extensamente la cuestión (t. I, ps. 522 y siguientes).

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

1 Sentencia de la Corte de Casación de 5 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1850, 1, 33); la cuestión está tratada en todos sus detalles por el Abogado General Nicias Gaillard; sentencias de Nancy de 13 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 54) y de Lyon de 26 de Enero de 1861 (Dalloz, 1861, 5, 449).

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

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

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

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

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

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

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

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

307. El cónyuge que ha obtenido el divorcio conserva las ventajas que el otro cónyuge le ha creado. Las *conserva*, dice el art. 300; es decir, que la ley las mantiene tales como eran, con el carácter que tenían, con las condiciones que les eran anexas. Por aplicación de este principio el art. 1518 decide que el divorcio no da lugar á la liberación actual de la mejora extraordinaria testamentaria, pero que el cónyuge que ha obtenido el divorcio *conserva* su derecho á la mejora extraordinaria testamentaria, en caso de supervivencia. El art. 1452 dice lo mismo para los derechos de supervivencia estipulados en provecho de la mujer; tales derechos no se abren por el divorcio, pero la mujer *conserva* la facultad de ejercitarlos á la muerte del marido.

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

1 Durantón, t. II, p. 577, núm. 631. Demolombe, t. IV, p. 648, núm. 530. Willequet, *Del Divorcio*, p. 255. Massol, *De la separación de cuerpo*, p. 311.

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

Núm. 2.—De la pensión alimenticia.

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

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

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

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

La cuantía de los alimentos debe también normarse se-

1 Sentencia de la Corte de Casación de 8 de Enero de 1806 (Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Divorcio*, sec. IV, pfo. XIV).
2 Sentencia de 25 de Mayo de 1849 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 231).

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

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

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

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

1 Sentencia de la Corte de Besançón del 20 Brumario, año XIV

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

311. ¿Deben aplicarse los mismos principios á la extinción de la deuda alimenticia? Hemos enseñado que la deuda alimenticia es personal, no pasa á los herederos del deudor (1). La jurisprudencia admite este principio, no se aplica la pensión alimenticia debida por el esposo divorciado á su cónyuge (2). Nosotros opinamos porque esta jurisprudencia es contraria á los verdaderos principios y al mismo texto del Código. Si la deuda alimenticia es personal por su naturaleza lo mismo debe ser la pensión que el cónyuge divorciado debe á su consorte, porque la ley la llama *pensión alimenticia*. Así, pues, es una deuda de alimentos. Se discute esto; dícese que es una indemnización que hace veces, respecto al cónyuge desventurado, de las ventajas de posición y de fortuna que el matrimonio le aseguraba, y que tiende á reparar el perjuicio que sufre por el divorcio. Contestamos nosotros que el texto expresa lo contrario. Es una *pensión alimenticia* la que el art. 301 otorga al cónyuge inocente; tiene por objeto, dice, *asegurar la subsistencia del cónyuge que ha obtenido el divorcio*. Trátase, pues, de alimentos y no de indemnización. Si fuese una indemnización el cónyuge actor tendría siempre derecho á ella, en caso de necesidad ó sin ella, porque el divorcio le causa siempre un perjuicio. Y, sin embargo, no tiene él derecho si no es menesteroso. Así, pues, esto no es una indemnización. La cuantía de la pensión se fija por la fortuna del cónyuge que la debe. ¿Puede concebirse una indemnización, es decir, daños y perjuicios que se valúan no por el perjuicio sufrido sino por la fortuna del deudor? ¿Puede concebirse una indemnización que no puede exceder del tercio de las rentas del deudor por más que el daño sea más elevado? Por último, si fuese una indemnización el crédito una vez valuado, entraría al patrimonio del cónyuge acreedor, ya no podría verse privado de él. Sin embargo, la ley declara que la pensión alimenticia es revocable en el caso en que cese de ser necesaria. ¿Puede concebirse una indemnización debida en razón de un daño que cesa de deberse cuando el acreedor no se haya en la necesidad? La revocabilidad de la pensión prueba hasta la evidencia que se trata de alimentos y no de indemnización.

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

1 Véase el núm. 48 de este tomo.

2 Sentencias de la Corte de Casación de 2 de Abril de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 97); de Rouen, de 30 de Julio de 1862 (Dalloz, 1864, 2, 238), y de Grenoble, de 11 de Julio de 1863 (Dalloz, 1865, 2, 6).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

§ II.—Divorcio por consentimiento mutuo.

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

CAPITULO IV.

DE LA SEPARACION DE CUERPO (1).

SECCION I.—Principios generales.

313. Dícese 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 Treilhard 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 infortunios 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 28 Ventoso, año XI, núm. 6 (Locré, t. II, p. 609).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

§ II.—Divorcio por consentimiento mutuo.

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

CAPITULO IV.

DE LA SEPARACION DE CUERPO (1).

SECCION I.—Principios generales.

313. Dícese 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 Treilhard 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 infortunios 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 28 Ventoso, año XI, núm. 6 (Locré, t. II, p. 609).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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. Llénanse 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 parécele muy sensato á M. Valette (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. Los analogías que

1 Valette, *Explicación sumaria del libro I del Código Civil*, p. 158.
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 redúcese, pues, á esto: que el legislador religioso y el legislador civil han buscado un remedio á un mal que hace insoportable 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 intepretar 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 fórma de interpretación analógica los intérpretes hacen realmente la ley en esta materia.

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

§ 1° 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.

Cuando se lee la Exposición de los 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 substancia como todas las demás y cuyas formas, en consecuencia, no habían 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, puesta siempre y enteramente abierta al capricho, á la ligereza, sin ninguna especie de preservativos contra sus efectos (1). ¡Singular conclusión! Habría que inferir, por el contrario, que siendo de temerse el abuso, en el caso de separación como en el caso de divorcio, convenía 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. Durantón 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 á 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 cual 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 intervención 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 (Locré, t. II, p. 609).

2 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, ps. 481 y 486, números 529 y 531.

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

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

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

§ 1° 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.

Cuando se lee la Exposición de los 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 substancia como todas las demás y cuyas formas, en consecuencia, no habían 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, puesta siempre y enteramente abierta al capricho, á la ligereza, sin ninguna especie de preservativos contra sus efectos (1). ¡Singular conclusión! Habría que inferir, por el contrario, que siendo de temerse el abuso, en el caso de separación como en el caso de divorcio, convenía 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. Durantón 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 á 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 cual 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 intervención 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 (Locré, t. II, p. 609).

2 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, ps. 481 y 486, números 529 y 531.

3 Valette, sobre Proudhón, *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). Cierto 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 cuepo.

Proudhón 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 consentimiento mutuo de los cónyuges. Por respeto á la libertad de conciencia es por lo que los autores la han establecido, 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 el divorcio por consentimiento mutuo; así, pues, tal

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

2 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, 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. Treilhard 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 reunan 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 separción de cuerpo no

1 *Electa una via, excluditur altera* (Arntz, *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 podria 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 apercibido 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 Massé y Vergé, t. I, ps. 283 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

316. Del principio de 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 podía, en efecto, conducir á una separación por consentimiento mutuo que el Código Civil prohibe 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 este es uno de los casos en que hay vacío en la ley, vacío que sólo el legislador podría colmar. Proudhón 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 oir como testigos á sus parientes y criados; debe conservar el mismo derecho si opta por la separación de cuerpo. ¿Quién no ve que Proudhón 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 llevádo á los intérpretes á hacerse legisladores.

317. Admítese 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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

318. El Codigo 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 provision 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 tambien 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, hanse desviado de ella en materia de separación, siempre para colmar vacíos que en rigor no corresponde 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.

§ 1.º 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 á 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 no 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 de 26 de Marzo de 1828 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 133).

2 Sentencia de Gante de 9 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 279). Sentencia de la Corte de Casación de 15 de Febrero de 1859

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 aquí lo que hemos dicho de la provisión en la instancia de divorcio. Esta es la aplicación de los principios generales que rigen los alimentos.

(Dalloz, 1859, 1, 201). Sentencia muy bien motivada de la Corte de Colmar de 23 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1870, 2, 200). Hay sentencias en sentido contrario (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 144).

1 Sentencia de París de 2 de Agosto de 1841 (Dalloz, 1849, 2, 45, en nota).

2 Sentencia de Douai de 6 de Abril de 1853 (Dalloz, 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 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 concerniente 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 prescriptas 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 substrae 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 instancia 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 señalado. 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.

223 El art. 270 permite á la mujer actora ó demandada 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 estas 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 Proudhón, *Del estado de las personas*, t. I, p. 537).

2 Sentencia de Lyon de 1° de Abril de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 145).

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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. Hanse 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, núm. 465. Esta opinión la sigue la jurisprudencia. Véanse sentencias de Gante de 7 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 aquélla. ¿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-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 excepcion es tan moral, tan necesaria, que sin vacilación debe extenderse á la demanda de separación de cuerpo (1). Preguntaremos que desde cuándo 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 permito 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! Hase 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, núm. 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, *Pasicrisia*, 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.

§ 1.º—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 dispasición 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 separacion 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 más 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS ®

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 excepcion es tan moral, tan necesaria, que sin vacilación debe extenderse á la demanda de separación de cuerpo (1). Preguntaremos que desde cuándo 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 permito 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! Hase 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, núm. 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, *Pasicrisia*, 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.

§ 1.º—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 dispasición 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 separacion 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 más 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS ®

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 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 habría 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 Gante 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 dimanan. 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 art. 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 Codigo 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 podia aplicarse el art. 236 á la separación de cuerpo. Es evidente, sin embargo, la analogía de posición; si por analogía procediese el legislador habria 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 conciliacion 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 reo 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 deberia 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 Codigo?

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 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 descuidado mencionarlos en su instancia, cosas todas que no se permiten en el

1 Sentencia de Bruselas de 18 de Abril de 1855 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 100).
2 Sentencia de Douai de 9 de Abril de 1825 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 100).
3 Sentencia de París de 28 de Julio de 1809 (Dalloz, *ibid*.)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 apelacion 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 objecion 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 habia 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 habria 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 debia 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 substraer á los cónyuges á toda fuerza 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 consejos? 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 solo 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 parece 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.

1 Sentencia de Bruselas de 9 de Agosto de 1848 (*Pasicrisia* 1848 2 316).

2 Esto es de jurisprudencia, (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 109).

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 ante 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 da; 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.

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

3 Demolombe, *Curso del Código Napoleon* 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 ésta 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 éstos 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 exigían 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 separacion de cuerpo, por que 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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 ésta 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 éstos 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 exigían 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 separacion de cuerpo, por que 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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 sobreseimento, autorizado para la demanda de divorcio, habría debido serlo también para la acción de separación. Tiende á impedir el divorcio. ¿Y acaso no importa tambien impedir la separación de cuerpo? Dícese 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 inutil, 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 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, pfo. III, núms. 11 y 12.

2 Demolombe, *Curso de codigo 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 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 separacion 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).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 sobreseimento, autorizado para la demanda de divorcio, habría debido serlo también para la acción de separación. Tiende á impedir el divorcio. ¿Y acaso no importa tambien impedir la separación de cuerpo? Dícese 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 inutil, 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 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, pfo. III, núms. 11 y 12.

2 Demolombe, *Curso de codigo 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 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 separacion 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).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 reconvencionales 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 demandodo en separación puede formular su demanda reconvencional 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 reconvencional 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*, número 307.

2 Véanse 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 reconvencional 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 Codigo 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 reconvencional en separación acaso no es una demanda incidental? Por otra parte, ¿la tentativa de conciliación prescrita por el Codigo de Procedimientos no hace veces de preliminar de conciliación ante el juez de paz? (2). Admitimos que la demanda reconvencional es incidental, y ¿quiere esto decir que pueda hacerse por acto simple, según el derecho común? (Codigo 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 laa acciones ordinarias? No hay más que leer el art. 48 del Codigo 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 codigo Napoleón*. t. IV, núm. 437.

2 Véanse en este sentido las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *separacióon de cuerpo*, núm. 116. Hay que agregar las sentencias de Nancy, de 16 de Diciembre de 1959 (Dolloz, 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 París, de 13 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 9); de Agén, 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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 reconvencionales 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 demandodo en separación puede formular su demanda reconvencional 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 reconvencional 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*, número 307.

2 Véanse 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 reconvencional 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 Codigo 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 reconvencional en separación acaso no es una demanda incidental? Por otra parte, ¿la tentativa de conciliación prescrita por el Codigo de Procedimientos no hace veces de preliminar de conciliación ante el juez de paz? (2). Admitimos que la demanda reconvencional es incidental, y ¿quiere esto decir que pueda hacerse por acto simple, según el derecho común? (Codigo 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 laa acciones ordinarias? No hay más que leer el art. 48 del Codigo 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 codigo Napoleón*. t. IV, núm. 437.

2 Véanse en este sentido las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *separacióon de cuerpo*, núm. 116. Hay que agregar las sentencias de Nancy, de 16 de Diciembre de 1959 (Dolloz, 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 París, de 13 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 9); de Agén, 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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 Presideute, 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 reconvencional, 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 875 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, dícese, 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 prescriptas para las otras demandas; ya no dice, como el Código Civil, que *se intentará* conforme á las reglas generales; ¿y como 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.

§ 1°.—En cuanto á los cónyuges

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. I, p. 608 art. 311, núm. 1.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 Presideute, 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 reconvencional, 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 875 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, dícese, 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 prescriptas para las otras demandas; ya no dice, como el Código Civil, que *se intentará* conforme á las reglas generales; ¿y como 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.

§ 1°.—En cuanto á los cónyuges

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. I, p. 608 art. 311, núm. 1.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lamente en el art. 311 se halla una disposición que establece que la separción 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 Mercadé 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 prohiben las ideas católicas. Y bien, ¿qué es lo que prohiben 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. 290 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. I, p. 603, 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. 1.° 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 había 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 hubiera hecho una disposición explícita 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 dimanan 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 escogerse una nueva residencia, y aunque 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 seperación 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 esta es la única sanción legal del deber de fidelidad. En el caso de que se trata el marido no alegaba adulterio sino una conducta escandalosa. 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 daño que 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 de hacer lo que hizo ya no puede tratarse ni de delito ni de cuasidelito.

1 Véase el t. II de nuestros *Principios*, núm. 115.
2 Sentencia de Dijón de 28 de Abril de 1807 (Dalloz, en la palabra *Domicilio*, núm. 751).
3 Sentencia de Tolosa de 29 de Junio de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 174).

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 escándolo, inmoralidad y el marido falta al deber de fidelidad. ¿Puede decirse que hay delito civil, hecho indemnizable? Nó, 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 de 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 substraer 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 querella 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 legalmenta 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 (Dalloz, 1862, 1, 518).
2 Dalloz, *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 prohibe 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 reprobar 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 este 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 adulterar 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 proveerse 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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 por 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 desligue 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, tomo 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 los reclama y de las facultades de quien los 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 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 280, nota 7 Demolombe, t. IV, p. 600, 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 (*Pasicrisia*, 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].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 hacía 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. Cierto 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 Sentencia de la Corte de Casación de 2 de Abril de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 971); de Rouen de 30 de Julio de 1862 (Dalloz, 1864, 2, 233), y de Grenoble de 11 de Julio de 1863 (Dalloz, 1865, 2, 6).

2 Esta es la opinión de todos los autores [Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 395).

crédito activo contra su cónyuge, crédito mucho más favorable que la obligación alimenticia? Si á tal sentido se presta 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, lo 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 cuidado 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 reanudar 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;

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 á 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 *solo* 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?

Zachariæ 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, Zachariæ 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, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 282, nota 12.

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 á 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 *solo* 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?

Zachariæ 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, Zachariæ 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, traducción de Massé y Vergé, t. I, 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 tendría ya acción si se dejase al padre el exclusivo ejercicio de la autoridad paternal. Este es un primer hecho que el legislador habría 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 había concedido la ley porque ésta presumía que él merecía 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 no. Los autores, custodios severos de la doctrina, no se atreven á decidir netamente la cuestión Ya hemas oído las vacilaciones de Zachariæ; Demante se halla igualmente perplejo. Cierto 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 confíen los hijos al cónyuge que haya obtenido el divorcio. Demante no cree que esta preferencia obligatoria puede transladarse 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, I, p. 39, 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 autorice 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 permitiesen 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 cuepo; de donde se sigue, se-

1 Arntz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p. 254, núm. 189.

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 ciertamenre 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 'costumbre' 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 qne se entregue á otra persona (2). Los padres conservarán, 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 manutención 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 (número 43).

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, 1865, 1, 218).

§ 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 regimen 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 París de 26 de Julio de 1862 (Dalloz, 1863, 2, 1121).

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 ciertamenre 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 'costumbre' 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 qne se entregue á otra persona (2). Los padres conservarán, 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 manutención 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 (número 43).

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, 1865, 1, 218).

§ 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 regimen 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 París 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 entonces 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. 301, 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 influencia tiene, á nuestro juicio, la separación sobre la potestad paternal; luego no debe arrebatar 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 este 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 adminiatración 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-

1 Véanse las fuentes en Dalloz, en la palabra *Separación de Cuerpo*, núm. 399.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mo, debe también continuar administrando los bienes de sus hijos, sin distinguir, como se ha propuesto, si hay ó no usufruto (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, 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 el 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 de 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 Massol, *Tratado de la Separación de Cuerpo*, págs. 325 y siguientes.

2 Las sentencias principales se hallan citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de Cuerpo*, núm. 372. Esta opinión la profesa Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Separación de Cuerpo*, pfo. IV, número 5, y *Cuestiones de Derecho*, en la misma palabra, pfo. 1; Toullier, t. II, núm. 780; Durantón, t. II, núm. 629, y t. VIII, núm. 572; Favard, en la palabra *Separación de Esposos*, sec. II, pfo. 3; Grenier, *De las Donaciones*, t. I, núm. 220; Zachariae y sus anotadores, Massé y Vergé, t. I, p. 281, nota 9; Demante, t. I, núm. 285; Poujol, sobre el art. 950, núm. 8; Coin-Delisle, sobre el art. 959.

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 Merlín y Dupín, 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.

Dupín 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 ó otro caso. Esto no es bastante para decidir la cuestión. El poderoso argumento de Merlín: «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-

1 Dalloz, *Colección Periódica*, 1845, 1, ps. 227 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 Merlín 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 separacion de cuerpo forma parte del título *Del 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 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 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Separación de Cuerpo*, título XXX, p. 443, nota 2.

2 Sentencia de 23 de Mayo de 1845 (Dalloz, 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 cualquiera 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 que cuando la disolución de la comunidad se verifica por el divorcio ó por la *separación de cuerpo* no há 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?

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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. Dupin 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 transladar á la separación lo que del divorcio se dice: solo el legislador tiene tal derecho.

La Corte de Casación invoca también el espíritu de la ley. ¿Por qué ésta declara frustrado al cónyuge demandado en divorcio de las ventajas que el otro 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 Proudhón, 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, diciéndole 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 Merlín: ¡Dirigios 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 prohibe 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: es el artículo 1518; éste 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 Proudhón, *Tratado Sobre el Estado de las Personas*, t. I, ps. 544-546.
2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, ps. 330 y siguientes, núm. 523.

de un jurisconsulto. (1) El art. 1518 presupone la caducidad, se dice, más bien que introducirla, 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. Dupín 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 divórcio 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. Dícese 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 toda vía no hemos contestado. La Corte Suprema dice que en el autiguo derecho el cónyuge que 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. I, ps. 257 y siguientes, número 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 de 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 1° de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 213).

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 115).

2 Véanse los autores y las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de Cuerpo*, núms. 385-387. Hay que agregar las sentencias de Rouen de 20 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 resuelva acerca de los efectos pecuniarios de la separación de cuerpo; ¿cómo habría de haber efectos en dónde 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 renovación 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 avocados al conocimienio 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 las 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. 385.

2 Sentencias de París de 5 de Abril de 1864, de Ruen 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).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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. Le separación de cuepo 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 separacion 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. ¿Que 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 *Separación 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 la 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 misma 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 I, ps. 616 y siguientes, núm. 5 del art. 312. Zachariae, t. III, p. 378, nota 4, edición de Aubry y Rau.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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. Le separación de cuepo 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 separacion 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. ¿Que 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 *Separación 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 la 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 misma 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 I, ps. 616 y siguientes, núm. 5 del art. 312. Zachariae, t. III, p. 378, nota 4, edición de Aubry y Rau.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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.

TITULO VII.

DE LA PATERNIDAD Y DE LA FILIACION (1).

CAPITULO I.

PRINCIPIOS GENERALES.

359. Entiéndese por filiación el vínculo que liga al hijo con sus padres. Dicho vínculo puede ser legítimo ó natural. Estas dos filiaciones se establecen de manera diferente y tienen efectos también diferentes. La filiación legítima es la única que da al hijo una familia y los importantes derechos que de ella se derivan, el nombre, los antepasados, la honorabilidad; en seguida los derechos pecuniarios á la vez que los morales, el derecho á la educación, á los alimentos, á la sucesión. Nada es, pues, tan importante para el hijo como su filiación legítima porque de ella depende su suerte futura. ¿Cuáles son los elementos que constituyen este estado, y cómo en caso de discusión puede él probarlos?

1 Richefort, *Del Estado de las Familias*, 2 vols.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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.

TITULO VII.

DE LA PATERNIDAD Y DE LA FILIACION (1).

CAPITULO I.

PRINCIPIOS GENERALES.

359. Entiéndese por filiación el vínculo que liga al hijo con sus padres. Dicho vínculo puede ser legítimo ó natural. Estas dos filiaciones se establecen de manera diferente y tienen efectos también diferentes. La filiación legítima es la única que da al hijo una familia y los importantes derechos que de ella se derivan, el nombre, los antepasados, la honorabilidad; en seguida los derechos pecuniarios á la vez que los morales, el derecho á la educación, á los alimentos, á la sucesión. Nada es, pues, tan importante para el hijo como su filiación legítima porque de ella depende su suerte futura. ¿Cuáles son los elementos que constituyen este estado, y cómo en caso de discusión puede él probarlos?

1 Richefort, *Del Estado de las Familias*, 2 vols.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

La filiación legítima constituye la legitimidad. Este beneficio es un efecto del matrimonio. Sólo éste produce hijos legítimos. ¿Quiere decir esto que sean legítimos todos los hijos que nacen durante el matrimonio? Nó, puede suceder que el hijo nacido durante el matrimonio de sus padres no sea legítimo; y también puede suceder que lo sea si nace después de la disolución del matrimonio. La legitimidad es un hecho complexo. Antes que todo precisa, para que el hijo sea legítimo, que sus padres estén casados, supuesto que fuera del matrimonio no es comprensible la legitimidad. En seguida se necesita que sea oriundo del hombre y de la mujer que él pretende son sus padres y que haya sido alumbrado durante la unión de éstos. Infiérese de aquí que el hijo que quiere establecer su legitimidad debe desde luego probar el matrimonio del hombre y de la mujer de quienes se dice originario. En seguida debe probar su filiación; es decir, que ha nacido de la mujer que él dice ser su madre, que es lo que llamamos la filiación maternal; que ha nacido del hombre, esposo de su madre, ó sea la filiación paternal. Y esto no es bastante; como el matrimonio da solamente la legitimidad el hijo debe probar que fué concebido en el curso del matrimonio de su padre y madre. Sin embargo, veremos más adelante que por una ficción legal la legitimidad pertenece también al hijo que nace durante el matrimonio de sus padres por más que haya sido concebido antes de que aquellos celebrasen su unión. Por último, si consta de toda evidencia que un hijo proviene de dos personas casadas, pero si se pone en duda que el demandante sea ese hijo, éste debe probar su identidad.

360. ¿Cómo se prueban estos diversos elementos de la legitimidad? En el título *Del Matrimonio* hemos dicho cómo se prueba el matrimonio cuando el hijo proviniente de

éste debe constituir la prueba. (1). Entre los demás hechos que constituyen la legitimidad los hay que pueden probarse de un modo directo como se prueba todo género de hechos. Tal es la identidad; la establecen ciertos hechos de posesión de estado; y no siendo éstos jurídicos por naturaleza sino hechos puros y sencillos la prueba pueden procurarla los testigos; esta es la aplicación de los principios generales que rigen la prueba testimonial. La filiación maternal es también un hecho susceptible de probarse directamente; en efecto, la maternidad se hace patente por un signo exterior, la preñez, y por un hecho material, el parto, signo y hecho que el testimonio de los hombres pueden afirmar con el mismo grado de certidumbre que otro hecho cualquiera. En este sentido los jurisconsultos dicen que la madre siempre es cierta y lo es porque puede probarse con la certidumbre que es la base de los juicios. (2) Esto es verdadero, sobre todo respecto á la maternidad legítima. Esta se produce en cierto modo con una evidencia patente; porque lo más frecuentemente ó, mejor dicho, casi siempre los padres se juzgan felices al manifestar y proclamar su ventura, y le dan la mayor publicidad. De aquí la fuerza probatoria que la ley atribuye al acta de nacimiento, que es la prueba por excelencia de la filiación maternal.

D'Aguesseau dice que nada es más dudoso como esta prueba, porque nada es tan fácil de alterar y disimular como una acta de nacimiento. En efecto, ésta se levanta por una simple declaración, ¿y quién garantiza que el declarante diga la verdad? Agrega D'Aguesseau que esta es casi la única prueba que puede tenerse del estado de los hombres, y que si se desechase las bases todas de la sociedad

1 Véanse los núms. 1-18.
2 *Semper certa est mater.* L. 5, D. II, 4 (*de in jus vocando*).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

civil se conmoverían; así, pues, dice, por dudosa que esta prueba sea todo sería más dudoso aún sino se la admitiese. (1) Parece que el ilustre Canciller quiere decir que sólo la necesidad ha obligado á prestar una fe tan grande á una prueba que por sí misma es tan dudosa. Nó, es una probabilidad tal que la ley ha podido darle aventuradamente toda certidumbre. No toda clase de filiación maternal se establece por medio de una acta de nacimiento sino únicamente la maternidad legítima; es decir, que cuando el hijo presenta su acta de nacimiento para probar su filiación maternal queda comprobado el matrimonio. Dentro de esta hipótesis hay que colocarse para ver si la prueba que resulta del acta de nacimiento es tan dudosa como parece asegurarlo D'Aguesseau. ¿Tendrían los padres algún interés para ocultar ó disfrazar ó alterar la prueba que atestigua su ventura? Sólo en casos excesivamente raros la declaración de nacimiento no será conforme á la realidad. Lo que lo prueba es la escasez de monumentos que en esta materia nos ofrece la jurisprudencia. Podemos, pues, decir, que la filiación maternal reposa en una prueba que, según todas las probabilidades, es la expresión de la verdad.

Es raro que esta prueba falle; cuando acontece esto se admite otra igualmente cierta: la posesión de estado. El Orador del Tribunado, Duveyrier, cita con complacencia las entusiastas palabras que uno de nuestros maestros ha escrito sobre la posesión de estado: «De todas las pruebas, dice Cochín, que aseveran el estado de los hombres la más sólida y la menos dudosa en la posesión pública. El estado no es otra cosa que el lugar que cada uno ocupa en la sociedad general y en las familias, y ¿qué prueba más decisiva puede fijar dicho lugar como la posesión pública en que se está de ocupar aquel lugar desde que uno existe? Los hombres no se conocen entre sí si no es por esta posesión. Hase conocido al padre, á la madre, al hermano, á los primos, y aun ha sido uno conocido de ellos. El público ha visto esa constante relación. ¿Cómo es posible, después de varios años, cambiar todas estas ideas y desprender á un hombre de su familia? Esto equivaldría á disolver lo que es, por decirlo así, indisoluble; esto equivaldría á separar á los hombres hasta en las sociedades que para ellos se han establecido.» (1)

1 D'Aguesseau, Alegato XLVI (Obras, t. IV, ps. 271 y siguientes de la edición en 4°)

Lo más á menudo el acta de nacimiento y la posesión de estado son concurrentes; en este caso la certidumbre es absoluta, tanto como el hombre, sér falible, puede hablar de verdad absoluta (art. 322); en consecuencia, el legislador no admite ya duda alguna sobre el estado del que posee esta doble prueba. Sin duda alguna que puede haber error, á pesar del concurso de las pruebas más poderosas. Pero tal error es tan poco probable que el legislador no ha querido que viniese á ser ocasión de un proceso que dislocase las posiciones más firmes. Aquí nos encontramos con un principio que guía al legislador en la solución de las dificultades tan delicadas que la filiación ofrece. El desea consolidar el estado de las personas, y cuando tiene en su favor una probabilidad que asegure aquel estado se atiene á ella, con riesgo mismo de ponerse en oposición con la realidad de las cosas; prefiere, en caso necesario, las ficciones á la verdad, que tan difícil es descubrir en medio del conflicto de los intereses y de las pasiones.

Así, pues, tenemos una base sólida en que apoyar la filiacion maternal, las actas de nacimiento y la posesión de estado. Pudiera suceder que estas dos pruebas fallasen; en

1 Cochín, Obras, t. I, p. 590, edición en 4°

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

este caso la ley admite por necesidad la prueba testimonial, rodeándola de garantías que previenen sus riesgos. Hé aquí en verdad una prueba lo más posible dudosa. Pero también sólo en circunstancias excesivamente raras hay que recurrir á ella. Apenas si se halla un ejemplo de ella en los anales judiciales. Esta prueba tan excepcional no es, por decirlo así, sino de teoría, y, por lo mismo, no conmueve la certidumbre que, al establecer la filiación maternal, viene á ser la base del estado de las familias.

361. Cuando de la filiación maternal se pasa á la paternal parece que la certidumbre cede sitio á la más absoluta incertidumbre. El más antiguo de los poetas dice que nadie puede conocer á su padre y mucho menos probar la paternidad. La paternidad es un misterio que la ciencia y las investigaciones de la justicia son incapaces de penetrar. Inútilmente, pues, dice un magistsado, se buscan pruebas verdaderas, pruebas ciertas y auténticas en asunto que apenas admite probabilidades y presunciones. (1) ¿Quiere estodecir que la filiación paternal permanezca siempre incierta y que ni pueda establecerse sino por vagas verosimilitudes? Nó, no es incierta sino en el sentido de que no puede probarse directamente, mientras que la maternidad es cierta porque es susceptible de una prueba directa. Pero hay una prueba indirecta que es á veces la más fuerte de las pruebas, y ésta la forman las presunciones; es decir, las consecuencias que la ley saca de un hecho conocido á uno desconocido (art. 1349).

Por más que esta prueba no consista sino en un razonamiento fundado en probabilidades la certidumbre que de ella resulta es tal que ciertas presunciones no admiten la drueba contraria (art. 1352). Y bien, la paternidad se es-

1 Muraire, Primer Presidente de la Corte de Casación, Elogio de Target. pronunciado en la audiencia de 13 de Agosto de 1807 (Merlín, *Repertorio*, en la palabra *legitimidad*, sec. II, t. XVII, p. 400).

tablece en una presunción tan vieja como el matrimonio, tan fuerte como la moralidad. Los autores del Código Civil han tomado la fórmula del derecho romano: (1) El hijo concebido durante el matrimonio, dice el art. 312, tiene por padre al marido. ¿Es esta una simple verosimilitud, una probabilidad dudosa? Ciertamente que no, porque tiene por base el sentimiento del deber que Dios ha gravado en nuestra conciencia. La mujer debe fidelidad á su marido, y ella no puede violarla por un crimen. ¿Es la fidelidad la que forma la regla casi universal, ó es el adulterio? Nosotros no planteamos la cuestión sino para oír la protesta de la conciencia que se rebela contra la sola suposición de que el crimen reine como soberano en el seno de las familias. Nó, es el afecto, y á falta de este el deber. Esta base es tan sólida como las escrituras auténticas. El padre es, pues, tan cierto como la madre. Escuchemos un momento á d'Aguesseau: «Nada tan fuerte como esta presunción. La ley nunca presume el crimen: favorable siempre para la inocencia cuando un mismo efecto puede tener dos causas, una injusta y otra justa y legítima, rechaza absolutamente la primera para atenerse únicamente á la última. Así, aun cuando pueda suceder que un hijo concebido en la época del matrimonio deba la vida al crimen de la madre, sin embargo, porque puede también ser que le deba á la union honorable de una mujer con su marido, se presume siempre que ésta es inocente y legítimo el hijo, hasta que se demuestre lo contrario con pruebas evidentes. (2)

La presunción que el art. 312 establece, derivada del deber de fidelidad, no puede ser invocada sino por el hijo que ha sido concebido durante el matrimonio; poco importa,

1 *Pater is est-quem nuptiæ demostrant*, L. V, D., II, 14 [*de in jus vocando*].

2 D'Aguesseau, alegato XXXIV [Obras, t. III, ps. 180, 181].

por lo demás, la época del nacimiento, aun cuando naciese después de la disolución del matrimonio; concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. En cambio si es concebido antes del matrimonio aunque nazca durante él, no puede invocar la presunción, porque ha sido concebido en una época en que ningún vínculo existía entre los que le han dado el sér. Pero aquí vuelve á aparecer el principio que guía al legislador en materia de filiación: es posible, y hasta probable, que el hijo concebido antes del matrimonio y nacido durante él pertenezca á aquel que se casó con la madre. De esta probabilidad la ley forma una presunción á favor del hijo y, por consiguiente, lo reputa legítimo. Esta legitimidad, si ha de decirse la verdad, es ficticia. La ley establece la ficción por favor hacia la legitimidad; hay, pues, que aceptarla con todas sus consecuencias.

La presunción del art. 312 supone que el hijo es concebido durante el matrimonio. ¿Pero cómo es posible probar que la concepción tuvo lugar durante el matrimonio cuando el hijo nace algunos meses después de la celebración ó algunos meses después de la disolución del matrimonio? Aquí volvemos á estar de nuevo en pleno misterio. Es imposible determinar con certeza el momento de la concepción. Si el embarazo tuviese una duración fija y siempre la misma fácil sería precisar el día de la concepción, pero todos sabemos que no es así. Desde que es ciencia la medicina ha probado, á la verdad, que la preñez tenía una duración ordinaria de nueve meses, pero también ha observado que esta regla admitía excepciones en el sentido de que hay nacimientos precoces, sucediendo que el hijo nazca antes del término de nueve meses. Por lo mismo, la época en que el hijo es concebido no podría fijarse con alguna certidumbre, bastando la diferencia de un día para mo-

tivar la legitimidad ó la ilegitimidad del hijo. En tal incertidumbre ¿qué debía hacer el legislador?

La ley quiere asegurar el estado de las personas; no podía, pues; no debía atenerse á la prudencia del juez acerca de la época de la concepción, supuesto que el juez no tiene medio ninguno de ilustrarse no habiendo llegado la ciencia á quitar el velo á este misterio de la Naturaleza. Ella debía, pues, trazar reglas por las cuales se pudiese determinar con cierta probabilidad la época de la concepción. Esta época depende de la duración de la preñez. Ahora bien, las personas del arte han comprobado que si la preñez dura generalmente nueve meses puede algunas veces exceder este término en varias semanas, pero que casi no excede de diez meses si, no obstante, alguna vez se ha excedido. Por otra parte, la experiencia ha enseñado que el niño puede nacer viable desde el mes séptimo, por más que estos nacimientos sean rarísimas excepciones. (1) Fundado en estos hechos el legislador ha establecido presunciones acerca de la duración de la preñez y, en consecuencia, acerca del momento de la concepción. El hijo que nace después de seis meses de matrimonio puede haber sido concebido durante el matrimonio. De esta posibilidad el legisfador forma una probabilidad á favor del hijo y decide, en consecuencia, que el hijo nacido después del día ciento ochenta y uno fué concebido durante el matrimonio y, en con-

1 Fourcroy, miembro del Consejo de Estado cuando se discutió el proyecto del Código Civil, presentó un informe sobre los nacimientos procesos y los nacimientos retardatarios (sesión de 14 Brumario, año X, núm. 26, Locré, t. II, p. 27). Llegaba á la siguiente conclusión: ciento ochenta y seis días para los nacimientos acelerados y doscientos ochenta y seis para los tardíos (Locré, p. 33). El Consejo se atuvo á la regla tradicional que se atribuye á Hipócrates. Advirtamos, además, que los meses republicanos eran de treinta días, por lo que los términos admitidos por el Código correspondían exactamente á seis y á diez meses.

secuencia tiene por padre al marido de la madre. Del mismo modo si el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio puede haber sido concebido durante el matrimonio; el legislador vuelve de nuevo á hacer de esa posibilidad una probabilidad á favor del hijo; declara que fué concebido durante el matrimonio y, en consecuencia, el niño tendrá por padre al marido. Estas presunciones no estarán en harmonía con la verdad sino en la hipótesis en que la preñez haya tenido el término ordinario de nueve meses; más allá ó más acá de tal término ya no hay más que una posibilidad y á lo sumo una probabilidad. Confesémoslo, por los límites extremos de las épocas admitidas por la ley para la duración de la preñez más larga y la preñez más corta la presunción de la ley las más de las veces estará en oposición con la realidad. Un niño nace, bien constituido, como lo están los niños después de una gestación de nueve meses, ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio. Se presumirá que este niño fué concebido durante el matrimonio. Pura ficción de la ley, porque con plena certidumbre este niño habrá sido concebido antes del matrimonio. Un niño nace el día tricentésimo después de la disolución del matrimonio, no tiene en sí mismo vestigio ninguno de un nacimiento tardío; de hecho será, pues, concebido después del matrimonio, mientras que de derecho se presumirá concebido antes del matrimonio y, por lo mismo, será el hijo del marido por más que no le pertenezca. Pudiendo estar las presunciones en desacuerdo con la realidad nace la cuestión de saber si las que establecen la duración de la preñez pueden ser combatidas por la prueba contraria.

En principio hay que contestar negativamente. El principio resulta del motivo mismo por el cual la ley ha establecido sus presunciones. Ella ha querido asegurar el estado de los hombres poniéndolo al abrigo de las incertidumbres de la ciencia; y desde el momento en que había la posibilidad de una duda la ha interpretado á favor de la legitimidad. Los oradores del Gobierno y del Tribunado están unánimes en este punto, por lo menos en cuanto á la regla, si bien se separan en su aplicación. Por el momento trátase de la la regla. La antigua jurisprudencia abandonaba á la prudencia de los tribunales la decisión de estas difíciles discusiones. ¿Qué resultaba de ello? Bigot-Préameneu nos lo dice: «Los jueces no podían adquirir luz ninguna acerca del hecho particular (supuesto que la ciencia es impotente) y cada tribunal se formaba un sistema diferente acerca de la extensión y limitación que debía admitir en el curso normal de la Naturaleza. La jurisprudencia no tenía ninguna uniformidad por el motivo mismo de que *no podía ser más que arbitraria*.» ¿Cuál ha sido la tendencia del Código Civil? Bigot-Préameneu contesta: «Preciso era salir de semejante estado. No se trataba de una *verdad absoluta* que los redactores de la ley tuviesen que descubrir, bastábales dar á los jueces una regla que *fijase su incertidumbre*.» (1) ¿Bastaba para poner fin á lo arbitrario y para fijar la incertidumbre de los magistrados establecer una regla sobre la duración de la preñez con la salvedad de permitirles separarse de ella? Esto habría equivalido á cerrar una puerta á lo arbitrario para abrirle otra. ¡Juego de niños! Nó, el legislador ha querido que los dos términos fuesen de rigor. Lahary es quien lo dice en su dictamen al Tribunado (2), y el tribuno Duveyrier, en el notable discurso que pronunció ante el Cuerpo Legislativo, se expresa en el mismo sentido. (3) «Hay en general acuer-

1 Exposición de Motivos, núm. 7 (Locré, t. II, p. 86).
2 Lahary, Dictamen al Tribunado, núm. 5 (Locré, t. II, p. 55).
3 Duveyrier, Discurso, núm. 11 (Locré, t. II, p. 124). El Tribu-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

do unánime, dice, en pensar que, apésar de las variaciones incontestables de la Naturaleza existe un término más allá del cual sólo se encuentra lo imposible ó lo monstruoso. Sin duda que era preferible tomar y marcar *invariablemente* dicho término, á *riesgo de equivocarse en algunos casos improbables*, que dejar todas las cuestiones relativas al estado de los hombres bajo la dependencia de un cálculo *arbitrario*.» Así es que el legislador ha previsto que la regla *invariable* que asentaba podría conducir á un error en ciertos casos improbables y ha preferido dicho riesgo al mayor del *arbitrario*. Es decir, que entre dos males posibles el legislador ha optado por el menor.

Si algún reproche puede hacerse á la ley no es ciertamente el de haber comprometido la legitimidad del hijo trazando reglas invariables sino el haber formulado éstas tan ampliamente que el hijo concebido fuera del matrimonio puede ponerse al abrigo de estas presunciones y declararse legitimo. Ya hemos expuesto esta observación: con mucha frecuencia la realidad da un mentís á las presunciones de la ley, porque son ellas muy favorables al hijo. Esto nos revela el espíritu del legislador que favorece la legitimidad aun cuando el hijo que la reclame no tenga más que una duda. Y es que la legitimidad funda sola la familia, y la familia es la base de la sociedad: es preferible una legitimidad fingida con tal que tenga en su favor apariencias más ó menos probables que una filiación natural, y, sobre todo, una filiación adulterina ó incestuosa.

En cuanto á la segunda presunción, la de la paternidad propiamente dicha, establecida por el art. 312, no es absolutamente como la que determina la duración de la pre-

do dice también en sus observaciones oficiales que el objeto de la ley ha sido prevenir los inconvenientes de lo arbitrario (núm. 2, Locré, t. II, p. 76).

ñez y la época de la concepción; el art. 312 admite la prueba contraria. Esto está razonablemente fundado. Como D'Aguesseau lo expresa, la presunción de que el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio supone no sólo el matrimonio sino también la cohabitación de los cónyuges. Esta cohabitación sin duda que es la regla, pero que puede sufrir excepciones. El legislador permite que se prueben estas excepciones. ¿Por qué es que autoriza esta prueba siendo así que la repele cuando se trata de fijar la duración de la preñez? Es porque en este último caso habría sido imposible suministrar la prueba, en vista del misterio que envuelve la concepción; mientras que el marido puede probar en cierto grado de evidencia que se ha hallado en la imposibilidad de cohabitar con su mujer. Cuando la imposibilidad es física á causa de su alejamiento ó de una impotencia accidental hay una prueba material, palpable, de que el marido no es el padre del hijo nacido de la mujer. Cuando la imposibilidad es moral puede quedar alguna duda; la ley aparta las probabilidades de error no admitiendo la imposibilidad moral sino cuando está acompañada de circunstancias agravantees y que por sí solas manifiestan ya contra la paternidad del marido: como el adulterio, la ocultación del nacimiento del niño. Ahora se comprenderá que la ley ha debido admitir la prueba contra la presunción de la paternidad. Una presunción, después de todo, no es más que un cálculo de las probabilidades. Las probabilidades deben ceder ante la realidad.

La prueba contraria permitida al marido se llama el recurso de denegación. En principio sólo al marido corresponde, porque sólo él puede saber si es el padre del niño que su mujer ha dado á luz. Sus herederos no pueden ejercitar esta acción si la encuentran en el patrimonio del difunto. La acción debe intentarse en brevísimo plazo. Hé

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aquí muchas restricciones; diríase que la ley anda á caza de obstáculos para impedir que se declare la ilegitimidad del hijo. Ha debido, no obstante, cejar de este rigor cuando el hijo, aunque nacido durante el matrimonio, ha sido concebido antes de su celebración. Este hijo es realmente ilegítimo sólo por la fecha de su nacimiento; así, pues, el marido debe tener el derecho de repudiarlo de la familia, á menos que se pruebe que lo ha reconocido como suyo.

Se ve que la ley acumula garantías en provecho de la filiación legítima, y hasta podría decirse que le prodiga sus favores. Pero no echemos en olvido cuál es el hijo que goza de estos beneficios. Sólo aquel que fué concebido durante el matrimonio ó, por lo menos, que nació después de su celebración, es el que puede invocarlos. Esto supone, pues, como ya lo hemos dicho, que el matrimonio es constante. Es en honra del matrimonio por lo que la ley establece las presunciones que acabamos de explicar. Es, pues, necesario que el hijo pruebe que nació del matrimonio; es decir, que desde luego establezca la celebración del matrimonio, en seguida su filiación maternal y después su identidad. La ley no presta la misma fe á todos los medios que admite para probar la filiación maternal. Unicamente cuando el hijo produce una acta de nacimiento es cuando se aprovecha de las presunciones establecidas por la ley. Cuando no hay acta de nacimiento ni posesión de estado la ley le permite, en verdad, que pruebe su filiación maternal por testigos y, hecha la prueba, que invoque la presunción de paternidad; pero el marido no está ya obligado, en este caso, á recurrir á la acción de denegación; puede rechazar las pretensiones del hijo por todas las vías de derecho. Aquí el legislador se muestra inusitadamente riguroso con el hijo, pero con mucha justicia, porque si debía protegerlo cuando reclama su derecho debe también hacer á

un lado al imprudente aventurero que intenta entrar por la fuerza en una familia que no le pertenece (art. 325).

Hasta aquí hemos supuesto que el hijo ha sido concebido ó, por lo menos, nacido durante el matrimonio. Si el hijo fué concebido después de la disolución del matrimonio no es necesario decir que ya no puede invocar la presunción de paternidad que del matrimonio se deriva. Ahora bien, en virtud de las presunciones sobre la duración de la preñez se presume que el hijo fué concebido después del matrimonio cuando nace trescientos días después de su disolución (art. 315). Conforme al rigor de los principios ese niño nace ilegítimo, puesto que ha sido concebido fuera del matrimonio, y la ley habría podido declararlo así. Pero por un último favor otorgado á la legitimidad la ley se abstiene y abandona á las partes interesadas el cuidado de atacar la legitimidad de aquel hijo. Como sólo la fecha de su nacimiento prueba la ilegitimidad basta poner en duda el estado de aquel hijo para que el juez esté en el deber de declararlo ilegítimo. El juez no hace otra cosa que declarar en cada caso particular lo que el legislador habría podido declarar acerca de todos los hijos que nacen después de trescientos días de la disolución del matrimonio. La acción por la cual las partes interesadas piden que el hijo concebido después del matrimonio se declare ilegítimo se llama acción en discusión de legitimidad. No está sometida á las restricciones que estorban la acción de denegación. No estando ya el hijo bajo la protección del matrimonio ninguna razón había para otorgarle un favor excepcional, porque esto habría equivalido á favorecer las malas costumbres de la mujer viuda ó divorciada. Supuesto que el matrimonio ya no existe se vuelve al derecho común.

362. La filiación de los hijos naturales reposa en otros

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

principios que la filiación de los legítimos. Al proteger y favorecer la legitimidad, hasta con ficciones en caso necesario, el legislador honra el matrimonio, consolida las familias. Ahora bien, la familia es la base del orden social. "Es, dice Portalis, el santuario de las costumbres y en su seno las virtudes privadas preparan las públicas." (1) Por esto mismo el legislador no puede tener para los hijos naturales los mismos miramientos que muestra á los legítimos. El hijo natural no tiene familia; tiene un padre y una madre, pero ningún vínculo legal los enlaza; muchas veces ni siquiera hacen vida común, y cuando la hacen agregan un nuevo escándalo, supuesto que alardean del desorden y de la inmoralidad. No obstante, no debe ser que el disfavor que recae sobre los hijos naturales se lleve hasta la injusticia. Los que les dan la vida contraen, respecto á ellos, ciertas obligaciones; los hijos tienen derechos contra sus padres. La ley no puede desconocer estos derechos y debe asegurar su ejercicio. Como lo expresa con mucha exactitud el Orador del Gobierno, dos escollos deben evitarse; el legislador revolucionario había otorgado á los hijos naturales un favor tal que el matrimonio se habría menoscabado, mientras que el derecho antiguo era á veces de una dureza irritante. ¿Es cierto, como dice Bigot-Préameneu, que el Código Civil haya fijado los justos límites entre los cuales ni los derechos de la Naturaleza ni los de la sociedad quedan violados? (2) Nosotros opinamos que sacrificó los derechos de los hijos naturales en honra del matrimonio y sin mucho provecho para la moralidad pública. El legislador se ha preocupado demasiado por el interés social. Cambacérès dice "que la mejor legislación es

1 Portalis, *Exposición General del Sistema del Código Civil*, número 33 [Locré, t. I, p. 193].

2 Bigot-Préameneu, Exposición de Motivos, núm. 32. (Locré, t. III, p. 93).

la que favorece el interés general de la sociedad y los progresos de la moral pública." (1) Sin duda que sí, pero con una condición: que antes que todo se respeten los derechos de los individuos.

La naturaleza de las cosas establece diferencias considerables entre los hijos naturales y los legítimos. Respecto á los primeros la cuestión no puede ser de legitimidad, supuesto que el matrimonio es lo único que la produce. Ellos, pues, no tienen sino una simple filiación que los enlaza con sus padres. Aun en lo que se refiere á la filiación es grande la diferencia entre los hijos naturales y los legítimos. La filiación maternal de éstos se establece, en general, sin ninguna especie de reconocimiento ó de confesión por parte de la madre. Las personas presentes al parto son las que declaran el nacimiento al oficial del estado civil, y el acta que éste levanta da fe de la filiación maternal. No pasa lo mismo con los hijos naturales. Levántase, en verdad, acta de nacimiento, pero dicha acta no prueba su filiación, y sólo atestigua una cosa, y es que un niño nació. ¿Por qué siendo cierta la maternidad el acta de nacimiento no prueba la filiación natural tanto como la legítima? Si la madre es cierta, como dicen los jurisconsultos romanos, aun cuando sea natural, es únicamente en el sentido de que el hecho de la maternidad puede probarse como otro cualquiera; pero de ahí no resulta que la ley deba y pueda admitir las mismas pruebas para la filiación natural que para la legítima. Si se trata de un niño nacido en el matrimonio la declaración de nacimiento será, salvo rarísimas excepciones, la expresión de la verdad; por lo que la indicación del nombre de la madre debe probar la filiación legítima. Mientras que la madre natural tiene la más poderosa de las ra-

1 Cambacères, primer proyecto del Código Civil, discurso preliminar, p. 15.

zones para ocultar su nombre ó para disfrazarlo: declarar su nombre equivale á proclamar su vergüenza, á eternizar su deshonra. Por lo mismo el legislador debe precaverse de las indicaciones que los declarantes dan al oficial del estado civil; no debe ver en ellas la expresión de la verdad porque con demasiada frecuencia reconocería como verdadero lo que es falso.

Desechada el acta de nacimiento en principio no queda más que una prueba de la filiación natural, y es la confesión ó el reconocimiento de los padres. Esto supone que la filiación paternal, tanto como la maternal, sólo por el reconocimiento queda establecida. La filiación paternal del hijo nacido de una mujer casada se establece por vía de presunción; es de toda evidencia que no se trata de una presunción basada en el deber de fidelidad en relaciones en donde no existe ningún deber, en donde todo es desorden, falta, crimen. Es igualmente evidente que la declaración que la madre hiciese del padre no sería una prueba de paternidad, supuesto que no hay nada que garantice la verdad de aquélla. Queda, pues, el reconocimiento del padre para establecer la filiación paternal.

El reconocimiento es una confesión y, por lo tanto, es voluntario. ¿Pero si padre y madre se rehusan á reconocer al hijo que han producido tiene éste derecho de obrar contra ellos para hacerse reconocer á su pesar? En principio la ley debería admitir la investigación de la paternidad y de la maternidad, porque padre y madre contraen obligaciones respecto al hijo, y todo deudor está obligado á cumplir sus obligaciones. La ley sólo á la madre aplica este principio, porque ella es cierta, y, al contrario, decide que la investigación de la paternidad está prohibida (art. 340). Esta prohibición no es un rigor injusto; si el legislador no admite que se averigüe la paternidad es á causa de que es imposible la prueba directa. Esta prueba no puede establecerse sino por vía de presunción, y las presunciones fallan en esta materia. Así, pues, si el legislador admitiese la averiguación de la paternidad ¿qué resultaría? Decisiones de extrema incertidumbre, y ¿éstas no favorecerían acciones escandalosas y, en consecuencia, especulaciones con el escándalo para hacerse pagar el silencio? En el derecho antiguo la investigación de la paternidad era admitida y los abusos que ponemos en duda eran una realidad. Hay á modo de un concierto de quejas contra la antigua legislación en los discursos de los oradores del Gobierno y del Tribunado. (1) No abrigamos ningún deseo de negar los abusos. ¿Pero acaso nuestra legislación no consagra uno de los más graves abusos? ¡Cómo! una desdichada ha sido seducida ¿y ninguna acción tiene contra el seductor que la ha burlado indignamente? Si el derecho antiguo daba una prima á las prostitutas el nuevo da una patente de impunidad á una raza que nada tiene de honorable: la canalla de guante blanco. Esta expresión es de Vauvenargues. ¿Y cuál de estas dos canallas es la más culpable: los infames que disfrutaron de la instrucción y de la educación ó los miserables brotados del fango y criados en el vicio? Además, ¿no están ahí los hijos sacrificados al temor de que un aventurero venga á usurpar un nombre honorable? Temor las más veces quimérico en el sentido, por lo menos, de que el hecho rarísimas veces se presentará. ¿Y acaso, en vista de excepciones romanescas, el legislador debería reconocer los derechos de las víctimas, demasiado numerosas, de la mala conducta unida al egoísmo?

El hijo natural no puede, pues, investigar sino quién

1 Bigot-Préameneu, Exposición de Motivos, núm. 33. Locré, t. III, p. 94. Lahary, informe al Tribunado, núm. 38. Locré, t. III, p. 118; Duveyrier, Discursos, núm. 38 (Locré, t. III, p. 136).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sea su madre. Y todavía la ley rodea esta acción de precauciones dictadas por el temor que inspira la prueba testimonial. El Código quiere que el hijo tenga un principio de prueba por escrito, que haga probable, en primer lugar, el parto y, en seguida, su identidad. Comprendemos tales escrúpulos, así como la solicitud del legislador en honra de la madre. Pero á fuerza de vigilar por los intereses de la madre se echan en olvido los del hijo. No obstante, éste tiene más de un derecho que hacer valer, tiene un derecho que reclamar, y es que su madre se rehusa á cumplir el deber que le impone la Naturaleza. ¿No era esta una razón suficiente para facilitar la acción del desventurado que busca á su madre? ¡Y se le entrega á sus propias fuerzas exigiendo un escrito emanado de aquella que lo rechaza; es decir, una especie de confesión ó de reconocimiento tácito; de modo que, en definitiva, todo depende de la madre! ¿Por qué el acta de nacimiento no habia de ser un principio de prueba? Redactada en el momento mismo del nacimiento ó declaración de los asistentes si nombra á la madre muy amenudo expresará la verdad. Que el acta no haga prueba plena, sea; ¿pero no es un excesivo rigor negarle toda fuerza probatoria?

Hay séres desventurados á quienes la madre no puede ni siquiera reconocer y que, en consecuencia, no pueden investigar la maternidad; estos son los hijos adulterinos é incestuosos. En este caso el interés general no sólo hace más que dominar el del hijo sino que aniquila su derecho. Escuchemos á los oradores del Gobierno y del Tribunado. «El reconocimiento de los hijos incestuosos ó adulterinos, dice Bigot Préameneu, sería por parte de los padres la confesión de un crimen. Debe también evitarse el escándolo público que causaría la acción judicial de un hijo adulterino ó incestuoso que investigase su estado en la prueba del delito de aquellos que él pretende sean los autores de sus días.» El nacimiento de un hijo, dice el tribuno Lahary, cuando es el fruto del incesto ó del adulterio es una verdadera calamidad para las costumbres. Lejos de conservar algún vestigio de su existencia sería de desear que se pudiera borrar hasta el recuerdo.... Mancillar de tal modo el santo nudo del matrimonio equivale á honrarlo de la manera más útil.

El tribuno habla con extrema dureza de la averiguación que los hijos adulterinos é incestuosos quisieran hacer de su filiación maternal: «¡Puede haber cosa más inmoral, exclama, que asegurar la protección de las leyes á ese hijo monstruoso que por algunos alimentos que pudiera procurarse en otra parte acusara á los autores de sus días de haberle dado la vida por medio de un crimen!» (1)

Hay mucha fraseología en esta indignación. El verdadero *monstruo* no es el hijo que busca á la madre sino ésta que repele al hijo. Ella es culpable, en realidad. Si confiesa su crimen, ó si se descubre á su pesar, castigadla, pero no privéis al hijo de un derecho que la Naturaleza le asegura; el derecho á la educación, el derecho á los alimentos. Por una extraña contradicción los autores del Código Civil conceden alimentos á los hijos incestuosos y adulterinos (artículo 762) y muy á menudo hacen ilusorio este derecho vedando todo género de reconocimiento á esos infortunados, sea voluntario ú obligado. ¿Porque deben su nacimiento á un crimen los hijos fruto del adulterio ó del incesto dejan de ser hombres? ¿No tienen derecho á ser educados? ¡Rehusadles la riqueza si es rica la madre, pero no les rehuséis el pan de vida de la educación! Los autores del Código Civil han pretendido honrar al matrimonio é in-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 35 (Locré, t. III, p. 91). Lahary, Informe núm. 34 (Locré, t. III, p. 115).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

famar el adulterio y el incesto. Este sentimiento moral es digno de aplauso. ¿Pero no equivale á hacerse ilusiones creer que esa ignominia contenga á los que se dejan arrastrar por la fogosidad de sus pasiones sucias? Nada es tan egoista como el crimen. Los que no retroceden ante la vergüenza del incesto y del adulterio casi no piensan en los hijos que á su impureza deberán sus días.

Cuando la filiación natural queda establecida está muy lejos de producir efectos tan considerables como la filiación legítima. Desde luego puede ser puesta en duda por todos los que tengan algún interés, mientras que el acta de nacimiento apoyada en el acta de matrimonio asegura el estado de los hijos legítimos; la ley sólo una acción abre contra ellos, la denegación, y la somete á tantas restricciones, todas favorables á la legitimidad, que puede decirse que el estado del hijo nacido en el matrimonio está casi siempre al abrigo de toda discusión. Los derechos del hijo natural son también mucho menores que los del legítimo. Esto se concibe. A menos que se ponga el concubinato en la misma línea que el matrimonio, como lo hizo el legislador revolucionario, era preciso establecer una diferencia sensible entre los derechos pecuniarios de los hijos legítimos y los de los naturales.

La ley concede, sin embargo, al padre y madre del hijo natural un medio de asimilarlo al legítimo, y es cubrir su mutua falta por medio del matrimonio. Pondrán fin á una vida de desorden y harán volver á los hijos al seno de la familia. La ley no exige más que una condición, y es que los hijos sean reconocidos antes del matrimonio. Esto excluye á los hijos adulterinos é incestuosos. Respecto al adulterio comprendemos el rigor de la ley porque es una mancha que ni el matrimonio mismo puede borrar, pero el incesto no es un crimen, y cuando el matrimonio tiene

lugar en virtud de una dispensa la mancha del incesto desaparece; ¿por qué la dispensa no había de aprovechar á los hijos nacidos ya como aprovecha á los que están por nacer? Diríase que el legislador anda á caza de disfavores para recargarlos sobre las relaciones culpables, ¿pero el matrimonio no debería redimir todas las culpas? El legislador sacrifica los derechos de los hijos, apesar del matrimonio de sus padres, á una desconfianza exagerada. No quiere que el reconocimiento durante el matrimonio legitime á los hijos; ni siquiera quiere que este reconocimiento produzca los efectos ordinarios, con perjuicio del cónyuge ó de los hijos legítimos (arts. 331 y 337). Ciertamente que puede haber fraude, ¿pero para qué presumirlo? ¿No bastaba abrir una acción en provecho de los que tienen interés en atacar la legitimidad? Y si se toman en consideración los derechos del cónyuge y de los hijos legítimos ¿no hay también que tener en cuenta los derechos del hijo natural?

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPITULO II.

DE LA FILIACION PATERNAL.

SECCION I.—Del hijo concebido durante el matrimonio.

363. «El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido» (art. 312). Puede combatirse esta presunción por la denegación del marido de la madre. La presunción supone la cohabitación de los cónyuges, por lo que debe ceder ante la prueba de que los cónyuges no han cohabitado en razón de una imposibilidad física ó moral. Para no dejar nada á lo arbitrario la ley define de una manera precisa la imposibilidad física y la imposibilidad moral. El objeto que la ley persigue prueba que ella es limitativa; así es que debe interpretarse de una manera restrictiva. Este principio de interpretación resulta, además, de la naturaleza excepcional de la denegación. Cuando el hijo ha sido concebido durante el matrimonio tiene á su favor la mayor de las presunciones; en general no puede ser desconocido. Los casos en que puede serlo son excepciones raras y, por tal título, de rigurosa interpretación.

Por último, el favor que la ley dispensa á la legitimidad nos lleva á la misma consecuencia. El legislador favorece la legitimidad, por cuyo mismo motivo no debe ser favorable á la acción de desconocimiento. Aquí puede, pues, aplicarse el viejo adagio: *odiosa restringenda.* Abúsase de esta máxima y no querríamos establecerla como regla. Es hacer una injuria al legislador calificar de *odiosas* sus disposiciones; debe siempre suponerse que tiene buenas razones para justificar su rigor. En el caso de que se trata el derecho del marido merece, en principio, tanto favor como el del hijo. Resta saber cuál debe superar cuando ambos están en conflicto. Y bien, nosotros hemos probado que el legislador quiere ante todo asegurar el estado de las personas manteniendo su legitimidad. Así, pues, en caso de duda el derecho del hijo debe superar al del marido.

§ I.—De la imposibilidad física de cohabitar.

Núm. 1.—Del alejamiento.

364. El marido prueba que por causa de alejamiento se hallaba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer durante el tiempo que transcurrió desde el día trescientos hasta el ciento ochenta antes del nacimiento del niño. En este caso puede desconocer al hijo. En efecto, según las presunciones que la ley establece acerca de la duración de la preñez es imposible que el marido sea el padre de ese niño. La preñez puede durar ciento ochenta días y puede durar trescientos días, y puede durar entre estos dos límites; así es que la concepción puede haber tenido lugar en el intervalo que separa el tricéntesimo y el octógesimo día antes del nacimiento del hijo. Si durante todo el tiempo en que la concepción ha sido posible el marido

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no ha podido cohabitar con su mujer por esto mismo queda probado que tal niño no es de aquél (art. 312). Véase aquí un notable ejemplo del favor que la ley muestra á la legitimidad. Un niño nace con tal conformación que es claro que su nacimiento es precoz; habrá sido concebido en el séptimo mes que precede al parto. ¿Será bastante que el marido pruebe su alejamiento durante dicho séptimo mes? Nó, el hijo invocará contra él la presunción que admite un término de diez meses para la duración del embarazo; así, pues, si el marido cohabitaba con su mujer en el décimo mes antes del nacimiento del hijo no podrá desconocerlo por más que sea cierto que el nacimiento, lejos de ser tardío, es, por el contrario, precoz. El hijo puede, pues, según su interés, invocar la presunción de la más corta ó de la más prolongada preñez, según le parezca. Es evidente que la realidad puede hallarse en oposición con la presunción; la legitimidad se basará en una ficción, y basta con una ficción para que la ley se apodere de ella en favor de la legitimidad. La ley rechaza toda prueba contraria, y ya hemos dicho las razones para ello.

365. ¿Cuáles deben ser los caracteres del alejamiento? Se dice que la ley no los determina, y de aquí se infiere que la cuestión es de hecho. (1) Esto no es enteramente exacto. El art. 312 dice que el marido debe probar que por causa de alejamiento se ha hallado en la imposibilidad física de cohabitar. Hé aquí una buena definición del alejamiento, siendo la ley la que la da. Después de esto viene la cuestión de saber si el alejamiento ha sido tal que ha producido una imposibilidad física de cohabitar: este punto es ciertamente de hecho, pero al decidirlo los tribunales no deben olvidar que la imposibilidad de cohabitar debe ser física; es decir, absoluta por lo menos en el sentido de que «no quede duda alguna de que haya podido haber contacto.» Estas son expresiones de Bigot-Préameneau. (1) El tribuno Duveyrier es todavía más explícito y más restrictivo: «Es preciso, dice, que la ausencia sea constante, continuada y de tal naturaleza que en el intervalo de tiempo dado á la concepción *el espíritu humano no pueda concebir la posibilidad de un sólo instante de reunión entre los dos cónyuges.*» (2) Esta imposibilidad absoluta es la que tendrán que comprobar los tribunales; se necesita que ellos declaren, como lo expresa Duveyrier, «que en el momento de la concepción toda reunión, siquiera sea momentánea, entre los cónyuges haya sido físicamente imposible.»

1 Demante, *Curso Analítico*, t. II, p. 50, núm. 39 *bis*, I.

No sería bastante, como Demante lo enseña, probar por medio de testigos que los dos esposos han residido constantemente á cierta distancia uno de otro. Esto no sería más que una probabilidad, no sería ciertamente la prueba de una imposibilidad para cohabitar. La Corte de Bourges así lo ha fallado en un caso en que el marido residía habitualmente lejos del domicilio conyugal; «pero, dice la sentencia, no eran tales el alejamiento ni los impedimentos ó dificultades materiales de ningún género que por ellas debiera inferirse necesariamente la *imposibilidad* de un contacto fortuito entre los cónyuges y de una cohabitación accidental.» (3)

Corresponde al juez resolver si ha habido imposibilidad absoluta de cohabitar. Si la explicación que Duveyrier da del alejaminto se hubiese insertado en el Código habría que inferir que en el estado actual de las comunicaciones

1 Bigot-Préameneu, Exposición de Motivos, núm. 3 (Locré, tomo III, p. 86).
2 Duveyrier, Discursos, núm. 13 (Locré, t. III, p. 125).
3 Sentencia de Bourges de 6 de Julio de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 180).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la reunión de los cónyuges durante la época de la concepción, estando casi siempre en el orden de las cosas posibles casi nunca habría lugar á desconocimiento. (1) El marido habita en la Argelia y la mujer reside en París. ¿Hay, por el solo hecho de la lejanía, imposibilidad de cohabitar? Ciertamente que nó. Sin embargo, la Corte de Argelia ha admitido el desconocimiento. Y esto porque se había probado que el marido no había salido de Argel ni la mujer de París. Por lo mismo había imposibilidad absoluta en en el sentido de la ley. (2) En cambio se falló que si el marido reside en España, mientras que la mujer reside en Francia, no hay en este caso un alejamiento que impida la reunión accidental de los esposos. (3) Agreguemos que desde el momento en que hay duda debe interpretarse en favor del hijo.

366. Pregúntase si la prisión que separa á dos casados puede asimilarse al alejamiento en el sentido legal. Duveyrie ha previsto la dificultad en su discurso ante el Cuerpo Legislativo, y hé aquí lo que responde: «Claro es que la prisión es la ausencia misma, con tal que la ausencia haya sido de tal manera exacta y continua que en la época de la concepción fuese físicamente imposible la reunión durante un solo instante.» (4) Estas palabras son considerables y confirman lo que acabamos de decir respecto al carácter del alejamiento: el marido debe, pues, probar la imposibilidad absoluta de una reunión á causa de la reclusión. La jurisprudencia se haya en este sentido. (5) Citaremos un

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V, p. 30, núm. 30.
2 Sentencia de Argel de 12 de Noviembre de 1866 (Dalloz, 1867, 2, 127).
3 Sentencia de París de 9 de Agosto de 1813 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 135).
4 Duveyrier, Discursos, núm. 13 (Locré, t. III, p. 125).
5 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 34, 1°

caso notable que fué presentado á la Corte de París. El marido fué encarcelado preventivamente por sospechas de crimen; diez meses y diecisiete días después de la prisión su mujer da á luz un niño que queda registrado como hijo natural. Con motivo de la acción de desconocimiento intentada por el marido el tribunal de primera instancia resuelve que no había habido imposibilidad física de cohabitación entre los cónyuges, en atención á que durante su encarcelación el marido se había comunicado con la mujer. Apelación del marido que pide probar que él ha salido, en verdad, momentáneamente de su prisión para ir á su establecimiento y dar instrucciones necesarias para su comercio, pero que estuvo constantemente acompañado por dos dragones que lo han tenido á la vista, mientras duró la visita, en presencia de un criado de su mujer y de un jornalero de la casa. La Corte admitió al marido á esta prueba. (1)

Esto resuelve la cuestión en lo concerniente al cautiverio de los prisioneros de guerra. El cautiverio no es una prisión; así es que con motivo de la retención no puede haber alejamiento y, en consecuencia, no hay lugar á desconocimiento, á menos que el alejamiento haya sido tal que haya impedido toda comunicación entre los cónyuges. Así fué fallado por las cortes de París y de Rouen. (2)

Núm. 2.—Impotencia accidental.

367. Por los términos del art. 313 «el marido no puede, porque alegue impotencia natural, desconocer al hijo.» ¿Por qué no permite la ley que el marido alegue su impo-

1 Sentencia de 5 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 165).
2 Sentencias de Rouen de 6 de Junio de 1820 y de París de 15 de Junio de 1826 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 104 y 34, 3.°

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dad. ¡Que tal monstruo, exclama, devore sus sonrojos, pero que no haga recaer los efectos en la mujer á quien ha engañado, en el hijo que no le debe la vida, pero que de derecho le pertenecerá porque ha tenido la cautelosa audacia de someterse á los lazos de un contrato cuyos fines era incapaz de cumplir! (1)

368. El art. 312 permite que el marido desconozca al hijo si prueba que durante la concepción, *por efecto de algún accidente*, estuvo en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer. Esto es lo que se llama la impotencia accidental. La ley no especifica ni ha podido especificar los acaecimientos que producen esa impotencia, tales como la mutilación ó una herida grave; sin embargo, la palabra *accidente* parece indicar un mal extremo, y excluir, en consecuencia, á la enfermedad cuyo principio sería interno. Lo que confirma tal interpretación es que la ley quiere que la imposibilidad de cohabitación sea absoluta, por lo menos en el sentido de que no deje duda alguna, y ciertamente que no es así una enfermedad interna, por larga que se la suponga. (2) La discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado no deja, á nuestro juicio, duda alguna acerca de esta cuestión. El proyecto que presentó la Sección de Legislación decía: «El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. La ley no admite contra esta paternidad ni la excepción de adulterio de la mujer ni la alegación de impotencia natural ó accidental del marido.» En el Consejo de Estado fué censurada esta disposición como demasiado absoluta. Sin duda alguna, dijo Meleville, que el matrimonio forma una presunción de paternidad, pero es una presunción que no excluye la prueba contraria, únicamente el favor de los hijos y la tranquilidad de las

1 Duveyrier, Discursos, núm. 14 (Locré, t. III, p. 126).
2 Durantón, t. III, p. 40, núm. 42. Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 290 y nota 99.

tencia natural? A primera vista parece que esta es una causa perentoria de desconocimiento, supuesto que hay imposibilidad absoluta de cohabitación. Por esto en el antiguo derecho se admitía la impotencia. Pero probarla era, á la vez, escandaloso é incierto. Bigot-Préameneu comprueba el hecho en la Exposición de Motivos. «Las personas que ejercen el arte, dice, no tienen ningún medio para penetrar este misterio, y ha sucedido que algún marido cuyo matrimonio fué disuelto á causa de impotencia obtuvo en otro matrimonio numerosa posteridad.» (1) La prohibición del art. 313 tiene, además, otros fundamentos. Hay un viejo adagio por el cual nadie es escuchado, en justicia, cuando alega su propia torpeza. La máxima es vaga y demasiado absoluta; debe limitarse al caso en que el actor invoca su ignominia, es decir, su culpa, para apoyar en ella una pretensión que concierne á su interés. Cuando hay comprometido un interés general la ley permite que se invoque su torpeza como base de la acción. Así es que el cónyuge culpable de bigamia ó de incesto es admitido á pedir por tales capítulos la nulidad de su matrimonio, porque la nulidad es de público interés. Pero cuando la demanda es de interés privado puede decirse al que la funda en culpa suya que á él corresponde soportar las consecuencias de su ignominia del mismo modo que en general debemos sufrir el daño que nos acontece por imprudencia ó negligencia. Duveyrier aplica este principio al cónyuge que conociendo su impotencia se casa. Se indigna contra el cinismo imprudente de un hombre que revelase su propia torpeza para deshonrar á su compañera, que es su víctima; cubre de escarnio la mala fe de ese hombre impotente que prometió paternidad á su cónyuge y á la socie-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de Motivos, núm. 4 (Locré, t. III, p. 86).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

familias deben hacer difícil al legislador la admisión de tales pruebas. Así la última jurisprudencia tal vez haya desechado sabiamente la alegación de impotencia por causa de enfermedad, porque se han visto ejemplos tan extraordinarios que no dejan base cierta para asentar un juicio. Pero, continúa Maleville, existe una especie de impotencia accidental acaecida después del matrimonio, sea en los combates militares, sea por otra causa cualquiera, la cual no permite la menor duda. El Primer Cónsul habló en el mismo concepto. «La impotencia accidental, dijo, es un *hecho físico acerca del cual no es posible engañarse.*» En virtud de tales observaciones se admitió la impotencia accidental como causa de desconocimiento. (1) En la segunda discusión Berlier hizo notar que las palabras *impotencia accidental* no expresaban con bastante claridad la idea que se quiere expresar. Bérenger fué de la misma opinión: la palabra *accidental* dijo, significaría una impotencia cualquiera; propuso que se dijera impotencia *sobrevenida*. Tronchet, apesar de abundar en esta manera de ver, halló que la redacción no era todavía demasiado clara. La ley, dijo, debe explicarse de manera que haga comprender que quiere hablar de una impotencia *evidente y material y no de la que podía ser consecuencia de una enfermedad.* Tronchet propuso que á las palabras *impotencia accidental* se agregasen éstas: *que produzca imposibilidad física y duradera de tener hijos.* Se adoptó tal enmienda y pasó al texto definitivo con una ligera modificación. (2) Bigot Préameneau reproduce la substancia de esta discusión. Se lee en la Exposición de Motivos (núm. 4): «La ley no ha debido admitir contra la presunción de paternidad re-

1 Sesión de 14 Brumario, año X, núm. 5 (Locré, t. III, ps. 21 y siguientes).
2 Sesión de 12 Frimario, año X [Locré, t. III, p. 67].

sultante del matrimonio, más que los accidentes que hacen físicamente imposible la cohabitación. Ha prevenido también todas ésas causas escandalosas que tienen por pretexto enfermedades más ó menos graves ó accidentes de los cuales ninguna consecuencia pueden sacar las personas del arte.»

De todos modos debemos añadir que Duveyrier, el Orador del Tribunado, da una interpretación más amplia á la ley: «Sería insensatez, dice, querer detallar las especies, los casos, los accidentes que pueden producir la impotencia accidental, sea que se trate de una herida, de una mutilación, de *una enfermedad grave y prolongada*. Basta saber que la causa debe ser tal y probada de tal modo en el presunto intervalo de la concepción, que no sea posible suponer un instante sólo en que el marido haya podido volverse padre (1). La opinión de Duveyrier ha dominado á varios autores (2). Nos parece que el Consejo de Estado la rechazó muy positivamente. Sin duda que es posible que la enfermedad impida al marido cohabitar con su mujer; es posible, pues, que la interpretación restrictiva que damos á la ley esté en oposición con la realidad y que atribuya al marido una paternidad que le sea extraña. Pero tengamos presente que el legislador quiere la evidencia para permitir al marido que repudie al hijo. El primer Cónsul proclamó este principio de una manera enérgica. «Jamás puede haber interés, dijo, en privar de su estado á un desventurado niño; no hay que forzar á sus padres á que lo reconozcan.» Los legistas del Consejo de Estado participaban de esa manera de juzgar. La duda, dice Boulay, se interpreta á favor del hijo (3).

1 Duveyrier, *Discursos*, núm. 14 (Locré, t. III, p. 125).
2 Toullier, t. II, num. 810; Proudhon, t. II, p. 28; Demolombe; tomo V, p. 33, núm. 32.
3 Sesión de 14 Brumario, año X, núms. 4 y 8 (Locré, t. III, páginas 20 y 22.

369. Se pregunta si la impotencia accidental es una causa de desconocimiento cuando es anterior al matrimonio. Los autores e tán divididos (1). No vacilamos en contestar negativamente. El texto deja indecisa la cuestión, no pudiendo entenderse la palabra *accidente* de una causa precedente al matrimonio como de una causa posterior. Debemos, pues, acudir al espíritu de la ley. Acabamos de asistir á la discución del Consejo de Estado; todos los que en ella tomaron parte supusieron que el accidente sobrevenia durante el matrimonio. Esta suposición no es todavía una razón para decidir, pero recordemos el motivo por el cual el legislador prohibe al marido que alegue su impotencia natural, aun cuando pudiera comprobarse; no es admitido el marido á invocar su falta para hacer recaer la imposibilidad sobre la mujer y el hijo á quien ésta dió la vida. Esto decide la cuestión. La falta del marido es la misma, sea accidental ó natural la impotencia, y hasta es mayor en caso de accidente, porque es imposible que él lo ignore, por lo menos en la opinión que rechaza la enfermedad interna como causa de desconocimiento.

§ II —Imposibilidad moral de cohabitar.

370. En el derecho antiguo era discutible la cuestión de saber si la imposibilidad moral de cohabitar autorizaba el desconocimiento. D Aguesseau no admitía más causas para el desconocimiento que el alejamiento del marido y su impotencia. Los autores del Nuevo Denisart profesaban, por el contrario, que los tribunales podían decidir, según las

1 Véanse los autores citados en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 40. Hay que agregar á Marcadé, t. II, p. 3, art. 312, núm. 2, respecto á la opinión que estamos enseñando, y Demante en contra (t. II, p. 52, núm. 39 *bis*, 3°

circunstancias, que había un obstáculo moral al contacto de los esposos, y que esta imposibilidad moral podía ser tan fuerte como la física (1). El Código resuelve la controversia. En principio rechaza la imposibilidad moral como causa de desconocimiento; el art. 312 quiere que haya imposibilidad *física*. Tronchet nos da la razón. La imposibilidad moral es siempre incierta. No se puede ir más allá de la imposibilidad física sin caer en lo arbitrario y sin dar lugar á fraudes. Tronchet confesaba que la realidad podía estar en contradicción con las presunciones de la ley, y que hijos ilegítimos podían ser considerados como legítimos merced á esta ficción (2). Esta objeción no detuvo á los autores del Código. El Primer Cónsul acaba de decirnos lo que importa, sobre todo, á la sociedad, que es mantener la legitimidad. El art. 313 admite una excepción á esta regla; pero siendo excepción es de estricta interpretación. Desde el momento en que ya no se está dentro de los límites del art. 313 se torna á la regla, y ésta prohibe el desconocimiento por imposibilidad moral. La Corte de Casación así lo ha resuelto (3) y en verdad que no puede haber la menor duda sobre este punto. ¿Quién lo creería? Hay sentencias en sentido contrario de las cortes de Bastia y de Burdeos (4). Se invoca la antigua jurisprudencia, se invoca el derecho romano, como si no hubiese un Código Napoleón. Desconfiemos de la ciencia indigesta y dejemos en su lugar el derecho antiguo cuando el nuevo lo deroga.

371. El art. 313, después de haber dicho que el marido no podía desconocer al hijo alegando impotencia natural,

1 D'Aguesseau, Alegato XXIII (Obras, t. II, ps. 542 y siguientes, *Nuevo Denisart*, en la palabra *Cuestiones de estado*, pfo 1, números 6 y siguientes).

2 Sesión de 16 Brumario, año X, núm. 3 (Locré, t. III, p. 35).

3 Sentencia de 2 de Junio de 1849 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 61).

4 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núms. 62 y 294.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

369. Se pregunta si la impotencia accidental es una causa de desconocimiento cuando es anterior al matrimonio. Los autores e tán divididos (1). No vacilamos en contestar negativamente. El texto deja indecisa la cuestión, no pudiendo entenderse la palabra *accidente* de una causa precedente al matrimonio como de una causa posterior. Debemos, pues, acudir al espíritu de la ley. Acabamos de asistir á la discución del Consejo de Estado; todos los que en ella tomaron parte supusieron que el accidente sobrevenia durante el matrimonio. Esta suposición no es todavía una razón para decidir, pero recordemos el motivo por el cual el legislador prohibe al marido que alegue su impotencia natural, aun cuando pudiera comprobarse; no es admitido el marido á invocar su falta para hacer recaer la imposibilidad sobre la mujer y el hijo á quien ésta dió la vida. Esto decide la cuestión. La falta del marido es la misma, sea accidental ó natural la impotencia, y hasta es mayor en caso de accidente, porque es imposible que él lo ignore, por lo menos en la opinión que rechaza la enfermedad interna como causa de desconocimiento.

§ II —Imposibilidad moral de cohabitar.

370. En el derecho antiguo era discutible la cuestión de saber si la imposibilidad moral de cohabitar autorizaba el desconocimiento. D Aguesseau no admitía más causas para el desconocimiento que el alejamiento del marido y su impotencia. Los autores del Nuevo Denisart profesaban, por el contrario, que los tribunales podían decidir, según las

1 Véanse los autores citados en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 40. Hay que agregar á Marcadé, t. II, p. 3, art. 312, núm. 2, respecto á la opinión que estamos enseñando, y Demante en contra (t. II, p. 52, núm. 39 *bis*, 3°

circunstancias, que había un obstáculo moral al contacto de los esposos, y que esta imposibilidad moral podía ser tan fuerte como la física (1). El Código resuelve la controversia. En principio rechaza la imposibilidad moral como causa de desconocimiento; el art. 312 quiere que haya imposibilidad *física*. Tronchet nos da la razón. La imposibilidad moral es siempre incierta. No se puede ir más allá de la imposibilidad física sin caer en lo arbitrario y sin dar lugar á fraudes. Tronchet confesaba que la realidad podía estar en contradicción con las presunciones de la ley, y que hijos ilegítimos podían ser considerados como legítimos merced á esta ficción (2). Esta objeción no detuvo á los autores del Código. El Primer Cónsul acaba de decirnos lo que importa, sobre todo, á la sociedad, que es mantener la legitimidad. El art. 313 admite una excepción á esta regla; pero siendo excepción es de estricta interpretación. Desde el momento en que ya no se está dentro de los límites del art. 313 se torna á la regla, y ésta prohibe el desconocimiento por imposibilidad moral. La Corte de Casación así lo ha resuelto (3) y en verdad que no puede haber la menor duda sobre este punto. ¿Quién lo creería? Hay sentencias en sentido contrario de las cortes de Bastia y de Burdeos (4). Se invoca la antigua jurisprudencia, se invoca el derecho romano, como si no hubiese un Código Napoleón. Desconfiemos de la ciencia indigesta y dejemos en su lugar el derecho antiguo cuando el nuevo lo deroga.

371. El art. 313, después de haber dicho que el marido no podía desconocer al hijo alegando impotencia natural,

1 D'Aguesseau, Alegato XXIII (Obras, t. II, ps. 542 y siguientes, *Nuevo Denisart*, en la palabra *Cuestiones de estado*, pfo 1, números 6 y siguientes).

2 Sesión de 16 Brumario, año X, núm. 3 (Locré, t. III, p. 35).

3 Sentencia de 2 de Junio de 1849 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 61).

4 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núms. 62 y 294.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

agrega: «Ni aun por causa de adulterio podrá desconocerlo, á menos que se le haya ocultado el nacimiento, en cuyo caso se le admitirá que justifique que él no es el padre.» Los hechos propios para justificar que él no es el padre constituyen lo que se llama la imposibilidad moral. Se ve que la ley no la admite de una manera pura y sencilla sino que la subordina á condiciones rigorosas, condiciones que por sí solas son ya una fuerte presunción de ilegitimidad. La aplicación del principio establecido por el art. 313 ha dado margen á prolongadas controversias. Hay un punto en el cual todos están de acuerdo, y son las condiciones que se requieren para que haya lugar al desconocimiento.

La primera es el adulterio. Cuando el adulterio está establecido hay una probabilidad tan grande de que el niño dado á luz por la mujer no pertenezca al marido que asombra, á primera vista, que la ley no permita al marido desconocerlo por esta sola causa. Los jurisconsultos romanos nos dan la razón, y es perentoria: á pesar del adulterio el hijo puede pertenecer al marido (1). Duveyrier se subleva contra esta suposición y, hay que confesarlo, implica una perversidad singular en la mujer que se entrega á su marido cuando lo detesta hasta el punto de faltar á la fe conyugal (2). Pero el Orador del Tribunado se olvida de que se trata de una mujer adúltera á quien una inmoralidad más no debe costar mucho, sobre todo cuando dicha inmoralidad le permite entregarse con facilidad á sus vergonzosas pasiones.

De todas maneras lo cierto es que el adulterio origina una presunción grave en contra de la legitimidad del hijo, pero con una condición: y es que las relaciones adulterinas

1 *Potest, enim uxor adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.* L. II, pfo. 9, D., *ad legem Juliam de adulteriis* (XLIII, 5)
2 Duveyrier, *Discursos*, núm. 15 (Locré, t. III, p. 126).

hayan existido en la época presumible de la concepción. La ley no lo dice, pero lo dice en buen sentido. Y no hay lugar, como lo hace Demolombe, para separarse de este principio tomando del derecho canónico la detestable máxima de que la que ha delinquido una sola vez puede presumirse que es siempre culpable. En materia de presunciones no conocemos más que las que el Código establece, y éste se ha cuidado muy bien de presumir que el hombre sea incorregible (1). Una sentencia de la Corte de Aix resolvió, conforme á nuestra opinión, que el marido debe probar que el adulterio coincide con la época precisa de la concepción del niño; en consecuencia, rechazó como insuficientes cartas sin fecha ó cartas cuya fecha había sido desgarrada, por más que ellas prueben relaciones culpables (2).

372. La segunda condición exigida por el art. 313 es que el nacimiento se haya ocultado al marido; cuando se discutió en el Consejo de Estado el Primer Cónsul y Tronchet hicieron notar que este hecho era una de las más fuertes presunciones contra la legitimidad del hijo (3). Cuando la madre ha permanecido fiel á su deber se siente dichosa de su concepción y ofrece con alegría su recién nacido al que es su padre. Y si pone cuidado en ocultar al marido el nacimiento del niño ella misma se acusa; equivale esto á una confesión, no sólo de su adulterio sino también de la convicción en que ella está de que ese niño no pertenece al marido. Los oradores del Tribunado llegan hasta á decir que la conducta de la mujer es un indicio cierto y prueba casi evidente de que el hijo es ilegítimo. El Código no va tan lejos, y con razón. Cuando la mujer oculta el nacimiento del hijo á su marido prueba con ello

1 Demolombe, t. V, p. 50, núm. 7. Valette acerca de Proudhón t. II, p. 32. Marcadé, t. II, art. 313, núm. 11, p. 7.
2 Sentencia de Aix de 11 de Enero de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 85).
3 Sesión de 16 Brumario, año X, núm. 10 (Locré, t. III, p. 40).

que impida el desconocimiento agravando su falta por la publicidad dolosa que ella le da. Esto es muy cierto, pero la doctrina consagrada por la Corte de Casación no impedirá este fraude á la ley. La mujer no tiene más que declarar el embarazo al marido; aun cuando lo hiciese por provocación y desafío, aun cuando lo hiciese por imposibilitar el desconocimiento, el marido no tendría el derecho de desconocer al hijo. ¿Por qué? porque no hay texto. En resumen, hay vacío en la ley. El legislador ha supuesto una mujer que por confesión tácita testifica contra el hijo; y el juez se halla en presencia de una mujer desvergonzada que proclama sus desórdenes. Este es un caso muy diferente del que la ley ha previsto. Esto decide la cuestión en favor del hijo.

¿Cómo se rinde la prueba de que el nacimiento se ha ocultado al marido? Esta es una cuestión de hecho que se abandona á la apreciación del juez. Sin embargo, hay un punto que es de derecho, y es que el nacimiento debe haber sido ocultado por la mujer, porque se trata de una confesión, y la confesión sólo del culpable puede emanar. Se ha fallado en varias ocasiones que la inscripción del hijo en los registros del Estado Civil con falsos nombres ó como nacido de padre desconocido es bastante para que el marido sea admitido á la prueba de imposibilidad moral de cohabitar (1). Sólo con una reserva puede admitirse esta jurisprudencia, y es que la falsa declaración se haya hecho á sabiendas de la madre y por su voluntad. Aquí vemos aún que la confesión de la verdad, es decir, la declaración hecha en nombre de la madre que ha parido, no permite al marido desconocer al hijo aun cuando la madre declarase que es adulterino. Y es que la ley no permite á la madre

1 Véanse las sentencias en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núms. 45 y 59.

arrebatar al hijo el beneficio de la presunción de legitimidad. Si la ley admite la confesión tácita es porque este grito involuntario de la conciencia alega contra la madre y no contra el hijo.

373. La tercera condición que exige el art. 312 es la prueba de la imposibilidad moral ó, como dice la ley, de los hechos apropósito para justificar que el marido no es el padre del hijo. Cuestión esencialmente de hecho. Se ha fallado en varias ocasiones que si el hijo fué concebido durante el procedimiento del divorcio la animosidad que divide á los cónyuges, el aborrecimiento que se manifiesta en todos sus actos, hacían imposible todo contacto. (1) Esta imposibilidad no bastaría por sí sola para autorizar el desconocimiento, y ya hemos dado la razón. Pero cuando la probabilidad moral está fortificada por la prueba del adulterio, por la prueba de que la mujer ha ocultado el nacimiento del niño á su marido, entonces toma la forma de una certidumbre, ante la cual debe ceder la presunción de paternidad.

374. Se pregunta si para ser admitido á la prueba de la imposibilidad moral el marido debe rendir previamente la prueba de adulterio y después la de que se le ha ocultado el hecho del nacimiento. Acerca de esta cuestión hay una especie de conflicto entre la doctrina y la jurisprudencia; pero los autores, por su parte, no están entre sí de acuerdo. A primera vista el texto parece resolver la dificultad porque establece que «el marido no podrá desconocer al hijo ni por *causa de adulterio, á menos que se le haya ocultado el nacimiento, en cuyo caso se le admitirá* á que proponga todos los hechos oportunos para justificar que él no es el padre. Las expresiones en cuyo caso *se le* admitirá parecen indicar que el marido no será *aceptado*

1 Sentencias de París de 4 de Diciembre de 1820 y de 27 de Julio de 1826 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 45 y 59).

para rendir la prueba de la imposibilidad moral sino con ciertas condiciones; es decir, si se ha probado el adulterio así como el disimulo de la preñez y del parto; de donde se inferiría que se puede oponer al marido un fin de no recibir mientras no haya satisfecho aquellas condiciones. Parece que el Tribunado entendió el art. 313 en ese sentido; dice en sus observaciones: «Se juzga que *para ser admitido á la prueba* no basta que haya adulterio por parte de la mujer sino que, además, se necesita que el nacimiento del hijo se haya ocultado al marido.» (1) Bigot-Préameneau supone también que la mujer ha sido condenada por adulterio; si, además, oculta á su marido el nacimiento del hijo, éste, aunque repelido de la familia por padre y madre, puede siempre invocar la presunción de paternidad, pero en tal caso el marido podrá rendir la prueba contraria, la de la imposibilidad moral de cohabitar. (2) Duveyrier abunda en esta opinión. «Fuerza es, dice, que el adulterio sea patente, y sólo puede serlo por medio de un fallo; fuerza es que la mujer haya ocultado á su marido el nacimiento del hijo adulterino. *Y cumplidas estas dos condiciones* se necesita, además, que el marido presente la prueba de los hechos conducentes á justificar que otra persona es el padre del niño.» (3)

Merlín sostuvo tal sistema en la Corte de Casación, pero sin éxito; dice en su Repertorio que lo hizo dominado por la autoridad de los oradores del Gobierno y del Tribunado, más que por convicción personal. (4) Las opiniones enunciadas en la Exposición de Motivos y en los discursos pronunciados en el Cuerpo Legislativo, lo mismo que las observaciones del Tribunado, sólo tienen cierta autoridad de doctrina: la razón y el texto son los que deben decidir. Ahora bien, el texto no dice lo que se le hace decir. Respecto al adulterio esto es cierto; decir que el marido no puede desconocer ni por causa de adulterio no quiere decir que el marido deba desde luego procurar que la mujer sea condenada por adulterio para que su demanda de desconocimiento sea admisible; todo lo que del texto resulta es que debe haber adulterio y, por lo mismo, que debe *comprobarse*. Para exigir la prueba previa del adulterio por un fallo que condene á la mujer es ir más allá de la ley. Ahora bien, en materia de desconocimiento si debe interpretarse siempre la ley en favor de la legitimidad no se puede, sin embargo, crear condiciones que la ley no prescribe: ¡todo el texto, pero ni una palabra más que el texto! La jurisprudencia es de este sentir, y la doctrina ha abandonado la condición de la prueba previa del adulterio.

1 Observaciones del Tribunado, núm. 5 (Locré, t. III, p. 76).
2 Bigot-Préameneu, Exposición de Motivos, núm. 5 (Locré, tomo III; p. 86).
3 Duveyrier, Discursos, núm. 15 (Locré, t. III, p. 127).
4 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Legitimidad*, sección II, párrafo 2°; t. XVII, p. 419 de la edición en 8°

La cuestión es más dudosa en lo que concierne al hecho de que el nacimiento ha sido ocultado al marido. Según el texto hay que expresar que la ocultación del nacimiento es una condición requerida para hacer admisible la acción de desconocimiento; por esto es que la Corte de Casación así lo falló en la misma sentencia que decide que no es necesario presentar la prueba previa del adulterio. (1) Pero las cortes admiten generalmente que el marido debe principiar por articular y probar previamente la ocultación del nacimiento, y que puede proponer simultáneamente ciertos hechos propios para probar las tres condiciones previstas por el art. 313. La misma Corte de Casación así lo

1 Sentencia de la Corte de Casación de 8 de Julio 1812 y las otras sentencias citadas en Dallez, en la palabra *Paternidad*, número 45.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ha fallado por sentencia posterior. (1) Ella dice que en el texto no existe un juicio previo, lo cual es cierto; pero decir que debe haberse ocultado el nacimiento para que el marido sea admitido á la prueba de la imposibilidad moral es exigir que se pruebe este hecho antes de que se proceda á la prueba de la imposibilidad moral. Esto está también fundado en la razón. ¿Para qué entablar un procedimiento sobre la imposibilidad moral de cohabitar cuando no se ha ocultado el nacimiento? La Corte de Casación confiesa que el tribunal debe comprobar desde luego la ocultación del nacimiento. Si esto es así ¿no es lógico que compruebe el hecho por un juicio? Si no se ha probado que se haya ocultado la averiguación sobre la imposibilidad moral de cohabitar sería frustratoria bajo el punto de vista de los gastos y del tiempo perdido, y además daría lugar á un escándalo inútil, escándalo que el interés de la mujer, del hijo y de la familia deben hacer desviar. (2)

Se presenta una objeción muy especiosa contra esta distinción entre la prueba del adulterio y la de la ocultación del nacimiento. También el adulterio, dícese, debe probarse, y en tanto que no quede establecido es inútil dar el escándalo de una investigación que tienda á mancillar á la madre y al hijo. Nosotros contestamos con la Corte de Burdeos que es grande la diferencia entre el adulterio y la ocultación del nacimiento; este último hecho no tiene relación íntima con la prueba de la imposibilidad moral de cohabitación, por lo menos en el sentido de que puede suceder que se haya ocultado el nacimiento y que, no obstante, el hijo pertenezca al marido, como puede suceder que no

1 Sentencia de 9 de Mayo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 175) y sentencia de Metz de 9 de Diciembre de 1825 (*ibid.*, núm. 45).

2 Fallado así por la Corte de Burdeos, sentencia de 21 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1854, 5, 382, núm. 4).

se haya ocultado el nacimiento y que el marido no sea el padre del niño; siendo distintos los dos hechos la prueba de uno de ellos debe rendirse independientemente de la prueba del otro. No sucede lo mismo con la prueba del adulterio, que tiene íntima relación con la imposibilidad moral, supuesto que ésta hace probable el adulterio y éste hace probable la imposibilidad. Nada puede, pues, impedir que la prueba de los dos hechos se haga concurrentemente.

375. ¿Quiere esto decir que el marido no necesite rendir la prueba directa del adulterio y que esta prueba resulte suficientemente de la imposibilidad moral en que estaba el marido para cohabitar con su mujer? Las primeras sentencias pronunciadas por la Corte de Casación acerca de esta delicada cuestión deciden formalmente que es inútil la prueba directa y distinta del adulterio. Después de haber dicho que la ocultación del nacimiento del hijo es la única condición que la ley exige para admitir el desconocimiento fundado en el adulterio de la mujer, la Corte agrega: *La misma prueba jurídica del adulterio no tendría absolutamente objeto, no pudiéndose rendir la prueba de que el marido no es el padre del hijo desconocido sin provocar necesariamente la prueba del adulterio de la mujer*, y sin duda por este motivo es por lo que la ley no exige que el adulterio de la mujer se compruebe por un juicio previo. (1) La mayor parte de los autores han combatido vivamente esta doctrina, (2) y con razón, porque confunde los dos hechos que el marido debe probar con la conexión de las pruebas destinadas á establecerlos. No es exacto decir con la Corte de Casación que

1 Sentencia de 25 de Enero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 45, p. 177).

2 Zachariæ y sus anotadores Aubry y Rau, t. III, ps. 637-640, Marcadé, t. II, ps. 7-10, art. 313, núm. 3.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el desconocimiento autorizado por el art. 313 esté fundado en el adulterio, supuesto que lo está en la imposibilidad moral de cohabitación. El texto y el espíritu de la ley son formales, y hemos comenzado por establecer este punto que no da lugar á dudas: el adulterio, así como la ocultación del nacimiento, son condiciones ó, si se quiere, circunstancias agravantes con las cuales el legislador no habría admitido la imposibilidad moral como causa de desconocimiento. Hay, pues, que probar dos condiciones ó dos hechos: el adulterio y la ocultación. Decir que el adulterio debe probarse directamente porque la prueba resultará necesariamente de la imposibilidad moral, equivale á eliminar uno de los hechos: el adulterio. En teoría aun debía rendirse previamente la prueba del adulterio, lo mismo que la de la ocultación, y los Oradores del Gobierno y del Tribunado se han visto obligados á profesar esta opinión en virtud de la fuerza de los principios. No reflexionaron que siendo conexas las pruebas de los dos hechos no hay una razón suficiente para que uno de ellos se establezca independientemente y antes que el otro. Pero se debe sostener su doctrina en el sentido de que los dos hechos deben probarse directamente, aunque esto tenga que hacerse por la misma diligencia.

Una sentencia reciente de la Corte de Casación se ha aproximado á la doctrina de los autores. En ella se lee, en verdad, que el art. 312 no exige que la prueba del adulterio se administre de una manera especial y distinta; esto hace recordar la primera doctrina consagrada por la Corte Suprema. Pero la Corte de Casación agrega: «El art. 313 entiende únicamente que se establezca el adulterio de una manera *positiva, al mismo tiempo* que los demás hechos, de cuyo conjunto resulta la no paternidad del marido.» La sentencia corrobora en seguida que los motivos de la decisión atacada prueban ampliamente el adulterio de la mujer. (1) Si el adulterio debe probarse de una manera positiva, *al mismo tiempo* que los hechos constituyentes de la imposibilidad moral, todo lo que de aquí resulta es que la prueba es conexa; pero las dos condiciones siguen siendo diferentes y, en consecuencia, deben probarse de un modo especial y, en este sentido, distinto, diga lo que quiera la Corte. Nosotros aceptamos la última sentencia, pero insistiendo en la necesidad de una prueba directa. (2)

376. ¿La separación de cuerpos es una causa de imposibilidad moral para cohabitar y puede originar el desconocimiento? Basta plantear la cuestión para que quede resuelta. La separación de cuerpo deja que subsite el matrimonio y el deber de fidelidad inherente. Luego el hijo concebido después de la separación de cuerpos puede invocar la presunción del art. 312. El marido no puede combatir esta presunción sino á causa de imposibilidad moral para cohabitar y, en causa de imposibilidad moral, en el caso y condiciones determinadas por el art. 313. No existe imposibilidad física ni moral para cohabitar, en el sentido legal de la palabra, entre cónyuges separados de cuerpo. Por lo mismo el marido no puede desconocer al hijo. La Corte de Ruen falló en sentido contrario, dando razones excelentes, pero que todas ellas deben dirigirse al legislador. La presunción del art. 312, dice la Corte, no sólo supone el matrimonio sino también la cohabitación; es decir, la vida común: ahora bien, la separación de cuerpos rompe la vida común y, en consecuencia, la cohabitación. Por tanto, la presunción de la paternidad ya no tiene base y debe hacerse á un lado, á menos que se pruebe que ha habido contacto entre los cónyuges. Teóricamente, bajo el punto de

1 Sentencia de 31 de Julio de 1866 (Dalloz, 1867, I, 297).
2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V, p. 45, núm. 46.

vista legislativo, nada puede contestarse á tal razonamiento. Pero colocándose en el terreno de los principios consagrados por el Código Civil es sencillísima la contestación dada por la Corte de Caen y por la mayor parte de los autores. Cuando el hijo ha sido concebido durante el matrimonio el padre no puede desconocerlo sino en los casos previstos por la ley; el desconocimiento, es pues, un derecho excepcional, y si alguna vez una excepción debe ser de estricta interpretación es cuando ella destruye la presunción de paternidad. Esto decide la cuestión, y es inútil recurrir á los trabajos preparatorios para probar lo que es más claro que la luz del día. (1)

La dificultad ha sido resuelta en Francia por una ley, la de 6 de Diciembre de 1850, expedida á propuesta de Demante, miembro de la Asamblea Nacional. Está concebida en estos términos: «En caso de separación de cuerpo pronunciada, y aun simplemente demandada, el marido podrá desconocer al hijo que haya nacido trescientos días después del mandamiento del presidente, expedido en los términos del art. 378 del Código de Procedimientos Civiles, y menos de ciento ochenta días después de desechada la demanda ó después de la reconciliación. La acción de desconocimiento no será admitida si ha habido de hecho reunión de los cónyuges. (2)

§ III.—DE LOS FINES DE NO RECIBIR.

377. ¿Puede el marido renunciar el derecho que la ley le otorga de desconocer al hijo por causa de imposibilidad de cohabitación? Cuando el hijo nace en el día ciento ochenta del matrimonio, la ley da al marido el derecho absoluto de desconocerlo, á menos que tácitamente haya reconocido su legitimidad; el art. 314 determina los casos en que hay reconocimiento tácito. Si la ley admite el reconocimiento tácito con más razón debe admitir el reconocimiento expreso. Si el marido puede renunciar á su acción cuando el hijo fué concebido antes del matrimonio debe resolverse, con mayor razon, que tiene ese derecho cuando el hijo es concebido durante el matrimonio. Es cierto que la ley no lo expresa, pero también lo es que no lo necesitaba. El silencio del marido es suficiente para asegurar la legitimidad del hijo. Este silencio supone que el marido reconoce al hijo como suyo. Aun cuando hubiese habido imposibilidad física ó moral para cohabitar el marido puede renunciar á la acción de desconocimiento; su silencio basta para esto, luego también para el reconocimiento. Podría resultar de esto que un hijo adulterino sea considerado como legítimo. Este es un nuevo favor que la ley otorga á la legitimidad. Pura ficción, en verdad, pero el legislador prefiere la ficción, en esta materia, al escándalo de la realidad. El reconocimiento puede ser expreso ó tácito, como cualquiera manifestación de voluntad. En el caso del artículo 314 la ley define y limita los hechos de donde resulta el reconocimiento tácito. No hay lugar á aplicar estas restricciones al caso del art. 312; estando muda la ley todo entra al dominio de los principios generales. Hay, por otra parte, una razón de diferencia: el estado del hijo concebido antes del matrimonio es mucho menos favorable que el del hijo concebido durante el matrimonio. Se comprende, pues, que el legislador limite las excepciones que pueden oponerse al desconocimiento del marido cuando el hijo ha sido concebido ilegítimo, mientras que no hay ninguna ra-

1 Véanse las sentencias y los autores citados en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 64.
2 Demante, *Curso Analítico*, t. II, ps. 56-58.

vista legislativo, nada puede contestarse á tal razonamiento. Pero colocándose en el terreno de los principios consagrados por el Código Civil es sencillísima la contestación dada por la Corte de Caen y por la mayor parte de los autores. Cuando el hijo ha sido concebido durante el matrimonio el padre no puede desconocerlo sino en los casos previstos por la ley; el desconocimiento, es pues, un derecho excepcional, y si alguna vez una excepción debe ser de estricta interpretación es cuando ella destruye la presunción de paternidad. Esto decide la cuestión, y es inútil recurrir á los trabajos preparatorios para probar lo que es más claro que la luz del día. (1)

La dificultad ha sido resuelta en Francia por una ley, la de 6 de Diciembre de 1850, expedida á propuesta de Demante, miembro de la Asamblea Nacional. Está concebida en estos términos: «En caso de separación de cuerpo pronunciada, y aun simplemente demandada, el marido podrá desconocer al hijo que haya nacido trescientos días después del mandamiento del presidente, expedido en los términos del art. 378 del Código de Procedimientos Civiles, y menos de ciento ochenta días después de desechada la demanda ó después de la reconciliación. La acción de desconocimiento no será admitida si ha habido de hecho reunión de los cónyuges. (2)

§ III.—DE LOS FINES DE NO RECIBIR.

377. ¿Puede el marido renunciar el derecho que la ley le otorga de desconocer al hijo por causa de imposibilidad de cohabitación? Cuando el hijo nace en el día ciento ochenta del matrimonio, la ley da al marido el derecho absoluto de desconocerlo, á menos que tácitamente haya reconocido su legitimidad; el art. 314 determina los casos en que hay reconocimiento tácito. Si la ley admite el reconocimiento tácito con más razón debe admitir el reconocimiento expreso. Si el marido puede renunciar á su acción cuando el hijo fué concebido antes del matrimonio debe resolverse, con mayor razon, que tiene ese derecho cuando el hijo es concebido durante el matrimonio. Es cierto que la ley no lo expresa, pero también lo es que no lo necesitaba. El silencio del marido es suficiente para asegurar la legitimidad del hijo. Este silencio supone que el marido reconoce al hijo como suyo. Aun cuando hubiese habido imposibilidad física ó moral para cohabitar el marido puede renunciar á la acción de desconocimiento; su silencio basta para esto, luego también para el reconocimiento. Podría resultar de esto que un hijo adulterino sea considerado como legítimo. Este es un nuevo favor que la ley otorga á la legitimidad. Pura ficción, en verdad, pero el legislador prefiere la ficción, en esta materia, al escándalo de la realidad. El reconocimiento puede ser expreso ó tácito, como cualquiera manifestación de voluntad. En el caso del artículo 314 la ley define y limita los hechos de donde resulta el reconocimiento tácito. No hay lugar á aplicar estas restricciones al caso del art. 312; estando muda la ley todo entra al dominio de los principios generales. Hay, por otra parte, una razón de diferencia: el estado del hijo concebido antes del matrimonio es mucho menos favorable que el del hijo concebido durante el matrimonio. Se comprende, pues, que el legislador limite las excepciones que pueden oponerse al desconocimiento del marido cuando el hijo ha sido concebido ilegítimo, mientras que no hay ninguna ra-

1 Véanse las sentencias y los autores citados en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 64.
2 Demante, *Curso Analítico*, t. II, ps. 56-58.

zón para restringirlas cuando el hijo fué concebido legítimamente (1).

378. ¿Puede el marido desconocer al hijo á causa de imposibilidad física ó moral de cohabitación cuando el hijo no es viable? Creemos que la negativa no ofrece ninguna duda, á pesar del disentimiento de un excelente ingenio. ¿Puede haber acción sin interés? ¿y en dónde está el interés del marido para desconocer á un hijo que á los ojos de la ley se considera como si nunca hubiese existido? El hijo que no es declarado viable no es una persona y, en consecuencia, no disfruta de ningún derecho, es una no existencia. ¿Y puede concebirse una acción dirigida contra la nada? Proudhón enseña, no obstante, la afirmativa, y ni siquiera le parece dudosa. El texto del art. 314 le parece decisivo. La ley dice que el marido no puede desconocer al hijo que ha nacido en el día ciento ochenta del matrimonio si el hijo no ha sido declarado viable.

La ley no establece la misma excepción para los hijos concebidos durante el matrimonio; no es, pues, permitido admitirla porque las excepciones no son extensibles. Nosotros contestamos que hay excepciones que se extienden, y son las que no hacen más que aplicar un principio general, y que existirían por más que la ley no las consagrase formalmente. De esta especie es la no viabilidad. No es otra cosa que la ausencia de interés, y sin interés no hay acción. Proudhón niega que el marido no tenga interés en el caso de que el niño haya sido concebido durante el matrimonio; en efecto, esa concepción prueba el adulterio de la mujer si el marido ha estado en la imposibilidad de cohabitar con ella, y probado el adulterio el marido puede pedir el divorcio ó la separación de cuerpo. Valette ha

1 Zachariæ, traducción de Aubry y Rau, t. III, p. 641, nota 55, pfo. 546.

contestado á la objeción. Trátase de saber si el marido tiene interés en desconocer al hijo no viable. Ahora bien, el derecho de pedir el divorcio por causa de adulterio no es un interés que legitime el desconocimiento. Este se dirige contra el hijo y supone que es fruto del adulterio; mientras que el divorcio es solicitado contra la mujer, importando poco que el hijo sea ó no sea adulterino. El interés que el marido tiene en la demanda de divorcio nada tiene, pues, de común con el que tiene en el desconocimiento. Esto decide la cuestión.

SECCION II.—Del hijo concebido antes del matrimonio y nacido durante éste.

§ I —Del derecho de desconocimiento.

379. Por las presunciones establecidas por la ley acerca de la duración del embarazo el niño que nace antes de ciento ochenta días del matrimonio ha sido concebido antes de éste. Por lo mismo el marido debe tener derecho absoluto para desconocerlo, probando que por la fecha de nacimiento no pertenece al matrimonio. El Código Civil consagra implícitamente este derecho al decir en su art. 314 que «el hijo que ha nacido antes de ciento ochenta días del matrimonio no podrá ser desconocido por el marido en los siguientes casos: 1.°, si él ha tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio; 2.°, si ha asistido al acta del nacimiento; 3.°, si el hijo no ha sido declarado viable.» Así, pues, el marido no puede desconocer al hijo cuando lo ha reconocido como suyo ó cuando no tiene ningún interés en poner á discusión su legitimidad. De donde se sigue que si él no lo ha reconocido y si el hijo ha nacido viable el marido puede desconocerlo. Este hijo no tiene en su favor la

zón para restringirlas cuando el hijo fué concebido legítimamente (1).

378. ¿Puede el marido desconocer al hijo á causa de imposibilidad física ó moral de cohabitación cuando el hijo no es viable? Creemos que la negativa no ofrece ninguna duda, á pesar del disentimiento de un excelente ingenio. ¿Puede haber acción sin interés? ¿y en dónde está el interés del marido para desconocer á un hijo que á los ojos de la ley se considera como si nunca hubiese existido? El hijo que no es declarado viable no es una persona y, en consecuencia, no disfruta de ningún derecho, es una no existencia. ¿Y puede concebirse una acción dirigida contra la nada? Proudhón enseña, no obstante, la afirmativa, y ni siquiera le parece dudosa. El texto del art. 314 le parece decisivo. La ley dice que el marido no puede desconocer al hijo que ha nacido en el día ciento ochenta del matrimonio si el hijo no ha sido declarado viable.

La ley no establece la misma excepción para los hijos concebidos durante el matrimonio; no es, pues, permitido admitirla porque las excepciones no son extensibles. Nosotros contestamos que hay excepciones que se extienden, y son las que no hacen más que aplicar un principio general, y que existirían por más que la ley no las consagrase formalmente. De esta especie es la no viabilidad. No es otra cosa que la ausencia de interés, y sin interés no hay acción. Proudhón niega que el marido no tenga interés en el caso de que el niño haya sido concebido durante el matrimonio; en efecto, esa concepción prueba el adulterio de la mujer si el marido ha estado en la imposibilidad de cohabitar con ella, y probado el adulterio el marido puede pedir el divorcio ó la separación de cuerpo. Valette ha

1 Zachariæ, traducción de Aubry y Rau, t. III, p. 641, nota 55, pfo. 546.

contestado á la objeción. Trátase de saber si el marido tiene interés en desconocer al hijo no viable. Ahora bien, el derecho de pedir el divorcio por causa de adulterio no es un interés que legitime el desconocimiento. Este se dirige contra el hijo y supone que es fruto del adulterio; mientras que el divorcio es solicitado contra la mujer, importando poco que el hijo sea ó no sea adulterino. El interés que el marido tiene en la demanda de divorcio nada tiene, pues, de común con el que tiene en el desconocimiento. Esto decide la cuestión.

SECCION II.—Del hijo concebido antes del matrimonio y nacido durante éste.

§ I —Del derecho de desconocimiento.

379. Por las presunciones establecidas por la ley acerca de la duración del embarazo el niño que nace antes de ciento ochenta días del matrimonio ha sido concebido antes de éste. Por lo mismo el marido debe tener derecho absoluto para desconocerlo, probando que por la fecha de nacimiento no pertenece al matrimonio. El Código Civil consagra implícitamente este derecho al decir en su art. 314 que «el hijo que ha nacido antes de ciento ochenta días del matrimonio no podrá ser desconocido por el marido en los siguientes casos: 1.°, si él ha tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio; 2.°, si ha asistido al acta del nacimiento; 3.°, si el hijo no ha sido declarado viable.» Así, pues, el marido no puede desconocer al hijo cuando lo ha reconocido como suyo ó cuando no tiene ningún interés en poner á discusión su legitimidad. De donde se sigue que si él no lo ha reconocido y si el hijo ha nacido viable el marido puede desconocerlo. Este hijo no tiene en su favor la

presunción de paternidad que se funda en la fidelidad que la mujer debe al marido, supuesto que en la época de la concepción la mujer no estaba casada. Luego es ilegítimo en razón de la concepción. Pero aquí vuelve á patentizarse el favor que la ley otorga á la legitimidad. Ella no considera como ilegítimo al hijo concebido antes del matrimonio, sino que, al contrario, lo reputa legitimo por el hecho solo de que nació durante el matrimonio. Para que dicho niño pierda la legitimidad se necesita una acción de desconocimiento. Si el marido no lo desconoce sigue siendo legítimo. La ley supone que el hijo pertenece á quien se casó con la mujer embarazada. Esto, en efecto, es probable, y el legislador hace de esta probabilidad una presunción en favor del hijo.

Pero es grande la diferencia entre esta presunción y la presunción de paternidad que puede invocar el hijo nacido durante el matrimonio. Este no puede ser desconocido sino en el caso de que el marido haya estado en la imposibilidad física ó moral de cohabitar con su mujer, y al marido corresponde rendir esa prueba. Pero si el hijo es concebido antes del matrimonio el marido tiene el derecho absoluto de desconocerlo, sin que tenga que probar más sino que la fecha del nacimiento es anterior á los ciento ochenta días del matrimonio. Esto está fundado en la razón. La ley supone que el hijo pertenece al marido, pero únicamente él puede saber si esta suposición está fundada; es, pues, suficiente con que él la decline para que el hijo ya no pueda prevalerse de ella.

380. ¿Puede el hijo combatir el desconocimiento del marido? Conforme á los términos del art. 314 la acción del marido puede rechazarse en tres casos. Si ha tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio no puede desconocer al hijo. Presúmese entonces que éste le pertenece;

él reconoce tácitamente á ese niño como suyo y, por lo mismo, ya no puede desconocer al hijo que reconoció. ¿Cómo, Dice Bigot Prèameneau, podría admitirse que desmintiese su propio testimonio (1)? La segunda excepción implica también un reconocimiento de la paternidad: «Si el marido ha asistido al acta del nacimiento y si esta acta está firmada por él ó contiene la declaración de que él no sabe firmar.» ¿Qué se entiende por *asistencia?* Esta palabra implica un concurso al acto y no una simple presencia; por esto es que la ley exige que el marido firme el acta; y sólo los declarantes y los testigos, es decir, las partes en el acto, pueden firmar. El espíritu de la ley no deja ninguna duda; se necesita un hecho que dé fe que el hijo pertenece al marido y que lo reconoce como suyo. Esto equivale, pues, á una confesión de legitimidad, y cuando el marido la ha hecho no puede ya desconocerla. Síguese de aquí que si el acta de nacimiento contuviese declaraciones que excluyan la paternidad del marido su concurso al acta del nacimiento no tendría eficacia alguna. Esto resulta de la noción misma del reconocimiento: no puede decirse que el marido reconozca como suyo á un hijo que ha sido declarado nacido de otro padre ó de un padre desconocido. Síguese tambien de aquí que el marido, no obstante que asiste al acto de nacimiento, puede hacer reservas que destruyan la consecuencia que se quisiera deducir de su concurso al acto. No puede oponérsele que la protesta contraria al acto es inoperante; se trata de determinar qué significación haya de darse á la asistencia del marido: pues bien, su reserva prueba que en ella no debe verse un reconocimiento de paternidad (2).

1. Bigot-Préameneu, *Exposición de Motivos*, núm. 10 (Locré, tomo III, p. 87).
2. Demolombe, t. V, ps. 68 y 71; Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 628, nota 14, pfo. 546.

La ley rehusa, además, al marido la acción de desconocimiento cuando el hijo no es viable. Primero, porque el marido ya no tiene ningún interés en el desconocimiento, y no se desconoce la nada. Además, la razón misma por la cual el marido es admitido al desconocimiento viene á caer. En general es cierto que el hijo nacido antes de los ciento ochenta días de matrimonio ha sido concebido ilegitimo; pero esta certidumbre supone que el hijo ha nacido en término; si nace no viable ya no hay certidumbre de que sea un parto natural el que haya debido ser precedido del tiempo ordinario de la preñez. Luego ya no puede haber lugar al derecho absoluto de desconocimiento, pudiendo haber sido concebido el hijo durante el matrimonio. ¿Cuándo nace viable el hijo? La ley abandona la apreciación de esta cuestión á los tribunales, que naturalmente se resolverán por el testimonio de personas del arte. No es suficiente que el hijo viva durante cierto tiempo para que sea viable; su constitución deber ser tal que esté destinado á vivir. Si el hijo nació viable, aun cuando muriese poco tiempo después de su nacimiento, podría desconocerlo el marido, según los términos de la ley. Hay, sin embargo, que agregar una condición resultante de los principios generales: el marido debe tener un mérito porque de lo contrario sería su acción inadmisible.

381. ¿Los fines de no recibir establecidos por el art. 314 son los únicos que al marido puedan oponerse? A primera vista el texto parece restrictivo: «El hijo, dice el art. 314 no podrá ser desconocido por el marido *en los casos siguientes.*» Luego, podría decirse, estos son los únicos fines de no recibir que se pueden oponer al marido. Pero esta interpretación sería demasiado absoluta. Hay que ver si los casos previstos por la ley son la aplicación de un principio general, porque entonces el princio debe aplicarse á todos los casos que

puedan presentarse Ahora bien, acabamos de ver que los números 1 y 2 del art. 314 preveen dos casos de reconocimiento tácito de la paternidad del marido. Si el reconocimiento tácito es un fin de no recibir contra la acción de desconocimiento con mayor razón debe ser lo mismo respecto al reconocimiento expreso, porque la confesión formal que el marido hace de su paternidad tiene más fuerza que una confesión tácita, siendo menos cierta la voluntad tácita que la expresa Esto lo reconocen todos. Se ha dicho que si el reconocimiento se hiciese después del matrimonio y antes del nacimiento el marido podría atacarlo probando que lo hizo en la creencia de que la preñez era posterior al matrimonio (1). Esto es incostetable si el marido prueba que el reconocimiento está viciado por algún error. Sólo que hay que generalizar la decisión y aplicarla á todos los casos de reconocimiento, como más adelante diremos (número 383).

Se pregunta en qué forma debe hacerse el reconocimiento. La ley no prevee el caso de reconocimiento ó, lo que viene á ser lo mismo, el caso de renuncia expresa; el silencio de la ley decide la cuestión. Supuesto que no hay disposición especial los principios generales son los que deben dominar; ahora bien, la voluntad expresa puede manifestarse, sea por palabras, sea por escrito, y el escrito puede ser auténtico ó bajo firma privada; una carta sería, pues, suficiente para probar el reconocimiento. Por la misma razón un reconocimiento verbal sería válido, salvo el aplicar las reglas generales sobre las pruebas. Veremos, en el título de las obligaciones, en qué casos la prueba testimonial es admisible en materia de estado. Se hace una objeción contra esta doctrina. Conforme á los términos del art. 334 el reconocimiento de un hijo natural debe hacer-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núm. 76.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

se por acto auténtico; ¿ahora bien, el hijo concebido antes del matrimonio acaso no es un hijo natural? Proudhón trata la cuestión con bastante amplitud. En verdad que la objeción no merece la pena. Nó, en el caso en cuestión no se trata de reconocer á un hijo natural, supuesto que el hijo nacido durante el matrimonio, aunque concebido antes, es legítimo. ¿De qué se trata, pues? De la prueba de una confesión. El derecho común da la respuesta (1).

¿Podría oponerse al marido el reconomiento tácito fuera de los casos previstos por el art. 314? La cuestión es dudosa. Si pudiera resolverse haciendo abstracción del texto de la ley habría que admitir ciertamente el reconocimiento tácito en todos los casos. Tal es, en efecto, el derecho común. Pero el texto implica una restricción, dice: *en los siguiente casos*. Estas expresiones ya no tendrían sentido, y tampoco lo tendrían los números 1 y 2 del artículo si se admitiera todo género de reconocimiento ó de renuncia tácitos. Habría, además, una razón para restringir los casos de reconocimiento tácito. No olvidemos que en principio el derecho de desconocimiento del marido es absoluto. No debe recibir excepción sino cuando él mismo ha reconocido su paternidad. Cuando la confesión se expresa no ofrece duda alguna, pero la confesión tácita necesariamente es más ó menos dudosa. Por lo mismo el legislador ha hecho muy bien en definirla de un modo preciso. Así es que la interpretación restrictiva está fundada tanto en el espíritu como en el texto de la ley (2).

382. ¿Quién debe rendir la prueba de los fines de no recibir que se pueden oponer al marido? Naturalmente el que los propone. Porque el demandado que opone una ex-

1 Proudhón, tít. II, ps. 13 y siguientes. Esta es la opinión general [Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 781].

2 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 628, nota 15. En sentido contrario Demolombe, t. V, p. 72, núm. 76.

cepción se torna demandante y debe probar el fundamento de la demanda que hace bajo la forma de excepción. Esto es elemental. Es también elemental que la prueba se rinda conforme al derecho común, supuesto que el Código no lo deroga. Así, pues, la prueba podrá rendirse por testigos porque se trata de hechos puros y sencillos que por sí mismos no establecen ni derecho ni obligación; y tales hechos se prueban por medio de testigos sin considerar la suma á que sube el interés pecuniario de la demanda. Hablamos de los casos previstos por el art. 314. En cuanto á la confesión expresa síguense los principios generales. (1)

Hasta aquí todos están de acuerdo. La aplicación de estos principios ha dado lugar á una cuestión controvertida por más que casi no haya motivo de controversia. En el antiguo derecho se decidía que el marido que había tenido antes de su matrimonio frecuentaciones con la mujer con quien se casó no era admitido á desconocer al hijo, á menos que probase que no podía ser el padre. Cierto es que ya no es lo mismo bajo el régimen del Código Napoleón. A falta de una confesión expresa de paternidad el demandado debe establecer uno de los dos hechos que implican una confesión tácita según los términos del art. 314. Trátase de una confesión anterior al matrimonio; preciso es que el demandado pruebe que el marido tuvo conocimiento del embarazo; no basta, pues, con que aquel haya tenido simples hechos de frecuentación. Esto se admite generalmente, salvo el disentimiento de Toullier. ¿Debe irse más lejos y decir con Proudhón que los hechos de frecuentación son inadmisibles? El dice que no se permite articular otros hechos sin caer en lo arbitrario. Sin duda alguna que un hombre puede haber frecuentado á una mujer sin creer en su embarazo y sin conocerlo. Así es que el hecho

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 629, nota 22.

solo de frecuentación no puede invocarse contra el marido coma prueba de que él ha conocido su preñez, ¿pero por qué los tribunales no habían de poder tomar este hecho en consideración tanto como los demás, como indicios ó presunciones? Porque una vez admitida la prueba testimonial las presunciones lo son por ese hecho mismo, y el juez no debe dejar pasar una sola.

383. Suponemos que los fines de no recebir quedan establecidos. Podrá el marido combatirlos probando que no puede ser el padre del niño? No es necesario decir que la excepción que se deriva de la no viabilidad es absoluta. Las otras dos lo son igualmente. En efecto, ellas implican un reconocimiento, una confesión; y el marido no puede tornarse contra su confesión. Todo lo que puede hacer es sostener que está violado el reconocimiento expreso ó tácito que ha hecho de su paternidad. Esta es una manifestación de voluntad; ahora bien, todo reconocimiento está viciado por error, dolo y violencia. Luego si el marido prueba que ha reconocido al hijo después del matrimonio en la creencia de que este hijo había sido concebido durante el matrimonio mientras que la fecha del nacimiento establece que fué concebido antes del matrimonio se anulará el reconocimiento por tener la tacha de error. Supóngase, por el contrario, que el marido confiesa haber conocido la preñez de aquella con quien se ha casado, pero que pide probar que se hallaba en la imposibilidad física de cohabitar con ella cuando tuvo lugar la concepción, sea por causa de alejamiento, sea por accidente, esta prueba no sería admitida. En vano se invoca el art. 312 que permite esta prueba contra el hijo concebido durante el matrimonio. El renunció al desconocimiento y no puede arrepentirse de su renuncia. (1)

1 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 630 y nota 23; Durantón, t. III, p. 27, núm. 28.

384. El marido desconoce al hijo concebido antes del matrimonio. Este no tiene ningún fin de no recibir que oponerle. ¿Será admitido á probar que el marido de su madre es su padre? La negativa nos parece cierta. ¿Cuál es el estado del hijo concebido antes del matrimonio? Por su concepción es ilegítimo. La ley lo reputa legítimo porque supone que el marido es el padre del hijo; pero da al marido el derecho absoluto de rechazar esta suposición desconociendo al hijo. Contra este desconocimiento la ley sólo admite fines de no recibir que tiene cuidado de precisar á que, salvo la no viabilidad, derivan del reconocimiento que el marido hace de su paternidad. Así, pues, según el texto y según el espíritu de la ley el hijo no puede pertenecer al marido sino por su propia confesión. Esto equivale á decir que su desconocimiento es perentorio. Tal es la opinión general, salvo el disentimiento de Dalloz. Se admite, sin embargo, una excepción: la que establece el art. 340 en favor del hijo natural. La ley le prohibe que investigue á su padre; pero permite dicha investigación en el caso de rapto, cuando la época del rapto se relaciona con la de la concepción. Cierto es que ese artículo habla solamente del hijo natural y, en el caso de que tratamos, el hijo investiga á su padre para probar su filiación legítima. No obstante, nosotros nos afiliamos á la opinión de los autores. Cierto es que el hijo concebido antes del matrimonio y desconocido por su padre es un hijo natural. Por su concepción era ilegítimo, sólo tenía en su favor una presunción que el marido hace caer por el desconocimiento; sigue, pues, siendo ilegítimo. Por lo tanto, puede aplicársele el art. 340. Unicamente que el resultado de la prueba será la filiación legítima del hijo. En efecto, quedará probado por juicio que el marido es el padre del hijo del cual estaba en cinta la mujer cuando tuvo lugar el matrimonio. Por lo tanto,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

se reputa como legítimo, supuesto que viniendo por tierra el desconocimiento del padre el hijo puede invocar la presunción de legitimidad que la ley establece en su favor. (1)

§ II. – Del estado del hijo no desconocido.

385. Si el hijo no es desconocido se reputa legítimo. Decimos que como tal se reputa porque esto evidentemente no es más que una ficción. Conforme al rigor de los principios la concepción determina el estado del hijo; luego el hijo concebido antes del matrimonio es ilegítimo; por la razón de que nace durante el matrimonio es por lo que la ley lo considera legítimo; así es que debe su legitimidad á una ficción que la ley establece por favorecer el matrimonio. La mayor parte de los autores van más lejos y dicen que lo que nosotros llamamos ficción no es, en realidad, más que una legitimación operada por la ley. En efecto, dicen ellos, este hijo concebido ilegítimo permanece ilegítimo hasta el matrimonio si es legítimo porque nace después del matrimonio esto prueba que ha sido legitimado por el matrimonio de sus padres. De esta doctrina de la legitimación nacen consecuencias gravísimas. Conforme á los términos del art. 331 los hijos que provienen de un comercio adulterino é incestuoso no pueden ser legitimados por el matrimonio subsiguiente de sus padres; este principio debe aplicarse á la legitimación tácita del art. 314. Luego si cuando tuvo lugar la concepción el hijo era adulterino ó incestuoso no se legitima por el matrimonio de sus padres sino que seguirá siendo adulterino é incestuoso. Síguese de aquí que aun cuando el marido no lo desconociese podrá ser repelido por la familia á instancia de cualquiera parte

1 Esta es la opinión de todos los autores (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 79).

interesada. No puede decirse que por no haberlo desconocido el padre haya vuéltose legítimo porque no podría serlo sino en virtud de una legitimación y la ley prohibe que se legitime. (1)

Nosotros creemos que esta doctrina de la legitimación tácita es una de aquellas que los autores tratan á veces, y aun con mucha frecuencia, de poner en lugar de los principios consagrados por la ley. No vacilamos en decir con Demolombe que dicha doctrina es contraria al texto y al espíritu del Código. Es cierto que el art. 331, que define la legitimación, es extraño á nuestra hipótesis. Este artículo supone un hijo nacido *fuera de matrimonio*, mientras que en el art. 314 se trata de un hijo *nacido en el matrimonio*. Luego si hubiese legitimación sería una legitimación de nuevo género; ahora bien, la legitimación es una ficción; la ficción supone un texto ¿y dónde está el que dice que el hijo concebido antes y nacido durante el matrimonio es legítimo? La legitimación es un beneficio que aprovecha al hijo nacido fuera del matrimonio; en el caso que estamos tratando el hijo ha sido solamente concebido, y nos apoderamos de su concepción para rehusarle ese beneficio cuando ha sido concebido por un comercio adulterino ó incestuoso. Hé aquí una nueva derogación de un principio elemental. El hijo concebido no es todavía una persona, por una ficción se le reputa nacido cuando se trata de su interés; en la doctrina que combatimos se torna contra él la ficción: se le tiene por nacido para mancillarlo y para impedir por siempre su legitimidad. Esto es, repi

1 Esta es la opinión de Durantón, de Valette, de Demante y de Marcadé, quien la sostiene vivamente contra Demolombe. Valette ha retirado su opinión y se ha afiliado á la de Demolombe (*Explicación Sumaria del Libro 1º del Código Civil, p.* 156). Zachariæ admite el principio de la legitimación, pero sólo lo aplica al hijo adulterino y no al incestuoso (t. III, ps. 624-627, edición de Aubry y Rau). Véase Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 80-83.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

se reputa como legítimo, supuesto que viniendo por tierra el desconocimiento del padre el hijo puede invocar la presunción de legitimidad que la ley establece en su favor. (1)

§ II. – Del estado del hijo no desconocido.

385. Si el hijo no es desconocido se reputa legítimo. Decimos que como tal se reputa porque esto evidentemente no es más que una ficción. Conforme al rigor de los principios la concepción determina el estado del hijo; luego el hijo concebido antes del matrimonio es ilegítimo; por la razón de que nace durante el matrimonio es por lo que la ley lo considera legítimo; así es que debe su legitimidad á una ficción que la ley establece por favorecer el matrimonio. La mayor parte de los autores van más lejos y dicen que lo que nosotros llamamos ficción no es, en realidad, más que una legitimación operada por la ley. En efecto, dicen ellos, este hijo concebido ilegítimo permanece ilegítimo hasta el matrimonio si es legítimo porque nace después del matrimonio esto prueba que ha sido legitimado por el matrimonio de sus padres. De esta doctrina de la legitimación nacen consecuencias gravísimas. Conforme á los términos del art. 331 los hijos que provienen de un comercio adulterino é incestuoso no pueden ser legitimados por el matrimonio subsiguiente de sus padres; este principio debe aplicarse á la legitimación tácita del art. 314. Luego si cuando tuvo lugar la concepción el hijo era adulterino ó incestuoso no se legitima por el matrimonio de sus padres sino que seguirá siendo adulterino é incestuoso. Síguese de aquí que aun cuando el marido no lo desconociese podrá ser repelido por la familia á instancia de cualquiera parte

1 Esta es la opinión de todos los autores (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 79).

interesada. No puede decirse que por no haberlo desconocido el padre haya vuéltose legítimo porque no podría serlo sino en virtud de una legitimación y la ley prohibe que se legitime. (1)

Nosotros creemos que esta doctrina de la legitimación tácita es una de aquellas que los autores tratan á veces, y aun con mucha frecuencia, de poner en lugar de los principios consagrados por la ley. No vacilamos en decir con Demolombe que dicha doctrina es contraria al texto y al espíritu del Código. Es cierto que el art. 331, que define la legitimación, es extraño á nuestra hipótesis. Este artículo supone un hijo nacido *fuera de matrimonio*, mientras que en el art. 314 se trata de un hijo *nacido en el matrimonio*. Luego si hubiese legitimación sería una legitimación de nuevo género; ahora bien, la legitimación es una ficción; la ficción supone un texto ¿y dónde está el que dice que el hijo concebido antes y nacido durante el matrimonio es legítimo? La legitimación es un beneficio que aprovecha al hijo nacido fuera del matrimonio; en el caso que estamos tratando el hijo ha sido solamente concebido, y nos apoderamos de su concepción para rehusarle ese beneficio cuando ha sido concebido por un comercio adulterino ó incestuoso. Hé aquí una nueva derogación de un principio elemental. El hijo concebido no es todavía una persona, por una ficción se le reputa nacido cuando se trata de su interés; en la doctrina que combatimos se torna contra él la ficción: se le tiene por nacido para mancillarlo y para impedir por siempre su legitimidad. Esto es, repi

1 Esta es la opinión de Durantón, de Valette, de Demante y de Marcadé, quien la sostiene vivamente contra Demolombe. Valette ha retirado su opinión y se ha afiliado á la de Demolombe (*Explicación Sumaria del Libro 1º del Código Civil, p.* 156). Zachariæ admite el principio de la legitimación, pero sólo lo aplica al hijo adulterino y no al incestuoso (t. III, ps. 624-627, edición de Aubry y Rau). Véase Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 80-83.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

támoslo, una ficción que se imagina cuando ninguna ficción puede existir sino en virtud de la ley.

Hagamos á un lado los principios que rigen la legitimación y veamos lo que la ley dice en el título que es el verdadero asiento del debate. El capítulo 1.º se intitula: «De la filiación de los hijos *legítimos* ó nacidos *durante el matrimonio*.» Este título es ya una revelación del pensamiento de la ley que considera como legítimos no solamente á los hijos concebidos durante el matrimonio sino también á los hijos que durante él han nacido. ¿Cuándo es legítimo el hijo nacido en el matrimonio? Basta para ello el silencio del marido. Si no desconoce al hijo éste es legítimo. Así, pues, es legítimo hasta que sea desconocido; se necesita, pues, una acción de desconocimiento para despojarlo de la legitimidad porque está en posesión de ella. Esta acción de desconocimiento está regida por los mismos principios, sea que el hijo haya sido concebido ó haya nacido durante el matrimonio: ¿no equivale esto á decir que la condición de uno y otro es la misma; es decir, que uno y otro son legítimos? En vano se dice que el que fué concebido fuera de matrimonio por comercio adulterino no puede tornarse legítimos. Nuestra respuesta está en el texto y es perentoria: la ley lo reputa legítimo, y esto basta. ¿No pasa lo mismo con el hijo concebido durante el matrimonio por comercio adulterino y cuyo hijo no es desconocido por el marido? Es cierto que nadie puede poner en duda la legitimidad de este niño por más que sea adulterino. Si la presunción de la ley lo protege ¿por qué no había de proteger al hijo concebido antes y nacido durante el matrimonio? La ley no abre más que una sola acción contra uno y otro: la acción de desconocimiento. ¿Con qué derecho dan los intérpretes una acción en contra de la legitimidad contra el hijo adulterino nacido durante el matrimonio, siendo así que no la dan contra el hijo adulterino concebido en el matrimonio? Esto equivale á hacer la ley, esto no es interpretarla.

La discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado confirma plenamente lo que los textos dicen. ¿Qué es lo que da la legitimidad, la concepción durante el matrimonio ó el nacimiento en el matrimonio? Tal es la cuestión. Escuchemos la respuesta de Portalis: «El carácter de la *legitimidad* es propio del hijo que nace durante el matrimonio *sea que este hijo haya sido concebido antes ó después;* la ley debe, pues, imprimirle desde luego tal carácter.» Habiendo hecho notar Regnier que era justo hacer, respecto al desconocimiento, una diferencia entre el hijo *nacido* y el hijo *concebido* durante el matrimonio Portalis replicó: «No debe comenzarse por manchar como ilegítimo al hijo nacido después del matrimonio. Sin embargo, esto sería lo que sucedería deteniéndose en el hecho de la concepción, porque siendo entonces la proposición que el hijo concebido durante el matrimonio es legítimo la proposición contradictoria sería que el hijo concebido antes del matrimonio no es legítimo.» Regnier no debatió este principio, pero tanto él como Emmery sostuvieron que precisaba establecer una diferencia, en cuanto á las condiciones del desconocimiento, entre el hijo que tiene á su favor la presunsunción de fidelidad de la madre y el hijo concebido en una época en que la mujer era libre. Regnaud terminó la discusión diciendo: El *nacimiento* del niño y no su *concepción* es lo que le da el título. «El niño concebido antes del matrimonio y nacido después es legítimo si el padre no reclama.» (1) La redacción definitiva del Código Civil da derecho á estas diversas observaciones; ella establece el

1 Sesión del Consejo de Estado de 14 Brumario, año X, núm. 71 (Locré, t. III, p. 25).

principio, que nadie ponía en duda, que el hijo concebido antes del matrimonio es legítimo, pero da al marido el derecho absoluta de desconocerlo. Hé aquí, pues, en dos palabras, la teoría del Código; el hijo es legítimo cuando ha sido concebido ó ha nacido dentro del matrimonio.

Se hacen algunas objeciones contra esta opinión. Marcadé clama contra la inmoralidad. ¡Un hijo adulterino será legítimo por más que su ilegitimidad, fruto del adulterio, sea evidente! Podríamos contentarnos con responder que el reproche debe dirigirse al legislador. El intérprete no tiene que preocuparse de las consecuencias que resultan de una doctrina, sólo tiene que vèr una cosa, y es que la ley la consagre. Pero, podrá decirse, no puede admitirse fácilmente que la ley consagre la inmoralidad. Ciertamente que nó; pero falta saber si es realmente cierto que la opinión sostenida en el Consejo de Estado y formulada en nuestros textos sea inmoral. Hemos dicho cuál es el espíritu de la ley en cuestiones de filiación; hemos citado las palabras del Primer Cónsul. El legislador quiere mantener la legitimidad contra todos los ataques, aun á riesgo de fundarla en una ficción, ficción que la realidad viene á desmentir. Un hijo es concebido durante el matrimonio, cuando el marido está en América ó en Australia. El vuelve; el adulterio, la ilegitimidad del hijo son palpables; no obstante, si el marido guarda silencio este hijo será legítimo y nadie podrá atacar su estado. ¿Es esto inmoralidad? Los autores del Código Napoleón han imaginado que era cosa moral dar la legitimidad á los hijos y prevenir litigios escandalosos que revelarían un crimen, el adulterio, ó una acción vergonzosa, el incesto.

Hay otra objeción que es más especiosa. Se abre una sucesión antes del matrimonio en una época en que el hijo había sido concebido. ¿Será llamado á ella? Nó, por opinión de todos. Este asentimiento universal nos condena, dice Marcadé, porque equivale á aseverar que el hijo no es legítimo; luego si lo viene á ser queda legitimado; pero como la legitimación no puede retrotraer hasta el día de la concepción el hijo no puede heredar. (1) Y bien, ¿quién ha negado alguna vez que el hijo concebido antes del matrimonio fuese concebido ilegítimo? No tenemos deseo de negar la luz del día. El hijo es concebido ilegítimo y se vuelve legítimo. ¿Y esto en virtud de la legitimación? Hé ahí la cuestión. Nosotros decimos que es por una ficción de la ley que reputa legítimo al hijo. Pero toda ficción está circunscripta dentro de los límites legales. La ley lo establece así para asegurar la legitimidad del hijo; no puede pensar en declararlo legítimo en el momento de su concepción, semejante ficción sería absurda y sería, además, inútil conforme al espíritu de la ley.

La jurisprudencia más reciente se pronuncia en favor de la opinión que acabamos de sostener.

SECCION III.—Del hijo concebido después del matrimonio.

386. El art. 315 establece que la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de disuelto el matrimonio podrá ponerse en duda. Resulta del texto, como del espíritu de la ley, que este hijo no es ilegítimo de pleno derecho, sin debate y sin juicio. El Tribunado había propuesto que se declarase que «la ley no reconoce la legitimidad del hijo nacido trescientos un día después de la disolución del matrimonio.» (2) Es cierto que, según la presunción que el Código

1 Sentencia de Grenoble de 19 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 128). Juicio del Tribunal de Bar-le-Duc de 28 de Febrero de 1862 (Dalloz, 1862, 3, 57).

2 Observaciones de la Sesión de Legislación del Tribunado, número 8 (Locré, t. III, p. 77).

principio, que nadie ponía en duda, que el hijo concebido antes del matrimonio es legítimo, pero da al marido el derecho absoluta de desconocerlo. Hé aquí, pues, en dos palabras, la teoría del Código; el hijo es legítimo cuando ha sido concebido ó ha nacido dentro del matrimonio.

Se hacen algunas objeciones contra esta opinión. Marcadé clama contra la inmoralidad. ¡Un hijo adulterino será legítimo por más que su ilegitimidad, fruto del adulterio, sea evidente! Podríamos contentarnos con responder que el reproche debe dirigirse al legislador. El intérprete no tiene que preocuparse de las consecuencias que resultan de una doctrina, sólo tiene que vèr una cosa, y es que la ley la consagre. Pero, podrá decirse, no puede admitirse fácilmente que la ley consagre la inmoralidad. Ciertamente que nó; pero falta saber si es realmente cierto que la opinión sostenida en el Consejo de Estado y formulada en nuestros textos sea inmoral. Hemos dicho cuál es el espíritu de la ley en cuestiones de filiación; hemos citado las palabras del Primer Cónsul. El legislador quiere mantener la legitimidad contra todos los ataques, aun á riesgo de fundarla en una ficción, ficción que la realidad viene á desmentir. Un hijo es concebido durante el matrimonio, cuando el marido está en América ó en Australia. El vuelve; el adulterio, la ilegitimidad del hijo son palpables; no obstante, si el marido guarda silencio este hijo será legítimo y nadie podrá atacar su estado. ¿Es esto inmoralidad? Los autores del Código Napoleón han imaginado que era cosa moral dar la legitimidad á los hijos y prevenir litigios escandalosos que revelarían un crimen, el adulterio, ó una acción vergonzosa, el incesto.

Hay otra objeción que es más especiosa. Se abre una sucesión antes del matrimonio en una época en que el hijo había sido concebido. ¿Será llamado á ella? Nó, por opinión de todos. Este asentimiento universal nos condena, dice Marcadé, porque equivale á aseverar que el hijo no es legítimo; luego si lo viene á ser queda legitimado; pero como la legitimación no puede retrotraer hasta el día de la concepción el hijo no puede heredar. (1) Y bien, ¿quién ha negado alguna vez que el hijo concebido antes del matrimonio fuese concebido ilegítimo? No tenemos deseo de negar la luz del día. El hijo es concebido ilegítimo y se vuelve legítimo. ¿Y esto en virtud de la legitimación? Hé ahí la cuestión. Nosotros decimos que es por una ficción de la ley que reputa legítimo al hijo. Pero toda ficción está circunscripta dentro de los límites legales. La ley lo establece así para asegurar la legitimidad del hijo; no puede pensar en declararlo legítimo en el momento de su concepción, semejante ficción sería absurda y sería, además, inútil conforme al espíritu de la ley.

La jurisprudencia más reciente se pronuncia en favor de la opinión que acabamos de sostener.

SECCION III.—Del hijo concebido después del matrimonio.

386. El art. 315 establece que la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de disuelto el matrimonio podrá ponerse en duda. Resulta del texto, como del espíritu de la ley, que este hijo no es ilegítimo de pleno derecho, sin debate y sin juicio. El Tribunado había propuesto que se declarase que «la ley no reconoce la legitimidad del hijo nacido trescientos un día después de la disolución del matrimonio.» (2) Es cierto que, según la presunción que el Código

1 Sentencia de Grenoble de 19 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 128). Juicio del Tribunal de Bar-le-Duc de 28 de Febrero de 1862 (Dalloz, 1862, 3, 57).

2 Observaciones de la Sesión de Legislación del Tribunado, número 8 (Locré, t. III, p. 77).

admite acerca de la duración más larga del embarazo, el hijo que nace trescientos días después de la disolución del matrimonio ha sido concebido después de la disolución de éste y es necesariamente ilegítimo. ¿Por qué la ley no ha pronunciado ella misma esta ilegitimidad? Porque, dice Duveyrier, el Orador del Tribunado, la cuestión de saber si un hijo es legítimo ó no es una cuestión de interés privado que el legislador no tiene facultades para resolver. A las partes interesadas corresponde intentar acción en justicia. (1) Puede decirse que este es un último favor que la ley otorga á la legitimidad. Si el estado del hijo no es puesto en duda se le reputará legítimo. Aquí nuevamente la ficción estará en oposición con la verdad. El hijo que ha nacido uno ó dos años después de la disolución del matrimonio ciertamente que es un hijo natural; sin embargo, será legítimo si nadie ataca su legitimidad. El legislador prefiere esta ficción, que á nadie daña, á la realidad, porque proclamar ésta sería mancillar inútilmente al hijo.

387. Si se pone en duda la legitimidad ¿el tribunal deberá declarar al hijo ilegítimo desde el momento en que quede probado que ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, ó puede resolver, según la duración excepcional de la preñez, que el hijo pertenece al marido? Nosotros creemos que el tribunal debe pronunciar la legitimidad. Esta es la consecuencia lógica de las presunciones admitidas por la ley acerca de la duración de la preñez. Los autores del Código Civil quisieron poner un término á lo arbitrario que reinaba en la antigua jurisprudencia y á las resoluciones escandalosas favorecidas por este estado arbitrario. Tratándose sobre todo de los nacimientos tardíos había habido escándalo. Habíanse visto parlamentos legitimar á hijos nacidos en el duodécimo, en el décimo tercero y hasta en el décimo octavo mes después de la disolución del matrimonio. (1)

1 Duveyrier, *Discursos*, núm. 17 (Locré, t. III, p. 128).

Calificamos estas sentencias de escandalosas porque eran arrancadas á la justicia en favor de familias poderosas, acerca de cuya inmoralidad los magistrados echaban el velo de la mentira. El legislador debe, siempre que pueda, prevenir la parcialidad y la iniquidad. Esto es lo que ha hecho estableciendo presunciones absolutas en cuya contra no se admite ninguna prueba. Es cierto, por confesión de casi todos los autores, que la prueba contraria no es admitida, en el caso del art. 312, cuando se trata de determinar la época de la concepción, cuando el marido estaba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer por causa de alejamiento ó por impotencia accidental. Cualquiera que sea el favor prestado á la legitimidad el hijo no será admitido á probar que la preñez ha durado más de trescientos días. ¿Por qué había de permitírsele que rindiese esta prueba cuando el matrimonio está disuelto por la muerte del marido? La ley ha establecido ya una ficción en favor del hijo declarándolo legítimo cuando nace en el décimo mes que sigue á la disolución del matrimonio. Pero esta ficción debía tener un límite no sólo por interés de la verdad sino también, y sobre todo, por interés de una justicia imparcial y honrada.

Hay objeciones sacadas del texto y del espíritu de la ley. El art. 315 dice que la legitimidad *podrá ser debatida*. Estas expresiones, dícese, implican un *debate* y la *facultad* para el juez de decidirlo según sus convicciones, por lo que nada hay de absoluto en esto. Se ha contestado, y la respuesta es perentoria, que el art. 312 dice también que el marido *podrá desconocer* al hijo concebido durante el matrimonio. ¿De esto se deberá concluir que el tribunal tiene

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Legitimidad*, pfo. 2, sec II.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el derecho de declarar legítimo á este hijo si le parece que la preñez ha durado más de diez meses? Demante ha aventurado esta paradoja (1) pero él solo ha quedado en esta opinión. La palabra *podrá* implica, es cierto, una facultad, ¿pero cuál? La de poner en duda ó la de no dudar, la de desconocer ó la de no desconocer. En cuanto á la palabra *poner en duda* no significa no discutir sino *denegar*. En los trabajos preparatorios se trató de dos sistemas, uno de ellos que quería la ilegitimidad de pleno derecho, y otro que quería que las partes la solicitasen. El segundo de estos sistemas es el que el Código ha consagrado. ¿Cuál es, pues, el sentido del art. 312? El legislador dice: «El hijo que ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio es, en verdad, ilegítimo, pero no quiere declararlo tal de pleno derecho, preciso es que las partes interesadas lo soliciten.» Así, pues, es una simple demanda la que la ley prescribe, y la prueba de que el hijo ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio. Rendida esta prueba el hijo es necesariamente ilegítimo.

Se pretende que esto es injusto y hasta inmoral; que puede suceder que el embarazo dure más de trescientos días; que, en este caso, interpretada la ley como nosotros lo hacemos, conduciría á declarar ilegítimo á un hijo que realmente pertenece al marido. Esta objeción la dirijimos al legislador, que ha establecido presunciones absolutas, presunciones que casi siempre son favorables al hijo hasta el punto de que su legitimidad es las más de las veces una verdadera ficción. Error, se dice; el pensamiento de la ley no es establecer una presunción absoluta en el art. 315. Bigot-Préameneu dice que el nacimiento tardío puede oponerse al hijo si nace trescientos días después de la disolución del matrimonio; después agrega: «No obstante, la pre-

1 Demante, *Curso Analítico*, t. II, ps. 63 y 66.

sunción no será decisiva contra él sino en tanto que no esté debilitada por otras circunstancias.» Lahary es todavía más explícito: se lee en su informe al Tribunado: «La palabra *podrá*, que es puramente facultativa, descubre el motivo de esta previsora disposición: el artículo quiere que la legitimidad pueda ponerse en duda, pero quiere también que pueda triunfar de todos los ataques que no fuesen fundados.» Estas palabras serían decisivas si estuviesen en harmonía con el texto y con los principios; y están, al contrario, en oposición con el sistema de la ley, y todo lo que prueban es que no hay que prevalerse sino con mucha cautela de los discursos y de los informes.

Lahary, á quien acabamos de citar, nos da de ello un texto menos singular. Cita el caso siguiente, en el cual, según su opinión, el debate de legitimidad debería ser desechado: «Si el hijo probase que su padre divorciado se hubiese acercado á su madre posteriormente á la disolución del matrimonio.» (1) El error es palpable; es de toda evidencia que el hijo nacido de tal contacto, siendo concebido después de la disolución del matrimonio, será ilegítimo.

La opinión que acabamos de exponer la profesan la mayor parte de los autores; la jurisprudencia está dividida y, por lo demás, pocos monumentos presenta relativos á esta cuestión. (2)

388. Las presunciones que la ley establece acerca de la duración de la preñez dan motivo, en la aplicación, á una dificultad inextricable. Por los términos del art. 228 la mujer no puede contraer un nuevo matrimonio sino después de transcurridos diez meses después de la disolución del matrimonio precedente. El art. 296 extiende esta dis-

1 Bigot- Préameneau, Exposición de Motivos, núm. 13; Lahary, Informe, núm. 14 (Locré, t. III, ps. 88 y 106).

2 Véanse las fuentes en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, números 85 y 86.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

posición al divorcio pronunciado por causa determinada: la mujer divorciada no puede volver á casarse sino diez meses después de prenunciado el divorcio. Ha acontecido que las mujeres viudas ó divorciadas no han esperado la expiración de este término para volver á casarse. No siendo el impedimento más que prohibitivo no puede anularse el matrimonio. Si la mujer vuelta á casar en el mes que siga á la muerte de su marido pare en el séptimo, octavo ó noveno mes del segundo matrimonio, ¿á quién pertenece el hijo? El es hijo del primer marido si se aplica la presunción de la preñez más prolongada, es el hijo del segundo marido si se aplica la presunción de la más corta preñez. Hay, pues, incertidumbre respecto á su filiación: esta confusión es la que el legislador ha pretendido evitar prescribiendo el término de diez meses á la mujer viuda ó divorciada. ¿Cómo había de decidirse la cuestión?

Esta es una de esas cuestiones célebres que han puesto en movimiento la sagacidad de los legistas; y queriendo cada uno de ellos hacer gala de originalidad ha resultado de esto que, sobre poco más ó menos, hay tantos pareceres como autores. Pueden verse esos pareceres en Durantón. (1) La opinión que mayor número de sufragios reune entre los jurisconsultos modernos atribuye la decisión del litigio á los tribunales en el sentido de que éstos juzgarán conforme á las circunstancias; es decir, conforme á la verosimilitud de los hechos conocidos. Si conforme á lo que deponen las personas del arte la constitución física del niño nacido en el décimo mes fuese tal que por ella se debiese admitir un nacimiento tardío el juez lo atribuiría al primer marido, á menos que la caducidad, la ausencia ó la enfermedad del marido difunto hiciesen inclinar la balanza hacia el segun-

1 Durantón, t. III, p. 59, núm. 63. Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 91.

do. Si se declarase precoz el nacimiento el juez se pronunciará por el segundo marido. (1) Zachariæ modifica esta decisión en el sentido de que el tribunal evacuará el debate conforme al mayor interés del hijo. (2)

Esto nos parece inadmisible. La ley ha establecido presunciones precisamente para no dejar nada á la apreciación del juez por el temor á lo arbitrario y á la parcialidad. Está, pues, dentro de la mente de la ley que la cuestión se decida por la aplicación de las presunciones y no por la deposición de las personas del arte. Siguiendo la opinión de Zachariæ se acerca uno más al texto y al espíritu de la ley. El tribunal aplicará una ú otra presunción consultando el interés mayor del hijo. En efecto, trátase del interés del hijo ó, por mejor decir, de su derecho, supuesto que lo tiene para pertenecer á una de las dos familias, según que se aplique á una ú otra presunción. Supuesto que el derecho del hijo es el que está en tela de juicio ¿por qué no permitirle que él reclame una ú otra filiación? El puede invocar dos presunciones, luego puede elegir. Si se decide por el primer marido tiene para ello derecho, ¿y qué podría oponérsele? ¿la otra presunción? Pero ésta se ha establecido para favorecerlo y puede renunciarla. ¿Con qué derecho, por otra parte, se le impediría una filiación que él no reclama? La opinión que sostenemos es una de aquellas que en el antiguo derecho se profesaban. Es más que una simple teoría y está consagrada por el derecho inglés. (3) Esto tiene suma autoridad, por lo menos respecto á los fines teóricos. Dicha opinión se halla en harmonía con el espíritu de nuestro Código Civil, supuesto que no abandona nada al

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, página 50.
2 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 653, pfo. 546.
3 Blackstone, *Comentario de las leyes inglesas*, t. II, cap. VIII, núm. 2.

arbitrio del juez. Se hace una objeción muy singular. Dejar la elección al hijo, dícese, es tanto como permitirle que se escoja un padre. Así, pues, en definitiva el hijo será el que se forme un padre. No nos parece seria la objeción. Nó, no es el hijo el que forma al padre, supuesto que invoca una presunción legal: la ley es, pues, la que hace al padre y no el hijo. Hay más: la misma ley consagra en esta materia una especie de opción en provecho del hijo. Cuando en el caso del art. 312 se trata de determinar la época de la concepción existe una época variable del día ciento ochenta al trescientos antes del nacimiento; el hijo se coloca, pues, á su antojo, ó bajo la presunción de la más prolongada preñez, ó bajo la de la más corta. Y nada tan lógico como esto. Aquel á quien la ley otorga dos derechos tiene necesariamente la facultad de escoger. (1)

389. Una dificultad análoga se ha presentado en un asunto célebre que dió margen á fallos en sentido diverso. Un hijo nace doscientos ochenta días después de la muerte del marido de su madre. Queda reconocido como hijo natural por padre y madre. Más tarde queda legitimado por el matrimonio de sus padres. ¿Cuál es la filiación de este niño? La Corte de París ha resuelto que el hijo pertenecía al marido difunto en virtud de una presunción legal: concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido, y esta presunción no puede destruirse sino con el desconocimiento; el reconocimiento y la legitimación no serían capaces de destruir la presunción arrebatando al hijo un estado que debe á la ley. No fué este el parecer de la Corte de Casación, que revocó el fallo de la Corte de París. El hijo reconocido y legitimado había muerto en posesión del estado de hijo legítimo del segundo marido de su madre. Este reconocimiento y esta legitimación aseguran su

1 Arntz, *Curso de derecho civil francés*, t. II, p. 275, núm. 327.

estado que no puede arrebatarle la presunción del art. 315, que atribuye el hijo al primer marido, porque esta presunción se ha establecido para proteger al niño nacido dentro de los trescientos días y que se halla en posesión del estado de hijo legítimo de su padre difunto; así, pues, no podría invocarse contra el hijo que goza de otro estado, porque esto equivaldría á arrebatarle un estado en virtud de una presunción que no tiene aplicación al caso y que de ninguna manera puede redargüirse contra el hijo. La Corte de Orleáns, á la que se llevó la causa, se pronunció en el mismo sentido. (1)

Los autores se hallan divididos: unos se adhieren al partido de la Corte de París, otros al de la Corte de Casación. Hay un punto que nos parece claro y es que el hijo de que se trata tiene dos filiaciones. La Corte de París invoca no el art. 315 sino el art. 312; el hijo nacido dentro de los trescientos días después de la disolución del matrimonio ha sido concebido en el matrimonio; luego tiene por padre al marido, salvo el desconocimiento. Nada puede contestarse á esto. ¿Pero este hijo acaso no tiene una segunda filiación? Reconocido y legitimado pertenece al padre que lo ha reconocido y legitimado. ¿Podrá decirse que este reconocimiento es nulo porque equivaldría al reconocimiento de un hijo adulterino? Nó, porque esto sería hacer una falsísima aplicación de la presunción que determina la duración de la preñez y que es extraña á los hijos naturales. En el caso de que se trata el hijo reconocido podía ser concebido después de la disolución del matrimonio; si padre y madre se habían casado en el momento del reconocimiento el hijo habría podido ciertamente invocar el art. 314, se habría

1 Sentencias de París de 16 de Julio de 1839, de la Corte de Casación de 23 de Noviembre de 1842 y de la Corte de Orleáns de 10 de Agosto de 1843 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 94).

presumido que fué concebido en el segundo matrimonio y, por lo mismo, que era legítimo. La concepción no era, pues, adulterina; no lo sería sino cuando se pudiese redargüir contra el hijo la presunción de la duración más larga de la preñez; pero ¿no es de toda evidencia que una presunción establecida para asegurar la legitimidad del hijo no podría invocarse para declararlo adulterino? El reconocimiento es, pues, válido y, por consiguiente, también lo es la legitimación. De donde resulta que el hijo tiene una doble filiación.

Si el hijo hubiese sido oído en la causa habría podido decir que hizo su elección, que entiende ser hijo del segundo marido de su madre. Y no vemos lo que hubiera podido objetarse. ¿Qué pertenece al primer marido por una presunción legal? «Todo lo que prueba esto, habría contestado el hijo, es que yo podría reclamar esta filiación. Este es un derecho que me pertenece, pero ¿no es un absurdo querer imponerme un derecho? Tengo, además, otro derecho y lo empleo. Soy y quiero seguir siendo el hijo del segundo marido de mi madre. ¿Quién puede disputarme el uso de un derecho que debo al reconocimiento de mi padre y á la legitimación?» Pero el hijo había muerto. Desde luego preciso era decir que él había consumado su elección, porque nunca había pensado reclamar el estado de hijo legítimo del primer marido. Su título y su posesión de estado le aseguraban la calidad de hijo legítimo del segundo marido de su madre. Su estado estaba, pues, definitivamente fijado á su muerte, no teniendo nadie el derecho de imponerle una filiación que él no había apetecido.

SECCION IV.—Cálculo de los plazos.

390. La ley fija dos límites extremos para la duración de la preñez: un mínimum de ciento ochenta días y un máximum de trescientos. Pero no dice cómo han de contarse estos plazos. De aquí se ha originado una grande incertidumbre en la doctrina; Demolombe se lamenta, y no sin razón, dice Valette, de que no hay nada más complicado ni más obscuro y nada más divergente como las opiniones de los autores. Y, no obstante, tales cuestiones son de alta importancia: según como se cuenten los plazos la filiación de un niño puede ser legítima ó natural y hasta adulterina. Vamos desde luego á exponer la doctrina que con más generalidad han seguido los autores.

Esta doctrina descansa en dos principios tradicionales. Conforme al primero los plazos se calculan por días y no por horas. El Código Napoleón así lo dice en materia de prescripción (art. 2260). Entiéndese por día el espacio de veinticuatro horas, de donde se infiere que no se toman en consideración las fracciones de día en el cómputo de los plazos. Un segundo principio excluye del cálculo el primer día del plazo precisamente porque no sería más que una fracción de día, mientras que dicho principio incluye el día del término en el sentido de que debe transcurrir íntegramente (Código de Procedimientos, art. 1053; Código Civil, art. 2061). Por aplicación de tales principios se calculan los plazos de ciento ochenta y de trescientos días, no de momento á momento, sino de día á día, excluyendo el primero, llamado en el lenguaje de escuela el *dies á quo*. La ley dice que el hijo nacido antes del día ciento ochenta del matrimonio no puede ser desconocido; el día en que se celebre el matrimonio no se computa; se necesitan, pues,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

presumido que fué concebido en el segundo matrimonio y, por lo mismo, que era legítimo. La concepción no era, pues, adulterina; no lo sería sino cuando se pudiese redargüir contra el hijo la presunción de la duración más larga de la preñez; pero ¿no es de toda evidencia que una presunción establecida para asegurar la legitimidad del hijo no podría invocarse para declararlo adulterino? El reconocimiento es, pues, válido y, por consiguiente, también lo es la legitimación. De donde resulta que el hijo tiene una doble filiación.

Si el hijo hubiese sido oído en la causa habría podido decir que hizo su elección, que entiende ser hijo del segundo marido de su madre. Y no vemos lo que hubiera podido objetarse. ¿Qué pertenece al primer marido por una presunción legal? «Todo lo que prueba esto, habría contestado el hijo, es que yo podría reclamar esta filiación. Este es un derecho que me pertenece, pero ¿no es un absurdo querer imponerme un derecho? Tengo, además, otro derecho y lo empleo. Soy y quiero seguir siendo el hijo del segundo marido de mi madre. ¿Quién puede disputarme el uso de un derecho que debo al reconocimiento de mi padre y á la legitimación?» Pero el hijo había muerto. Desde luego preciso era decir que él había consumado su elección, porque nunca había pensado reclamar el estado de hijo legítimo del primer marido. Su título y su posesión de estado le aseguraban la calidad de hijo legítimo del segundo marido de su madre. Su estado estaba, pues, definitivamente fijado á su muerte, no teniendo nadie el derecho de imponerle una filiación que él no había apetecido.

SECCION IV.—Cálculo de los plazos.

390. La ley fija dos límites extremos para la duración de la preñez: un mínimum de ciento ochenta días y un máximum de trescientos. Pero no dice cómo han de contarse estos plazos. De aquí se ha originado una grande incertidumbre en la doctrina; Demolombe se lamenta, y no sin razón, dice Valette, de que no hay nada más complicado ni más obscuro y nada más divergente como las opiniones de los autores. Y, no obstante, tales cuestiones son de alta importancia: según como se cuenten los plazos la filiación de un niño puede ser legítima ó natural y hasta adulterina. Vamos desde luego á exponer la doctrina que con más generalidad han seguido los autores.

Esta doctrina descansa en dos principios tradicionales. Conforme al primero los plazos se calculan por días y no por horas. El Código Napoleón así lo dice en materia de prescripción (art. 2260). Entiéndese por día el espacio de veinticuatro horas, de donde se infiere que no se toman en consideración las fracciones de día en el cómputo de los plazos. Un segundo principio excluye del cálculo el primer día del plazo precisamente porque no sería más que una fracción de día, mientras que dicho principio incluye el día del término en el sentido de que debe transcurrir íntegramente (Código de Procedimientos, art. 1053; Código Civil, art. 2061). Por aplicación de tales principios se calculan los plazos de ciento ochenta y de trescientos días, no de momento á momento, sino de día á día, excluyendo el primero, llamado en el lenguaje de escuela el *dies á quo*. La ley dice que el hijo nacido antes del día ciento ochenta del matrimonio no puede ser desconocido; el día en que se celebre el matrimonio no se computa; se necesitan, pues,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ciento setenta y nueve días completos entre el día del matrimonio y el del nacimiento; de modo que si el matrimonio se celebró el 1º de Enero y el niño nació el 27 de Junio no será concebido durante el matrimonio y, por lo tanto, podrá ser desconocido, porque nacerá el día ciento setenta y nueve, siendo así que se necesitan ciento setenta y nueve días completos. Si nace el 30 de Junio, transcurridos los ciento setenta y nueve días se presumirá el hijo concebido durante el matrimonio y no podrá ser desconocido. El mismo cálculo se hace para el plazo de trescientos días. El día de la disolución del matrimonio no entra en el cómputo; bastan, pues, doscientos noventa y nueve días completos para formar el plazo de trescientos días; es decir, que el hijo que nace el día trescientos será reputado todavía como concebido en el matrimonio. (1)

Queda por probar que estos cálculos concuerdan con la ley. El art. 315 dice que la legitimidad del hijo *nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio* podrá ser puesta en duda. Estas expresiones *después de la disolución del matrimonio* parecen indicar que no hay que contar en el plazo el día de la disolución; y las expresiones *nacidos trescientos días* implican que los trescientos deben haber transcurrido; lo que viene á terminar en nuestro cálculo, según el cual el hijo concebido el día trescientos se presume todavía que fué concebido durante el matrimonio.

Hay mayor dificultad en el caso del art. 314, que dice: «El hijo que nace el día ciento ochenta *del matrimonio* no podrá ser desconocido.» Estas palabras *del matrimonio* parecen decir que el día de la celebración se incluye en el plazo, y el buen sentido también nos lo dice, supuesto que

1 Demolombe, t. V, p. 13, núm. 19. Zachariæ, t. III, p. 623, nota 4 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 27-29).

la concepción puede tener lugar ese día. A esto se contesta que es imposible incluir el *dies á quo* en el cálculo de los días cuando se trata del mínimun de la preñez, siendo así que se le excluye en el cálculo del máximun. En efecto, en el caso del art. 312 los dos plazos concurren para formar la época en la cual puede tener lugar la concepción; se necesita, pues, una manera uniforme de contar los plazos: desde luego se debe, ó incluir en todos los casos el *dies á quo* en los plazos, ó excluirlo en todos los casos. El último sistema está en harmonía con el principio tradicional respecto al *dies á quo*; está consagrado por el texto del art. 315 y no es contrario al art. 314: esta última disposición habla del día ciento ochenta del matrimonio, pero no nos dice lo que debe entenderse por día; ahora bien, los plazos no se cuentan por horas, lo que excluye las fracciones de día y, en consecuencia, el día en que se celebró el matrimonio.

391. La opinión general que acabamos de exponer descansa en una base muy frágil, son dos principios tradicionales. Trátase de saber si deben contarse los plazos por días ó por horas. Demolombe dice que el cómputo debe hacerse por días y no por horas, y que esto es una verdad incontestable. (1) ¿En qué se funda esta verdad? En el título *De la Paternidad* la ley permanece muda, y todos lo lamentan. Para que esta manera de contar fuese una verdad incontestable sería preciso que el legislador hubiese establecido en otra parte una regla general aplicable á todos los casos. Y bien, esto no lo ha hecho el legislador. Cítase el art. 2260; éste decide, en efecto, la cuestión para el cálculo de la prescripción: en esta materia los plazos se cuentan por días y no por horas. Pero la disposición del art. 2360 es especial y nada nos autoriza para elevarla á

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. V, p. 12, núm. 18.

regla general. Hay razones para que la prescripción no se cuente por horas: y es que las más de las veces sería imposible fijar de una manera precisa la hora en la cual comenzó y la hora en la cual se cumplió; si se recurre á los autos están fechados por días y no por horas; si se apela al testimonio de los hombres ¿quién podrá recordar la hora en que comenzó hace diez, veinte ó treinta años, un hecho de posesion por sí mismo muy insignificante y que, por lo mismo, no llama la atención? Estos motivos explican la disposición especial del art. 2260, pero son por completo extraños á la materia de la filiación. Un matrimonio se celebra el 1º de Enero; la duración más corta de la preñez es de ciento ochenta días: ¿cuál será el punto de partida del plazo? El sentido común contesta: «El momento en que ha venido á ser posible la concepción durante el matrimonio; y bien, la concepción es posible desde el instante en que se celebra el matrimonio. ¿Qué importa que no sea más que una fracción de un día si precisamente durante esas doce ó catorce horas la concepción ha sido posible y, más decimos, probable? Luego por horas y no por días es como debe computarse. Nosotros decimos que los motivos que han hecho que se establezca otra regla en materia de prescripción nada tienen de común con la filiación. La verdad habría exigido que se calculase por horas, porque se trata de comprobar el estado real de las cosas y no de proceder por ficciones. Si la ley no lo ha hecho es porque era imposible. ¿Es también imposible precisar el momento en que el matrimonio se celebra y en seguida el momento del nacimiento? Las actas del estado civil indican la hora en que son recibidas, y esto es una de las enunciaciones que prescribe el art. 34; y el oficial público debe también mencionar la hora del nacimiento por declaración de los comparecientes (art. 57). Así, pues, se tiene una prueba legal que

comprueba la verdad. ¿Por qué dejar la realidad de las cosas para recurrir á ficciones? Si estas ficciones estuviesen consagradas por la ley habría que aceptarlas. Pero la ley las ignora; hay, además, que decir que nos separan de la ley. Conforme al espíritu y al texto de la ley el mínimum de la preñez es de ciento ochenta días; sin embargo, por el cálculo tradicional se halla que este plazo está reducido á ciento setenta y nueve días. Nueva ficción, y ficción que está fuera de la ley. Hay que contar ciento ochenta días de venticuatro horas contando desde la hora en que se celebró el matrimonio hasta la hora en que el hijo nació; este será legítimo si tal número de horas ha transcurrido, ilegítimo si no ha transcurrido

Otro tanto decimos del plazo de trescientos días Se contará igualmente desde la hora en que se disolvió el matrimonio hasta la hora del nacimiento. Se presumirá que el hijo nacido dentro de tal plazo fué concebido durante el matrimonio y, por consiguiente, que es legítimo; el que nazca después de este número de horas habrá sido concebido después de la disolución del matrimonio y, por tanto, será ilegítimo. Este cálculo está en harmonía con la realidad de las cosas tanto como una ficción puede concordar con la realidad. Porque estamos en el terreno de una ficción no solamente por la duración del plazo sino también por el punto desde el cual debe comenzarse á contar. El plazo corre desde el momento ó desde la hora en que el matrimonio se disuelve: lo que supone que la concepción ha podido tener lugar en el instante en que precedió á la muerte ó á la declaración del divorcio. Ciertamente que esa es una ficción poco probable, pero que, por lo menos, está en el orden de las cosas posibles. Mientras que el cálculo usual que excluye el día de la disolución implica que la concepción ha podido tener lugar en todo el intervalo del día de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la disolución no comenzando á correr á correr dicho plazo sino desde el día siguiente; lo que es soberanamente absurdo. Queda por saber si la muerte puede probarse con la misma exactitud que el nacimiento. Ahora bien, nos encontramos con que el Código Napoleón no prescribe la enunciación de la hora y ni siquiera la del día del fallecimiento (art. 19). Cierto es que los oficiales públicos marcan la hora del fallecimiento por las declaraciones que, en caso necesario, exigen á los declarantes, ¿pero qué fe ha de darse á esta enunciación? Como la ley no la prescribe hay que decidir que no tiene fe ninguna: no es más que el testimonio dado fuera de la ley. De todos modos lo cierto es que á falta de la prueba literal puede recurrirse á la testimonial. Esto es lo que el legislador ha supuesto. Esta prueba es mucho más segura en materia de filiación que en materia de prescripción. La muerte es un hecho grave que impresiona á los más indeferente-; tal instante solemne no se borra ya de su memoria, en tanto que el hombre cuyos recuerdos son fidelísimos olvidaría fácilmente los hechos de posesión de que accidentalmente ha sido testigo.

Valette ha sido el primero en proponer el sistema por nosotros adoptado. (1) La más reciente jurisprudencia se pronuncia en tal sentido. (2)

Nosotros aplicamos este cálculo á todos los casos, aun cuando el marido desconozca al hijo á causa de imposibilidad física de cohabitar (art. 312). Se ha objetado que era imposible precisar con certidumbre la hora en la cual comenzó ó cesó tal imposibilidad de cohabitación. (3) La objeción no es seria. Cuando esto es á causa de alejamiento existe un hecho exterior, el viaje, cuyo principio y cuyo fin son muy fáciles de verificar. Si el marido alega la impotencia accidental se puede todavía, según nosotros, determinar con certidumbre la fecha del accidente lo mismo que la curación, si es que la hay. Respecto á la enfermedad interna difícil sería la cosa; pero, á nuestro juicio, la enfermedad no se admite como causa de imposibilidad para cohabitar.

1 Valette, *Explicación sumaria del primer libro del Código Civil*, ps. 164 y siguientes.

2 Fallo del Tribunal de Arrás de 6 de Mayo de 1857; sentencias de Poitiérs de 24 de Julio de 1855 y de Angérs de 12 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1858, 2, 138; 1865, 2, 129; 1867, 2, 201).

3 Arntz, *Curso de derecho civil*, t. I, p. 266; 4°, núm. 505.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPITULO III.

De la filiación maternal.

392. El capítulo II del título 7.º se intitula: *De las pruebas de la filiación de los hijos legítimos.* Como tales pruebas admite el acta de nacimiento, la posesión de estado y la prueba testimonial. Dos de estas pruebas, la primera y la tercera, sólo conciernen á la filiación maternal; en cuanto á la filiación paternal no se prueba ni por acta de nacimiento ni por testigos; acabamos de ver que dicha filiación resulta, por vía de presunción, de la concepción ó del nacimiento durante el matrimonio. Por lo que respecta á la posesión de estado abraza, en verdad, tanto la filiación paternal como la maternal. No puede decirse, no obstante, que esa posesión pruebe directamente la paternidad siendo esta prueba siempre imposible. Luego en pura verdad la posesión de estado no prueba más que la maternidad; es decir, el parto de la mujer casada y la identificación del hijo que disfruta de la posesión de estado. La paternidad jamás puede resultar sino de una presunción. Hay, sin embargo, una diferencia considerable entre la prueba de la filiación por posesión de estado y las otras

dos pruebas. Cuando el hijo prueba su filiación maternal por una acta de nacimiento se presume por esto mismo que es hijo del marido, y éste no puede combatir tal presunción sino por el desconocimiento. Si el hijo establece su filiación por testigos tiene también á su favor la presunción de paternidad del art. 312; pero en este caso el marido no está obligado á recurrir al desconocimiento sino que se le admite á la prueba contraria conforme á las reglas del derecho común. La prueba de la filiación por la posesión de estado ocasiona igualmente la presunción de paternidad en provecho del hijo, pero el padre no puede combatirla por el desconocimiento. En efecto, uno de los hechos que el hijo debe probar es que el marido lo ha tratado como á su hijo, y que, en tal calidad, ha provisto á su sustento, á su educación y á su establecimiento. Esto implica el reconocimiento de la legitimidad y, por lo tanto, ya no puede tratarse de desconocimiento. (1)

SECCION 1.—Del acta de nacimiento.

§ I. De la filiacion.

393. Conforme á los términos del art. 319 «la filiación de los hijos legítimos se prueba por las actas de nacimiento inscriptas en los registros del estado civil.» Se necesita la inscripción del acta en los registros porque ella prueba la filiación de los hijos legítimos. Si el oficial público confirma el nacimiento en una hoja suelta tal escrito no tendrá fuerza de prueba porque no constituye una acta del estado civil, siendo la inscripción en el registro una formalidad esencial para que el acta exista. Esto lo hemos establecido en el título de las actas del estado civil. (2) La

1 Valette, *Explicación sumaria del libro I° del Código Civil*, p. 177.
2 Véase el tomo II de estos *Principios*, núm. 14.

hoja suelta no carecerá, sin embargo, de valor para aquel cuyo nacimiento testifica; la inscripción en una hoja suelta es un delito (Código Penal, art. 463); el que se halla vulnerado por tal delito puede formular querella contra el oficial y constituirse en parte civil. Si la instrucción establece que ha habido nacimiento y que se han cumplido las formalidades esenciales el juicio hará veces de una acta de nacimiento. El Código así lo decide respecto al matrimonio y la disposición del art. 198 se aplica por analogía al nacimiento.

¿Es la inscripción en los registros la única condición que se requiere para que el acta exista y, por lo mismo, para que haga fe? Aplícanse al acta de nacimiento los principios que hemos dejado establecidos al explicar el título del estado civil. Se necesita, pues, que el acta sea recibida por el oficial del estado civil y que por él sea firmada. La inobservancia de las demás formalidades prescriptas por la ley no motiva la no existencia ni la nulidad del acta, dan únicamente lugar á rectificación. (1)

394. El art. 319 dice que el acta de nacimiento prueba la filiación de los hijos legítimos. Esto no es exacto. Desde luego el acta de nacimiento jamás prueba la filiación paternal por más que la ley prescriba que se enuncien los nombres del *padre* y de la madre (art. 57); la filiación paternal se establece por las presunciones que acabamos de explicar. Así, pues, no puede tratarse más que de la prueba de la maternidad. Para verificar filiación maternal hay que probar que la dicha mujer ha parido y que el hijo que pretende haber nacido de ella es idéntico con el que ella dió á luz. Así, pues, la prueba de filiación implica dos hechos: el parto y la identidad. Respecto al parto se prueba por el acta de nacimiento, pero es evidente que ésta no

1 Véase el tomo II de estos *Principios*.

prueba la identidad, pudiendo el primer recién venido hacerse expedir un extracto de los registros del estado civil; el hecho de poseer un título no prueba que el que lo posee es el hijo cuyo nacimiento comprueba el acta; se necesita, además, que compruebe su identidad; más adelante diremos cómo se rinde esa prueba. Respecto al parto pruébase por el acta de nacimiento, pero para ello es preciso que el hijo que rinde prueba de su filiación sea legítimo, dice el artículo 319; es decir, que el matrimonio de su madre sea constante (véase el núm. 360).

El acta de nacimiento no prueba, pues, más que el parto. ¿Qué extensión tiene esta prueba? Ateniéndose á la letra del art. 45 habría que decir que el acta de nacimiento hace fe hasta la inscripción en falso. Tal es, en efecto, la opinión de varios autores. En otro lugar hemos examinado la cuestión; según nuestra opinión el acta de nacimiento no hace fe del parto sino salvo prueba en contrario. Aun interpretada de esta manera la ley se separa del rigor de los principios. ¿Qué es, en efecto, el acta de nacimiento? Impropiamente se le ha dado ese nombre. El único hecho que el oficial público corrobora es que ha nacido un niño; en cuanto al punto de saber de quién nació tal niño el oficial del estado civil se limita á comprobar las declaraciones de los comparecientes. ¿Quiénes son éstos? Son personas que asistieron al parto, dice el art. 56. ¿Pero quién garantiza que asistieron? Esas personas ni siquiera deben hacer la declaración de que asistieron; así es que pueden declarar hechos falaces. Estos son simples testimonios que emanan del primer recién venido sin la garantía del juramento que en general la ley exige á los testigos. Conforme al derecho común semejante testimonio no tendría ningún valor. Si la ley le presta fe es porque lo más amenudo los declarantes no tienen ningún interés en alterar la verdad.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pero esto último puede suceder. Era, pues, preciso autorizar la prueba contraria. La prueba contraria es de derecho; únicamente cuando se pone en duda la verdad de una declaración emanada de un oficial público es cuando la ley quiere que el que la ataca inicie acción de falsedad. Ahora bien, ¿qué es lo que el oficial del estado civil testifica en el acta de nacimiento referente á la filiación? Testifica el hecho material de que se le hizo tal declaración; este hecho está, pues, probado hasta la inscripción en falso. Pero el oficial público no testifica la verdad de esta declaración, luego no puede hacer fe sino salvo la prueba en contrario.

Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. La Corte de Lyon había resuelto que el hijo que invocaba una acta de nacimiento no había nacido de la mujer que él pretendía ser su madre sino de otra mujer. Así lo había fallado fundándose en la prueba testimonial, acompañada de principios de prueba por escrito y de presunciones graves. La sentencia fué confirmada por la Corte Suprema. (1) ¿Se ha de inferir de esto que la prueba testimonial no sería admisible sin comienzos de prueba por escrito? Nó, la Corte de Casación no dice tal cosa, únicamente hace notar que en el caso había, además, testimonios por escrito. Es claro que se admitiría la prueba testimonial para establecer que era cabal la declaración de filiación rendida por los comparecientes.

395. El acta de nacimiento ordinariamente contiene que el niño es hijo legítimo de Fulano y de Zutana ó que nació de Fulano y de Zutana, *esposos legítimos*. ¿Tales declaraciones pueden hacer fe sobre la legitimidad? Evidentemente que nó. Antes hemos dicho (núm. 359) cómo se rinde la prueba de la legitimidad. Antes que todo el hijo debe

1 Sentencia de 30 de Noviembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm 224).

probar que su madre estaba casada, y la celebración del matrimonio no se prueba por el acta de nacimiento sino por la de matrimonio inscripta en los registros del estado civil, ó por la posesión de estado, cuando el hijo es el que rinde la prueba con las condiciones determinadas por el art. 197. Así, pues, el acta de nacimiento jamás prueba por sí misma la legitimidad. Ni siquiera es prueba completa de la filiación; más aún, no hace prueba respecto al parto sino cuando el matrimonio es constante. Ninguna duda hay respecto á todos estos puntos. (1)

Acabamos de decir que el acta de nacimiento no prueba el parto sino cuando el matrimonio es constante. Síguese de aquí que, en principio, el hijo concebido durante el matrimonio es el único que puede prevalerse del acta de nacimiento para establecer su filiación maternal. Pero como la ley reputa también legítimo al hijo nacido durante el matrimonio, aunque concebido antes, éste hijo podrá igualmente probar su filiación por el acta de nacimiento. No sucede lo mismo con los hijos concebidos después de la disolución del matrimonio, por lo menos en el sentido de que basta que su legitimidad sea disputada para que deba declararlos ilegítimos, y, por lo mismo, ya no pueden invocar el ar. 319. No son legítimos sino en ausencia de toda duda, y en esta hipótesis no se agita la cuestión de filiación. (2)

396. El art. 56 dice que el nacimiento lo declarará el padre ó, á falta de éste, los doctores en medicina ó en cirujía, parteras, oficiales de sanidad ú otras personas que hayan asistido al parto; y cuando la madre haya parido fuera de su domicilio, por la persona en cuya casa haya te-

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. III, p. 102, nota 108. Sentencia de París de 20 de Mayo de 1808 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 314).

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 652, pfo. 247, nota 7.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nido lugar el alumbramiento. Se pregunta si la declaración hace fe cuando otra persona haya declarado el nacimiento. Reina grande incertidumbre en la doctrina acerca de esta cuestión. Toullier enseña que la declaración no hace fe nunca. (1) Esta opinión se ha visto desacreditada por los errores y pésimas razones que el autor ha adelantado. Considera él á las personas designadas por el art. 56 como oficiales públicos que por la ley tienen una misión, misión que naturalmente otras personas no pueden desempeñar. En seguida Toullier cita algunas sentencias que son extrañas al debate. Hay, sin embargo, una idea justa en su doctrina. El padre, el médico y la partera no son ciertamente oficiales públicos; pero la ley les dicta una misión, y ¿por qué? Porque asistiendo al parto son testigos oculares y su declaración, con este título, merece entera fe. Si hace la declaración una persona que no ha asistido al parto no puede dársele el mismo crédito, y, si ha de decirse la verdad, ninguno merece, porque no se trata ya de un testimonio sino de un hecho aseverado por oídas. Un *lo oí decir* nada prueba; á veces la ley le atribuye la misma fuerza probatoria que á los testimonios bajo el nombre común de *fama pública*, pero ha sido preciso un texto para esto; en ausencia de un texto deben rechazarse los díceres como la más vaga y la más peligrosa de las pruebas; por mejor decir, eso no es una prueba.

Demolombe lo confiesa, pero, como siempre, concluye por hacer cejar el derecho ante el hecho. El declarante, dice, no debe afirmar que asistió al parto; de aquí infiere que el acta de nacimiento será regular, sea cual fuere el individuo á cuyo favor se haya declarado el nacimiento, en tanto que no se pruebe que el declarante ha mentido. Durantón dice poco más ó menos lo mismo. (1) Sin duda alguna que el acta es regular, pero ¿qué importa? Para que la cuestión se presente hay que suponer que se ha atacado como falsa la declaración; se trata entonces de saber si basta que se pruebe que el declarante no asistió al parto ó si debe probarse, como dice Demolombe, que mintió. Nosotros creemos que bastará probar que el compareciente no tenía calidad para hacer la declaración, porque entonces su declaración ya no es más que un simple rumor público que no merece crédito ninguno.

1 Toullier, t. II, p. 98, núm. 863, y la crítica de Duvergier, página 100, nota.

397. El art. 55 quiere que la declaración de nacimiento se haga dentro de los tres días después del parto. ¿Si se hiciese después de ese término el acta de nacimiento tendrá fuerza probatoria? Recordemos desde luego que el oficial del estado civil no puede, en ese caso, inscribir el acta sino en virtud de un juicio; (2) si hay un juicio se aplican los principios que el Código establece respecto á la rectificación de las actas del estado civil; es decir, que no podrá oponerse el juicio sino á aquellos que hayan sido partes en el litigio; ningún efecto tendrá, pues, respecto á otros y, por consiguiente, no hará fe á su particular. Esto decide la cuestión para el caso en que el oficial público haya inscripto sin fallo judicial el acta de nacimiento. Esta acta no puede hacer fe ninguna. Tal es la opinión de Merlín. (3) Una sentencia de la Corte de Caen decide que los jueces podrán conceder fuerza probatoria al acta según las circunstancias de la causa. En el caso particular el acta se había recibido trece días después del parto. El acta no es nula, dice la sententencia, porque la ley no pronuncia la nulidad y, como

1 Demolombe, t. V, p. 167, núm. 191. Durantón, t. III, ps. 119-122, núms. 120 y 121 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 211).
2 Parecer del Consejo de Estado de 8 Brumario, año XI (Véase el t. II de estos *Principios*, núm. 193).
3 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Nacimiento*, pfo. 4.

está redactada en una época tan próxima al nacimiento los hechos que testifica debian ser notorios y, en consecuencia, el oficial del registro civil no puede dejar de tener algún conocimiento de ellos. (1) A nuestro juicio esas son pésimas razones. La ley, ciertamente, no pronuncia la nulidad, y el legislador, acerca de este punto, se ha atenido á los tribunales. Pero el parecer del Consejo de Estado resuelve la cuestión. Si una acta de nacimiento, aunque inscripta en virtud de un juicio, no hace fe respecto á aquellos que no teniendo personalidad en la causa no han podido defender su derecho ¿cómo se quiere que una acta inscripta irregularmente pueda ser opuesta á todo el mundo? ¿Tendría más fuerza una inscripción irregular que una regular? ¿Qué puede decirse del conocimiento personal que el oficial público tiene de los hechos? ¿Acaso según lo que él sabe redacta las actas del estado civil ó por las declaraciones que le presenten los comparecientes? ¿Es declaración la que se hace más ó menos tiempo después de acaecidos los hechos declarados? Si el legislador da crédito á la declaración ¿no es precisamente porque tuvo lugar en el momento del parto?

398. Amenudo es irregular el acta de nacimiento, y ¿hace fe apesar de sus irregularidades? En principio la afirmativa no permite duda alguna. Las irregularidades dan lugar á una demanda de rectificación, y el juicio tendrá efecto respecto á los que han sido partes en la causa (artículo 100). No está en esto la dificultad. Hay irregularidades tan grandes que parecen destruir el título en el sentido de que el hijo no puede prevalerse de ellas para establecer su filiación maternal, de donde se seguiría la grave consecuencia de que él no podría ya invocar la presunción de

1 Sentencia de 3 de Marzo de 1836 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 64). Demolombe abriga esta opinión (t. I, p. 474, número 292) lo mismo que Dalloz, núm. 212.

paternidad establecida por el art. 312, y, por lo tanto, el marido no tendría necesidad de recurrir al desconocimiento para desviar á aquel hijo de la familia. No teniendo título el hijo debería probar su filiación por la posesión de estado, y á falta de posesión invocar la prueba testimonial, lo que no podría hacer sino en tanto que hubiese un principio de prueba por escrito, y la prueba podría ser combatida por toda prueba contraria. Consecuencia que es de extrema gravedad, supuesto que las más de las veces comprometería su estado.

Hay que establecer desde luego un principio. ¿Cuál es el objeto del acta de nacimiento cuando se trata de un hijo legítimo? Es establecer su filiación maternal; no tiene por objeto probar la paternal porque ésta resulta de las presunciones por la ley consagradas. Siguese de aquí que las enunciaciones del acta de nacimiento concernientes á la paternidad jamás pueden oponerse al hijo. Es cierto que el acta de nacimiento debe enunciar el nombre del padre (art. 57), pero no estando destinada dicha mención á hacer fe de la paternidad no puede dañar en nada al hijo. En cuanto á la filiación maternal poco importan también los términos en que esté declarada y comprobada; con tal que el nombre de la madre sea conocido con certeza y que, además, conste el matrimonio la filiación maternal estará probada por el acta de nacimiento; y por ello el hijo tendrá por padre al marido de su madre, y éste no tendrá más que un medio de rechazarlo en la familia: el desconocimiento. (1)

Vamos ahora á aplicar el principio. El acta designa á la madre con su nombre de familia en lugar de designarla con el nombre de su marido, ó la califica de mujer no casada, de soltera; ordinariamente en este caso no se indi-

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 654, nota 10.

cará el nombre del padre. A primera vista estas irregularidades parecen atestiguar contra el hijo haciendo nacer sospechas de adulterio; la mujer se oculta, luego tiene interés en ocultarse. No obstante, hay que resolver, y sin vacilar, que semejante acta de nacimiento designando suficientemente á la madre prueba la filiación maternal y, en consecuencia, la paternidad por vía de presunción. Si la declaración de nacimiento emanase de la madre sería ciertamente comprometedora para el hijo, puesto que de ella resultaría que la madre quiso ocultar el nacimiento del hijo. La ley prevee esta hipótesis, pero no deduce que el acta de nacimiento cese de hacer fe, únicamente da al marido el derecho de desconocer al hijo; lo que implica que el hijo puede invocar la presunción de paternidad y que no puede ser rechazado de la familia sino por el desconocimiento. Muy amenudo la madre permanece extraña á la declaración de nacimiento, y en este caso las irregularidades pueden atribuirse á la ignorancia de los comparecientes, lo que les quita toda gravedad. De todos modos es claro que si consta la filiación maternal hay motivo para aplicar la presunción del art. 312 con todas sus consecuencias. La jurisprudencia se halla en este sentido. (1) La Corte de Aix aplicó estos principios á un caso en que el acta de nacimiento llevaba el nombre de la madre designada como soltera, y agregaba: de padre desconocido; y la madre había confirmado esas declaraciones en las conclusiones que había rendido judicialmenre. Esta última circunstancia alegaba ciertamente contra la legitimidad del hijo; la Corte la hizo á un lado, y con razón, recordando la sabia máxima de Aguesseau «que el padre y la madre no pueden, por su sola

1 Sentencia de la Corte de Casación de 19 de Mayo de 1840, de París de 28 de Junio de 1819 y de Tolosa de 14 de Julio de 1827 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, nums. 221, 59 y 116).

declaración, destruir el estado civil de sus hijos.» Quedaba, pues, el acta de nacimiento que establecía la filiación maternal de un hijo concebido durante el matrimonio; de donde invenciblemente se seguía la presunción de paternidad establecida por el art. 312. (1)

La cuestión aumenta en delicadeza cuando el acta de nacimiento enuncia el nombre de la madre y el nombre de un padre que no es el del marido. Opónese en este caso al hijo un principio tradicional según el cual el título sería indivisible en el sentido de que comprueba á la vez la maternidad y la paternidad: el hijo no puede dividirlo invocándolo para establecer su filiación maternal y rechazándolo en lo que concierne á la paternal. El acta prueba, se dice, una y otra, ó nada prueba, y si prueba una y otra resulta que el hijo es adulterino. Hay que desconfiar de tales máximas banales que se quieren hacer pasar como principios. Ya en el antiguo derecho se ponía á discusión la indivisibilidad del título. D'Aguesseau no la admitía. Cambacères trató de introducirla en el Código Civil, pero sin éxito. Si ha de decirse la verdad este pretendido principio es contrario á todo principio. El Código Napoleón dice que la confesión es indivisible (art. 1356) y esto se comprende; el que de ella se prevale la invoca como prueba de los hechos confesados, y fuerza es que tome los hechos tales como se confesaron. Pero el acta de nacimiento no es una confesión, confirma un hecho por declaración de los que fueron testigos. ¿Y qué hecho es éste? ¿La paternidad y la maternidad, consideradas como hecho indivisible? Nada de eso; el acta de nacimiento es extraña á la prueba de la paternidad, no prueba más que la maternidad. Por lo tanto, fáltale toda base á la teoría de la indivisibilidad. En vano se opondría al hijo que el acta de nacimiento destruye

1 Toullier, *El derecho Civil francés*, t. II, p. 97, núm. 861.

la presunción de paternidad, supuesto que dicha acta indica un padre diferente del marido de su madre. El hijo contestaría, y perentoria sería su respuesta: «Mi filiación maternal está establecida por el acta de nacimiento; luego puedo invocar la presunción de paternidad, y esta presunción no puede destruirse por una declaración del acta de nacimiento, no puede serlo sino por un desconocimiento. En cuanto á la declaración de paternidad que se halla en el acta tendería á probar una filiación adulterina. Prohibiendo la ley esta prueba prohibe al oficial del registro civil que reciba la declaración de filiación adulterina. Si éste la ha recibido es nula y no puede hacer fe ninguna.» La jurisprudencia se halla en este sentido, lo mismo que la doctrina. (1)

Hay, sin embargo, disentimientos. Demante enseña que en todos los casos que acabamos de examinar el acta de nacimiento no prueba ni la *paternidad* ni la *maternidad*; y de ahí infiere que la legitimidad del hijo podría ser combatida por todos los interesados. Cita el art. 57 que quiere que el nombre del padre se enuncie en el acta de nacimiento; si no se hizo así, dice, fué probablemente con una intención que depone contra la legitimidad del hijo. De antemano hemos contestado á estas objeciones. ¿Cómo es posible que un jurisconsulto pueda decir ó solamente suponer que la paternidad se pruebe por el acta de nacimiento? Comprendemos que los tribunales se aparten del rigor de los principios porque casi de un modo necesario sufren la influencia de los hechos. Sólo por esta consideración podemos explicarnos la sentencia de la Corte de Casación pronunciada en el célebre negocio de Virginia Chady·

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 655, nota 12, Demolombe, t. V, p. 172, núm. 197. Sentencias de París de 6 de Enero de 1834 y de Montpellier de 20 de Marzo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 66, y las sentencias citadas en el núm. 219).

El acta de nacimiento decía que el *niño* había nacido de una mujer que no era *libre*, ó indicaba como padre á otro que no era el marido. Se juzgó que esa acta no probaba la filiación maternal por más que el matrimonio de la madre fuese constante, de donde podría inferirse que el acta de nacimiento no hace prueba de la maternidad sino cuando el hijo ha sido inscripto con el nombre *de mujer* de su madre, lo que lo obligaría á investigar la maternidad por la vía de la prueba testimonial; pero la ley no admite la prueba por testigos sino cuando hay un principio de prueba por escrito, y la Corte de Casación decidió que el acta de nacimiento no podía invocarse como tal. (1) La mayor parte de los autores critican esta sentencia, y con razón. Basta leer el art. 323 para convencerse de que la Corte Suprema se ha colocado fuera de la ley. Conforme á los términos de este artículo el hijo no debe recurrir á la prueba testimonial para probar su filiación sino en uno de estos dos casos: 1°, cuando *no hay acta de nacimiento*; 2°, cuando el acta ha sido inscripta *con nombres falsos* ó como nacido de *padre y madre desconocidos*. Pues bien, en el caso de que tratamos existía una acta de nacimiento; el hijo no estaba inscripto con un nombre falso ni como nacido de padres desconocidos. Luego no había lugar á la prueba testimonial. Teniendo el hijo una acta de nacimiento podía invocar el art. 312, salvo el desconocimiento del marido de su madre. (2)

El art. 233 nos dice cuándo cesa de hacer fe el acta de nacimiento, y es cuando el hijo está inscripto, sea con falsos nombres, sea como nacido de padres desconocidos. Semejante acta sólo atestigua que un niño ha nacido, pero no

1 Sentencia de 22 de Enero de 1811 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 220).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núms. 220 y 221. Durantón, t. III, ps. 112 y siguientes, núms. 116-120.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

comprueba su filiación porque nada dice acerca de ella ó la falsifica. No obstante, es posible que dicho niño haya nacido de mujer casada y, que por lo mismo, sea legítimo. La ley presta un medio de probar su legitimidad, y este medio es la prueba testimonial, de la cual hablaremos más adelante.

§ II.—De la prueba de la identidad.

399. Hemos dicho que el acta de nacimiento no prueba la identidad. Esto es evidente. Así, pues, cuando el hijo produce una acta de nacimiento, pero que se duda de su identidad, es preciso que pruebe que es el mismo hijo parido por tal mujer y cuyo parto testifica el acta de nacimiento. ¿Cómo se rendirá esta prueba? Ordinariamente se contesta que por la posesión de estado, pero agregando que la posesión no debe tener todos los caracteres exigidos por el art. 321. (1) Cierto es que no puede exigirse que el hijo pruebe su identidad por la posesión de estado tal como la ley la define. Semejante posesión prueba por sí sola la filiación paternal y maternal, mientras que en este caso se trata únicamente de establecer que el acta de nacimiento pertenece al hijo que de ella se prevale. Los autores tienen, pues, razón para decir que la posesión invocada por el hijo para probar su identidad no debe tener los caracteres que el Código Civil enumera en el art. 321. Pero entonces no es exacto decir que la identidad esté establecida por la posesión de estado. Un hijo, dícese, se educa lejos de sus padres, en el lugar en donde se levantó su acta de nacimiento, acta que designa á una mujer casada como su madre; este hijo es conocido públicamente como el que se denomina en el acta. ¿Es esta una posesión de estado aun limitada? Ciertamente que no, supuesto que el carácter principal de la posesión de estado le hace falta; se supone, en efecto, que creado lejos de sus padres no ha sido tratado como hijo en la familia. En definitiva esto no es una posesión de estado, son testimonios que establecen que el hijo indicado en una acta de nacimiento es el mismo que el que alega esa acta para establecer su filiación. Esta prueba se rinde por testigos. En el antiguo derecho así se decidía, y tal es también la doctrina y la jurisprudencia bajo el dominio del Código Napoleón. Esto es la aplicación de los principios que rigen la prueba testimonial. Los hechos puros y sencillos, hechos materiales que por sí mismos no producen ni derecho ni obligación, se prueban por testigos. Tales son los hechos que establecen la identidad del hijo. En vano se dirá que pudiendo en rigor probarse la identidad por escrito, es decir, por un certificado expedido, sea por la autoridad local, sea por un notario, de ello resulta que la prueba testimonial no es admisible; contestaremos con Cochin en uno de sus luminosos alegatos: «Un hijo, de cualquiera edad que sea, no va á presentarse varias veces á los oficiales públicos para verificar que sigue siendo el mismo hijo: es, pues, una necesidad absoluta recurrir sobre este punto de hecho á la prueba testimonial.» (1)

400. ¿El hijo no será admitido á la prueba testimonial sino con las condiciones determinadas por el art. 323? Este artículo dice que el hijo que pide probar su filiación por testigos no será admitido á esta prueba sino cuando hay un principio de prueba por escrito ó cuando las presuncio-

1 Valette acerca de Proudhón, *Tratado del estado de las personas*, t. II, p. 79.

1 Cochin, Alegato CVII (Obras, t. IV, p. 486). Sentencia de Bruselas de 9 de Julio de 1821 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 228). Esta es la doctrina unánime de los autores (Dalloz, *ibid.*)

comprueba su filiación porque nada dice acerca de ella ó la falsifica. No obstante, es posible que dicho niño haya nacido de mujer casada y, que por lo mismo, sea legítimo. La ley presta un medio de probar su legitimidad, y este medio es la prueba testimonial, de la cual hablaremos más adelante.

§ II.—De la prueba de la identidad.

399. Hemos dicho que el acta de nacimiento no prueba la identidad. Esto es evidente. Así, pues, cuando el hijo produce una acta de nacimiento, pero que se duda de su identidad, es preciso que pruebe que es el mismo hijo parido por tal mujer y cuyo parto testifica el acta de nacimiento. ¿Cómo se rendirá esta prueba? Ordinariamente se contesta que por la posesión de estado, pero agregando que la posesión no debe tener todos los caracteres exigidos por el art. 321. (1) Cierto es que no puede exigirse que el hijo pruebe su identidad por la posesión de estado tal como la ley la define. Semejante posesión prueba por sí sola la filiación paternal y maternal, mientras que en este caso se trata únicamente de establecer que el acta de nacimiento pertenece al hijo que de ella se prevale. Los autores tienen, pues, razón para decir que la posesión invocada por el hijo para probar su identidad no debe tener los caracteres que el Código Civil enumera en el art. 321. Pero entonces no es exacto decir que la identidad esté establecida por la posesión de estado. Un hijo, dícese, se educa lejos de sus padres, en el lugar en donde se levantó su acta de nacimiento, acta que designa á una mujer casada como su madre; este hijo es conocido públicamente como el que se denomina en el acta. ¿Es esta una posesión de estado aun limitada? Ciertamente que no, supuesto que el carácter principal de la posesión de estado le hace falta; se supone, en efecto, que creado lejos de sus padres no ha sido tratado como hijo en la familia. En definitiva esto no es una posesión de estado, son testimonios que establecen que el hijo indicado en una acta de nacimiento es el mismo que el que alega esa acta para establecer su filiación. Esta prueba se rinde por testigos. En el antiguo derecho así se decidía, y tal es también la doctrina y la jurisprudencia bajo el dominio del Código Napoleón. Esto es la aplicación de los principios que rigen la prueba testimonial. Los hechos puros y sencillos, hechos materiales que por sí mismos no producen ni derecho ni obligación, se prueban por testigos. Tales son los hechos que establecen la identidad del hijo. En vano se dirá que pudiendo en rigor probarse la identidad por escrito, es decir, por un certificado expedido, sea por la autoridad local, sea por un notario, de ello resulta que la prueba testimonial no es admisible; contestaremos con Cochin en uno de sus luminosos alegatos: «Un hijo, de cualquiera edad que sea, no va á presentarse varias veces á los oficiales públicos para verificar que sigue siendo el mismo hijo: es, pues, una necesidad absoluta recurrir sobre este punto de hecho á la prueba testimonial.» (1)

400. ¿El hijo no será admitido á la prueba testimonial sino con las condiciones determinadas por el art. 323? Este artículo dice que el hijo que pide probar su filiación por testigos no será admitido á esta prueba sino cuando hay un principio de prueba por escrito ó cuando las presuncio-

1 Valette acerca de Proudhón, *Tratado del estado de las personas*, t. II, p. 79.

1 Cochin, Alegato CVII (Obras, t. IV, p. 486). Sentencia de Bruselas de 9 de Julio de 1821 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 228). Esta es la doctrina unánime de los autores (Dalloz, *ibid.*)

nes ó indicios que resultan de los hechos desde entonces constantes son bastantes para determinar la admisión. La jurisprudencia aplica generalmerte el art. 323 al caso en que el hijo portador de una acta de nacimiento quiere rendir la prueba de su identidad por testigos. (1) No vacilamos en decir que éste es un error, y tal es también la opinión de los autores. (2) La jurisprudencia confunde la prueba de la identida con la prueba de la filiación. ¿Qué es lo que debe probar el hijo que quiere establecer su filiación por medio de testigos? Debe probar que la mujer de la que pretende originarse ha parido y que él es idénticamente el mismo que el hijo que ella ha parido (art. 341). El hijo tiene, pues, que establecer dos hechos en el caso del art. 323: el parto de la mujer que él reclama como madre y su identidad con el hijo de ésta. Ahora bien, cuando el hijo produce una acta de nacimiento el hecho primero queda establecido por el acta; queda únicamente por probar la identidad. Compréndese que el legislador se haya mostrado más severo cuando se trata de rendir la prueba completa de la filiación por testigos que cuando únicamente se trata de probar por testigos uno de los hechos que constituyen la filiación; es decir, la identidad. ¿Qué hace, pues, la jurisprudencia cuando extiende la disposición del art. 323 al caso previsto por el art. 319? Ella hace la ley; basta para convencerse leer la sentencia de la Corte de Casación de 1818. Esta sentencia dice que la prueba testimonial está autorizada, *en materia de reclamación de estado*, cuando existe un principio de prueba. La Corte, como se ve, generaliza el art. 323, siendo así que es

1 Sentencia de la Corte de Casación de 27 de Enero de 1818; de París de 13 Floreal, año XVII, de Burdeos de 25 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 229 y 230).

2 Valette respecto á Proudhón, t. II, ps. 79 y siguientes. Demolombe, t. V, p. 183, núm. 203 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, número 231).

una disposición especial: el intérprete no tiene ese derecho

Se hace una objeción contra la doctrina que enseñan los autores. Estamos suponiendo que el hijo produce una acta de nacimiento y hemos dicho que tal título establece el parto de la mujer que dicho hijo reclama como madre. Nada de esto existe, se contesta, porque aquel título está á discusión; es todavía dudoso que el hijo pueda hacerlo valer, puesto que todavía se ignora si le pertenece. Luego en realidad se está en el caso del art. 323; hay *falta de título* y de posesión constante. La objeción no es seria, tiende nada menos que á anular el título. Existe una acta de nacimiento y por ella queda probado que la mujer designada ha parido un niño. Esto no lo disputan los adversarios del hijo; ¿qué es, pues, lo que disputan? Niegan que él sea el hijo que aquella mujer ha parido; niegan no el título sino la identidad. Supuesto que no niegan el título éste existe y, en consecuencia, no estamos en el caso previsto por el art. 323.

401. Sin duda alguna que no carece de peligro permitir la prueba testimonial, siquiera sea para establecer la identidad. En rigor un aventurero puede servirse de esa prueba para entrar en una familia que le es extraña. Pero el riesgo no es tan grande cuando la prueba testimonial se invoca para probar la identidad como cuando haya de servir para probar la filiación. En nuestro caso hay un hijo, supuesto que hay una acta de nacimiento; los padres ó los demás parientes deben saber lo que ha sido de ese niño. Si vive aún la reclamación de estado que intentase un advenedizo acerca de una filiación que no le corresponde se apartaría fácilmente. Murió; entonces el demandado debe probar el fallecimiento, y si queda probado que ha muerto el hijo cuya acta de nacimiento se produce es evidente que dicha acta ya no puede servir para establecer la filia-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ción del que ha intentado la acción de reclamación de estado. Pero aquí se presenta una nueva dificultad. ¿El que actúa en declalaración de estado produciendo una acta de nacimiento á la que se opone una acta de defunción puede probar que ésta es falsa? Una sentencia de la Corte de Tolosa ha rechazado la inscripción de falso porque sería inútil aun cuando se la admitiese. (1) La Corte parte del principio consagrado por la jurisprudencia: que la identidad no puede probarse por testigos, á menos que haya un principio de prueba por escrito. En este sistema es evidente que la inscripción en falso sería frustratoria, porque aun suponiendo que el hijo viva todavía el actor no tendría derecho á probar que él es ese hijo, porque no hay principio de prueba. Pero si se admite la doctrina que acabamos de exponer hay que permitir al que ataca el acta de defunción inscribirse en falso. En efecto, si se declara falsa el acta de defunción queda el acta de nacimiento que prueba el parto, y la identidad podrá establecerse por la prueba testimonial.

402. En el caso juzgado por la Corte de Tolosa el hijo que producía el acta de nacimiento tenía una posesión de estado contraria á su título. Esta circunstancia complica la dificultad en el sentido de que el riesgo que presenta la prueba testimonial aumenta; y bien, ¿no es á causa de este riesgo por lo que el art. 323 exige que la prueba testimonial se apoye en un principio de prueba? Si se tratase de hacer la ley se podría sostener este sistema, pero se trata de interpretar la ley, y no vemos ni texto ni principio que prohiba al hijo invocar el acta de nacimiento cuando existe una posesión de estado contraria á aquel título. Sólo á falta de una acta de nacimiento es cuando la posesión de

1 Sentencia de Tolosa de 7 de Julio de 1818 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 320, 10) y la crítica de Dalloz, núm. 232.

estado prueba la filiación (art. 320). Luego cuando existe un título no hay ya lugar para invocar la posesión de estado. El título prueba que una mujer ha parido y, en consecuencia, que existe un hijo. Queda por rendir la prueba de la identidad, que será más difícil de procurar cuando el hijo tiene una posesión de estado contraria á sus pretensiones. Esta dificultad habría podido inducir al legislador á no admitir la prueba por testigos sin un principio de prueba. Pero el legislador no lo ha hecho y no atañe al intérprete llenar el vacío si es que lo hay.

SECCION II.—De la posesión de estado.

403. El art. 321 define así la posesión de estado: «Ella se establece por una reunión suficiente de hechos que indiquen la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia á que pretende pertenecer....» La ley agrega: «Los principales de estos hechos son: que el individuo ha llevado el *nombre* del padre al que pretende pertenecer; que el padre lo ha *tratado* como á hijo suyo y, con este caracter, ha provisto á su educación, á su manutención y á su establecimiento; que constantemente ha sido *reconocido* como tal en la sociedad; que como tal ha sido *reconocido* por la familia.» Esto es lo que en el lenguaje de la escuela se llama *nomen, tractatus, fama.* Se pregunta si han de concurrir todos los hechos enumerados por la ley. también se pregunta si el hijo no puede alegar otros. El texto y el espíritu de la ley no dejan duda alguna acerca de estas cuestiones. El art. 321 dice que se necesita una reunión *suficiente* de hechos y en seguida indica los principales. Así, pues, no hay ninguna restricción, ninguna limitación en los términos de la ley. La posesión de estado, dice Bigot-Préameneu, puede componerse de hechos tan

ción del que ha intentado la acción de reclamación de estado. Pero aquí se presenta una nueva dificultad. ¿El que actúa en declalaración de estado produciendo una acta de nacimiento á la que se opone una acta de defunción puede probar que ésta es falsa? Una sentencia de la Corte de Tolosa ha rechazado la inscripción de falso porque sería inútil aun cuando se la admitiese. (1) La Corte parte del principio consagrado por la jurisprudencia: que la identidad no puede probarse por testigos, á menos que haya un principio de prueba por escrito. En este sistema es evidente que la inscripción en falso sería frustratoria, porque aun suponiendo que el hijo viva todavía el actor no tendría derecho á probar que él es ese hijo, porque no hay principio de prueba. Pero si se admite la doctrina que acabamos de exponer hay que permitir al que ataca el acta de defunción inscribirse en falso. En efecto, si se declara falsa el acta de defunción queda el acta de nacimiento que prueba el parto, y la identidad podrá establecerse por la prueba testimonial.

402. En el caso juzgado por la Corte de Tolosa el hijo que producía el acta de nacimiento tenía una posesión de estado contraria á su título. Esta circunstancia complica la dificultad en el sentido de que el riesgo que presenta la prueba testimonial aumenta; y bien, ¿no es á causa de este riesgo por lo que el art. 323 exige que la prueba testimonial se apoye en un principio de prueba? Si se tratase de hacer la ley se podría sostener este sistema, pero se trata de interpretar la ley, y no vemos ni texto ni principio que prohiba al hijo invocar el acta de nacimiento cuando existe una posesión de estado contraria á aquel título. Sólo á falta de una acta de nacimiento es cuando la posesión de

1 Sentencia de Tolosa de 7 de Julio de 1818 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 320, 10) y la crítica de Dalloz, núm. 232.

estado prueba la filiación (art. 320). Luego cuando existe un título no hay ya lugar para invocar la posesión de estado. El título prueba que una mujer ha parido y, en consecuencia, que existe un hijo. Queda por rendir la prueba de la identidad, que será más difícil de procurar cuando el hijo tiene una posesión de estado contraria á sus pretensiones. Esta dificultad habría podido inducir al legislador á no admitir la prueba por testigos sin un principio de prueba. Pero el legislador no lo ha hecho y no atañe al intérprete llenar el vacío si es que lo hay.

SECCION II.—De la posesión de estado.

403. El art. 321 define así la posesión de estado: «Ella se establece por una reunión suficiente de hechos que indiquen la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia á que pretende pertenecer....» La ley agrega: «Los principales de estos hechos son: que el individuo ha llevado el *nombre* del padre al que pretende pertenecer; que el padre lo ha *tratado* como á hijo suyo y, con este caracter, ha provisto á su educación, á su manutención y á su establecimiento; que constantemente ha sido *reconocido* como tal en la sociedad; que como tal ha sido *reconocido* por la familia.» Esto es lo que en el lenguaje de la escuela se llama *nomen, tractatus, fama.* Se pregunta si han de concurrir todos los hechos enumerados por la ley. también se pregunta si el hijo no puede alegar otros. El texto y el espíritu de la ley no dejan duda alguna acerca de estas cuestiones. El art. 321 dice que se necesita una reunión *suficiente* de hechos y en seguida indica los principales. Así, pues, no hay ninguna restricción, ninguna limitación en los términos de la ley. La posesión de estado, dice Bigot-Préameneu, puede componerse de hechos tan

no en tanto que sea pública y que no sea disputada por los ascendientes. (1) La publicidad cierto es que no se exige formalmente por el texto de la ley, pero todos los hechos que éste indique tienen un carácter público, y la posesión, en general, no la toma en consideración el legislador sino cuando es pública.

Variando la prueba de la posesión de estado de un caso al otro las sentencias casi no pueden servir de premisas en esta materia. Nos limitaremor á citar un ejemplo. La Corte de Metz juzgó que el hecho de haber llevado el nombre del padre á que el hijo pretende pertenecer, y el hecho de haber sido reconocido como legítimo en la sociedad, no son suficientes para que haya posesión de estado. La decisión fué confirmada por la Corte de Casación. (2)

402. ¿En qué consiste la prueba de la posesión de estado? Difiere esencialmente de la prueba literal y de la prueba testimonial. El acta de nacimiento, si consta la identidad, prueba la filiación maternal; es decir, el hecho de que tal mujer parió al hijo que reclama su estado; la filiación resulta por vía de consecuencia, supuesto que establecido el matrimonio el hijo tendrá por padre al marido de su madre. Así es que la prueba literal implica la del parto y, si hay lugar, la de la identidad. Pasa lo mismo con la prueba testimonial: los testigos deben deponer que la mujer reclamada por el hijo como su madre ha parido y que el hijo que intenta la acción es el que ella ha parido. El hijo que alega la posesión de estado ¿debe también probar el parto de la mujer que él dice ser su madre y, además, su identidad? Esto se ha pretendido: la Corte de Tolosa ha rechazado tal pretensión, que es contraria al tex-

1 Sentencia de 8 de Enero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 331).

2 Sentencia de 25 de Agosto de 1812 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 329, 2°).

numerosos y tan variados que su enumeración habría sido imposible. «Por la misma razón,» continúa el Orador del Gobierno, «la ley no exige que todos esos hechos concurran.» El objeto de la ley es probar que el hijo ha sido reconocido y tratado como legítimo: no importa que la prueba resulte de hechos más ó menos numerosos, basta que sea clara. (1)

El texto del proyecto tal como se acordó por el Consejo de Estado podía dejar alguna duda acerca de la cuestión de saber si era precisa la reunión completa de los hechos relativos en el artículo. Para desvanecer esa duda se adoptó la redacción actual á propuesta del Tribunado. (2) El Tribunado pidió que los hechos enumerados por la ley fuesen únicamente considerados como ejemplos que serían una guía para el juez sin impedirle su acción. Imposible era, en esta materia, precisarlo todo de antemano, porque la posesión de estado es una cuestión esencialmente de hecho, y los hechos varían de un caso para otro á causa de la diversidad infinita de las relaciones individuales y sociales. (3)

Los jueces tienen, pues, un poder de apreciación que resulta de la naturaleza misma de la prueba; pero este poder no debe ejercerse de una manera arbitraria. Se trata del estado de los hombres, es decir, de lo que más importante tienen en la vida civil. Por lo tanto, dice la Corte de Casación, los magistrados no podían ser demasiado circunspectos acerca de la naturaleza y la calidad de las pruebas que ellos admiten con los fundamentos de la posesión de estado; en su derecho están para no reconocer esta pesesión si-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 19 (Locré, tomo III, p. 89).

2 Observaciones de la Sección de Legislación del Tribunado, número 11 (Locré, t. III, p. 78).

3 Lahary, Informe al Tribunado, núm. 21 (Locré, t. III, p. 113). Duveyrier, Discursos, núm. 25 (Locré, t. III, p. 130).

to y que está en oposición con la naturaleza misma de la posesión de estado. (1) El Código Civil enumera los hechos principales que el hijo debe probar; entre estos hechos no se encuentran ni el pacto ni la identidad. ¿Puede concebirse que un hijo haya llevado siempre el nombre de sus padres, que haya sido tratado como hijo por ellos, que como tal lo hayan reconocido la familia y la sociedad y que no haya habido parto? El parto está, pues, probado por el hecho solo de que hay posesión de estado; luego habría sido lógico exigir una prueba distinta de tal hecho.

La posesión de estado difiere, además, bajo otro respecto de la prueba testimonial. Cuando el hijo produce una acta de nacimiento no prueba directamente más que la filiación maternal; no tiene que probar su filiación paternal, resultando ésta, por via de presunción, del matrimonio y del nacimiento del hijo durante el matrimonio. También la prueba testimonial sólo concierne á la filiación maternal y es extraña á la paternidad. No pasa lo mismo con la paternidad. Cosa notable, el art. 321 ni siquiera habla de la madre; quiere que el hijo pruebe que siempre ha llevado el nombre del *padre* á que pretende pertenecer, y que el *padre* lo haya tratado como á hijo. Esto se comprende. En cuanto al nombre naturalmente que el hijo debe llevar el de su padre, supuesto que se trata de un hijo legítimo. Además, el padre es el que provee al substento, á la educación y al establecimiento del hijo. ¿Quiere esto decir que el hijo no debe probar la posesión de estado respecto á su madre? Esto sería absurdo. Porque el hijo quiere probar que es legítimo; es decir, hijo de tal mujer casada con tal hombre. Esta prueba es complexa por su naturaleza, abraza la filiación paternal y maternal; y hasta es imposible se-

1 Sentencia de 4 de Junio de 1842 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 248).

pararlas: las dos pruebas no pueden dividirse, así como no puede dividirse la filiación. Si otra cosa es en la prueba literal y en la prueba testimonial es que estas pruebas se dirigen directamente al parto de la madre, mientras que la posesión de estado implica el parto. La naturaleza complexa que el hijo tiene que rendir resulta de la definición misma de la posesión de estado; ésta debe, dice el art. 321, establecer la relación de filiación que existe entre él y al *familia* á la que pretende pertenecer; la ley no dice *el padre*, tampoco dice *la madre*, dice *la familia*. (1) Esto decide la cuestión y maravilla verla discutida.

Se pretende que los efectos de la posesión de estado son perfectamente divisibles. Una mujer, se dice, puede, en ausencia de su marido y sin que él lo sepa, tratar á un niño como hijo legítimo. (2) Sin duda que sí, ¿pero de ello resultaría que aquél tenga posesión de estado? Nó, según el texto mismo de la ley; en efecto, el hijo no ha establecido el vínculo de filiación que existe entre él y la *familia* á la cual pretende pertenecer. ¿De qué le serviría, pues, esta prueba? Es una confesión de la madre. ¿Pero para qué sería buena esta confesión? Para nada, porque la confesión de la madre no es una prueba de la filiación, ni siquiera de la filiación maternal. Acerca de este último punto hay una sentencia contraria de la Corte de Tolosa que parece resolver que la posesión de estado, probada respecto de la madre, acarrea, por vía de presunción, la prueba de la paternidad. (3) Esto es inadmisible. La ley no reconoce este efecto sino al acta de nacimiento y, en ciertos límites, á la prueba testimonial. En cuanto á la posesión de estado si es real, es decir, si reune los caracteres determinados por

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 657, núm. 5.
2 Bonnier, *Tratado de las pruebas*, núms. 128 y 141.
3 Sentencia de 4 de Junio de 1842 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 248, y la crítica del mismo, núm. 249).

ma ley lo exige en principio hasta el momento en que el hijo queda establecido. En tanto que el hijo no está establecido, lo que en general implica su minoría, casi no se concibe la interrupción en su estado; debe habitar con su padre. Si está colocado en una pensión ó con un maestro es por voluntad de su padre; necesariamente, pues, hay hechos de posesión; la interrupción no podría acaecer sino en circunstancias excepcionales y, en tal caso, el hijo debería motivarla y justificarla. (1)

406. Según los términos del art. 253 del Código de Procedimientos el tribunal puede ordenar la averiguación si los hechos son admisibles, lo que da al juez un poder discrecional en materia de prueba testimonial; puede admitirla ó rehusarla, dice la Corte de Casación, y el legislador se atiene á la conciencia de aquél. (2) Si los hechos articulados por el hijo son de tal naturaleza que no probasen la filiación, aunque quedasen establecidos, la averiguación judicial sería frustratoria. Por otra parte, el juez puede hallar en los documentos de la causa pruebas suficientes para decidir la contienda, sea en pró, sea en contra del hijo; todavía en tal caso es inútil proceder á la averiguación judicial. La posesión de estado se establece, cierto es, por regla general con testigos, pero puede suceder que ella resulte de los escritos producidos por el actor; ó bien puede suceder que los escritos producidos por el reo prueben que el hijo no tiene la filiación que él reclama. Hé ahí por qué la admisión de la prueba testimonial debe ser facultativa.

407. ¿Cuándo hay lugar para probar la filiación por medio de la posesión de estado? El art. 319 contesta: „A falta de título;" es decir, cuando no existe acta de nacimiento inscripta en los registros del estado civil. No hay que distinguir las causas por las cuales no hay título. El proyecto presentado al Consejo de Estado por la Sección de Legislación decía: „Si se han perdido los registros ó si no se han llevado es suficiente la posesión constante de hijo legítimo." Esto equivalía á limitar la admisión de la posesión de estado al caso previsto por el art. 46; y en este caso el Código admite la prueba testimonial, aun sin un comienzo de prueba; esto habría, pues, equivalido á otorgar al hijo un derecho del cual en rigor podía pasarse y rehusárselo en todos los demás casos en que no hay acta de nacimiento sin que se pueda nunca imputarle la falta de título. En principio, sea cual fuere la causa por la cual el hijo no tiene título, la ley debe permitirle que se prevalga de la posesión de estado. Tal es lo que indica la nueva redacción. (1) Infiérese de esto que el hijo ni siquiera necesita indicar la causa por la cual no tiene título; es suficiente con que no lo tenga para que sea admisible la prueba por medio de la posesión de estado. (2)

Pero sólo á falta de título se admite la posesión de estado como prueba de la filiación de los hijos legítimos. Si hay acta de nacimiento este título es el que decide, porque es la prueba por excelencia de la filiación. Acabamos de decir que este título hace fe en favor del hijo aun cuando lo contradijese la posesión de estado.

Pero tampoco puede invocar el hijo la posesión de estado contra su título. Se le opondría el art. 320 que formalmente dice que á falta de título basta la posesión de estado. Salvo que el hijo sostenga que fué inscripto con falsos

1 Compárese Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V, p. 190, núm. 210.

2 Sentencia de 19 de Mayo de 1830 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 252).

1 Sesión del Consejo de Estado de 16 Brumario, año VI, núm. 7 (Loeré, t. III, p. 38).

2 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. III, p. 656 y nota 13.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la ley, hace completa prueba de la filiación maternal y de la paternal. Y si no es completa nada prueba y no tiene ningún efecto. (1)

Sólo un caso hay en el cual la posesión de estado pueda dividirse, y es cuando el padre muere antes del nacimiento del hijo; es imposible probar hechos asentados por un padre que ya no existe; lo mismo que no pueden establecerse hechos de posesión concernientes á la madre cuando ésta muere de parto. (2)

405. ¿Cómo se rinde la prueba de la posesión de estado? Por medio de testigos; ninguna duda hay acerca de este punto, supuesto que la posesión se compone de hechos materiales que por sí mismos no producen ni derecho ni obligación. Conforme á los principios generales la prueba testimonial es, pues, admisible sin comienzo de prueba por escrito. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo. Por mejor decir, ni siquiera hay lugar á cuestión. Resulta, sin embargo, á primera vista una contradicción entre el art. 321 y el 323. La ley no admite la prueba testimonial sino cuando existe un comienzo de prueba, mientras que la posesión de estado se prueba por medio de testigos, sin que haya un comienzo de prueba por escrito, ni indicios ni presunciones. La diferencia se explica. Cuando el hijo recurre á la prueba testimonial no tiene título, no tiene posesión de estado y todas las probabilidades están en su contra; por lo mismo, la ley debería temer los testimonios falsos y, en consecuencia, hacer á un lado tal riesgo exigiendo un comienzo de prueba. La posesión de estado no ofrece este riesgo. Como lo dijo el Orador del Gobierno no hay prueba más cierta de la filiación como la posesión de

1 Demolombe, t. V, p. 192, núm. 211. Marcadé, t. II, p. 24, artículo 321, núm. 11.

2 Valette, *Explicación sumaria del libro 1° del Código Civil*, página 177.

estado. (1) Es una serie de hechos exteriores y notorios que implican la confesión de todos aquellos que estuvieren interesados en repeler al hijo si no fuere legítimo. Siendo públicos los hechos que constituyen la posesión de estado difícilmente se concibe el falso testimonio; sería preciso que todos los que están en aptitud de conocer los hechos se concertasen para mentir á la justicia.

Hay además otra garantía contra los falsos testimonios en el carácter de los hechos que el hijo debe probar. El artículo 319 quiere que la posesión sea *constante*; el art. 321 exige que el hijo haya llevado *siempre* el nombre del padre al cual pretende pertenecer; que el padre lo haya tratado como á su hijo; la ley no agrega *siempre* ni *constantemente*, pero implícitamente lo prescribe al decir que el padre debe haber provisto al *substento* del hijo, á su *educación*, á su *establecimiento*, lo que abraza toda la vida del hijo, desde que nace hasta el momento en que deja á su familia para fundar otra nueva. Por último, se necesita que el hijo haya sido reconocido *constantemente* en la sociedad como perteneciente á la familia que él reclama como suya. El texto, pues, exige una posesión continua no interrumpida, á contar desde el nacimiento hasta el establecimiento del hijo. Si la posesión de estado no subiese hasta el nacimiento del hijo no sería prueba de filiación. Los primeros años son, sobre todo, decisivos, porque entonces los hechos son la expresión de la realidad, y hasta cierto punto el grito de la Naturaleza. Si la posesión de estado comienza más tarde hay peligro de fraude: puede temerse que los padres traten como propio al hijo que les es extraño. Preciso es también que la posesión de estado haya continuado; la mis-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de Motivos, núm. 19 (Locré, t. III p. 89). Acerca de la jurisprudencia y de la doctrina véase Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 251.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nombres, que es el caso previsto por el art. 323. En este caso será admitido á rendir la prueba de filiación por medio de testigos, pero con la condición de que haya un principio de prueba resultante de indicios ó de presunciones. Lo mismo pasaría si el hijo hubiese sido inscripto como nacido de padre y madre desconocidos; si tuviese la posesión de hijo legítimo no podría prevalerse de ella, siempre por aplicación del principio establecido por el art. 320, pero sería admitido á probar su filiación por medio de testigos con la condición de un comienzo de prueba (art. 323). El sistema del Código está fundado en razón. Cuando el hijo tiene una posesión de estado contraria á la filiación que le presta su acta de nacimiento la posesión pierde toda autoridad; si el hijo perteneciese realmente á aquellos cuyo nombre lleva y que como tal lo traten ¿lo habrían inscripto con falsos nombres ó como nacido de padre y madre desconocidos? Ciertamente que no. Hay, pues, que creer que este niño tiene otra filiación que la que le da su posesión de estado. La ley debía admitirlo á rendir la prueba de su verdadera filiación, pero con garantías que prevengan el riesga de testimonios falsos.

408. Cuando la posesión de estado queda establecida prueba la filiación, pero no prueba la legitimidad. Decimos que prueba la filiación de una manera absoluta; es decir, la filiación materna y paterna. No podría combatirs esta prueba por el desconocimiento, porque implica la confesión del marido de la madre, siendo uno de los elementos de la posesión de estado que el padre haya tratado al hijo como suyo. Esta es una diferencia marcada entre la posesión de estado y el acta de nacimiento, así como la prueba testimonial. Cuando el hijo prueba su filiación por el acta de nacimiento el padre puede desconocerlo, y si es por medio de testigos él puede probar por todo medio legal que no es el padre de tal hijo. Sin duda alguna que cuando el hijo alega la posesión de estado el marido puede combatir sus pretensiones en el curso de la contienda; puede negar que tenga posesión, puede oponer al hijo un fin de no recibir produciendo una acta de nacimiento, supuesto que no há lugar á la posesión de estado sino á falta de título. Del mismo modo padre y madre podrían probar que nunca han tenido hijo alguno ó que el hijo que tuvieron ha muerto. En todos estos casos no hay posesión de estado y, por lo tanto, no hay filiación. Pero una vez admitida la posesión ya no puede ser combatida ni aun por el desconocimiento, supuesto que aquella implica que el padre ha reconocido al hijo como suyo. (1)

Hay aún esta otra diferencia entre la posesión de estado y el acta de nacimiento: que la posesión prueba la identidad mientras que el acta sólo prueba la filiación. El hecho de la identidad no puede ser separado, en ese caso, del parto, porque la prueba no estriba directamente en la preñez y el nacimiento sino que abraza un conjunto de hechos, como lo expresa el art. 321, y tales hechos implican la identidad de la cual la posesión de estado es la prueba por excelencia.

La posesión de estado hace, pues, prueba completa de la filiación. Pero ella supone, como todas las pruebas de la filiación legítima, que hay matrimonio. Así, pues, si los adversarios del hijo niegan que sus pretensos padre y madre hayan sido casados no habrá posesión de estado; por mejor decir, el hijo deberá producir el acta de celebración del matrimonio de su padre y madre, si no no se le admitirá rendir la prueba de su filiación por posesión de estado.

1 Los autores están unánimes acerca de estos puntos. Nos limitamos á citar al más reciente, M. Demolombe, t. V, p. 197, número 216.

Sólo habría excepción en el caso previsto por el art. 197, de que vamos á hablar. Síguese de aquí que si ha habido matrimonio y éste se ha anulado el hijo no puede invocar la posesión de estado, supuesto que el matrimonio anulado se considera como si nunca hubiese existido. Habría excepción en caso de matrimonio putativo. (1).

409. La posesión de estado no prueba la legitimidad. Si el hijo que ha probado su filiación por la posesión de estado es legítimo es porque consta el matrimonio; la posesión de estado no prueba la legitimidad, como tampoco el acta de nacimiento. Hay, no obstante, un caso en el cual se admite al hijo á probar el matrimonio y, por lo mismo, su legitimdad por medio de la posesión de estado. Cuando padre y madre han fallecido el hijo que tiene la posesión de estado puede todavía probar el matrimonio de sus progenitores por la posesión; es decir, probar que públicamente vivieron como casados. El matrimonio y la filiación se prueban en este caso por la posesión de estado, luego también la filiación legítima. Pero para que esto sea así es preciso que el hijo pruebe las dos posesiones de estado que exige el art. 197: la de sus padres y la suya. La Corte de Bastia había resuelto que la posesión de estado de los padres resultaba implícitamente de la posesión de estado de hijo legítimo. Cierto es que hay un íntimo enlace entre las dos posesiones de estado, porque el hijo debe probar que pertenece á la familia que él reclama como propia, lo que implica el matrimonio, porque no existe familia sino por el matrimonio. Pero el art. 197 no se conforma con esa prueba implícita: cuando no se representa el acta de celebración de matrimonio la prueba literal debe reemplazarse por la posesión de estado; esta prueba debe

1 Sentencia de París de 1° de Julio de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 148).

hacerse de una manera directa é independiente de la que tiende á probar la filiación. Eso fué lo que decidió la Corte de Casación revocando la sentencia de la Corte de Bastia. (1) Hase preguntado por qué permite la ley al hijo que pruebe su legitimidad ó, por lo menos, su filiación por medio de la posesión de estado, mientras que no admite que los cónyuges rindan la prueba de la celebración de su casamiento por la posesión de estado. En esta misma obra (núm. 1) hemos dicho por qué la ley no podía autorizar que los cónyuges probasen su matrimonio por la posesión de estado; estas razones no reciben aplicación á los hijos (núm. 8) en lo que concierne al matrimonio, y mucho menos en lo que concierne á la filiación. Los pretendidos cónyuges no pueden, creándose una posesión de estado, hacer que haya habido matrimonio cuando ninguno se ha celebrado. Pero cuando los hijos piden probar su filiación por la posesión de estado no puede decírseles que esta posesión es obra de ellos; es, por el contrario, la obra de los que tendrían interés en combatir su filiación, supuesto que es la obra de toda la familia, siendo el reconocimiento por ésta una de las condiciones requeridas para que el hijo pueda invocar la posesión de estado (art. 321).

410. La posesión de estado se admite como prueba de la filiación á falta de título. Por lo común acompaña al título y en cierto modo sírvele de manifestación, así como la posesión es la manifestación del derecho de propiedad. Cuando concurren la posesión y el título el estado que de ellos resulta se hace inatacable: esto es lo que expresa el art. 322 en estos términos. «Nadie puede reclamar un estado contrario al que le dan su título de nacimiento y la posesión conforme con este título. Y recíprocamente nadie puede disputar el estado de quien tiene una posesión

1 Sentencia de 19 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 342)

conforme á su título de nacimiento.» Esta disposición no se ha establecido en favor del hijo, supuesto que puede también invocarse en su contra: tiene por objeto asegurar el reposo de las familias apartando las cuestiones de estado que siempre las perturban; siendo así que todas las probabilidades son que el estado establecido por medio de un título y por una posesión conforme es la expresión de la verdad.

Este principio se ha tomado de Cochin, quien lo establece en uno de sus luminosos alegatos. Cochin llega hasta á decir que el que atacase un estado probado por una acta de nacimiento y una posesión conforme sería un impostor. Esto es avanzar mucho. Sin duda que cuando concurren dos pruebas, cada una de las cuales comprueba aisladamente el estado de una persona, de ella resulta tal certidumbre que casi se identifica con la verdad. Sin embargo, del mismo modo que cada una de esas pruebas, aislada, no produce la certidumbre absoluta reunidas pueden todavía estar en oposición con la realidad de las cosas. El mismo Cochin cita un caso en que la prueba contraria al estado atestiguado por una acta de nacimiento conforme á la posesión se hizo á un lado, y él confiesa que todas las probabilidades están en favor del hijo. ¿Qué digo? Los testigos que el primer juez había permitido oír deponían acerca de su estado de una manera tan clara y precisa que no podía uno rehusarse á la evidencia del estado que él reclamaba si semejante género de prueba pudiese admitirse; la misma prueba testimonial se hallaba confirmada por cartas emanadas de la mujer que el hijo decía ser su madre; pero, agrega el célebre abogado, todo esto no pudo superar la austeridad de las reglas y, por sentencia solemne, fué casada la que había ordenado la prueba. (1)

1 Cochin, Alegato CII (Obras, t. V, ps. 346, siguientes y 355).

Esta sentencia nos da á conocer las razónes por las cuales el art. 322 declara inatacable el estado que está establecido por una acta de nacimiento y una posesión conforme. No es sólo la fuerza de la prueba resultante del concurso del título y de la posesión, es también la incertidumbre de la prueba testimonial, porque sólo por esta prueba podría demostrarse que el estado es falso, aunque establecido por doble prueba. Habríase podido, es cierto, exigir un principio de prueba por escrito, pero la cuestión se habría decidido siempre, en definitiva, por medio de testimonios, lo que vendría á parar en preferir á dos pruebas seguras una tercera prueba muy problemática.

411. Del principio de que el estado es inatacable se sigue que ni siquiera podría uno inscribirse en falso contra el acta de nacimiento. Esto, á primera vista, parece injusto, porque si el acta es falsa el concurso de las dos pruebas ya no existe, la misma posesión de estado se vuelve engañosa y, sin embargo, ¿lo falso confirmado por una mentira se considerará como la expresión de la verdad? Se presenta al oficial del estado civil un hijo como nacido de tal hombre casado con tal mujer; el hijo es criado por sus pretendidos padres, tiene una posesión de estado conforme á su título y, no obstante, este título puede ser falso. ¿Por qué no permitir que se pruebe la falsedad? El texto de la ley es absoluto; no permite que se ataque el estado fundado en esta doble prueba sin distinguir entre la inscripción en falso y las demás pruebas, y el espíritu de la ley está en harmonía con su texto. Se ha querido evitar el riesgo de una prueba testimonial que vendría á introducir el disturbio en el seno de las familias cuando se creyesen al abrigo de un título confirmado por la posesión, y como la inscripción en falso se prueba por medio de testigos debería ser rechaza-

da. Esta es la opinión de todos los autores. (1) Puede resultar de esto que en circunstancias enteramente excepcionales la ficción supere á la realidad. Esto, ciertamente, es un mal, pero mayor habría sido exponer á las familias á verse invadidas por un aventurero ó, por lo menos, á verse inquietadas por una acción temeraria que tal vez no tiene más tendencia que imponer una contribución á una familia honorable.

Hay una hipótesis en la cual es dudosa la cuestión. Supónese que el acta de nacimiento, tal como se había recibido, contradecía la posesión de estado y que para confirmarla por un título engañoso es por lo que se falsificó el acta. Enséñase que en este caso la inscripción en falso es admisible. Demante dice que el art. 322 ya no puede recibir aplicación, porque supone una acta de nacimiento conforme á la posesión; y estando falsificada el acta esa conformidad ya no existe. (2) ¿No equivale esto á resolver la cuestión por la cuestión misma? La conformidad existirá si el título no ha sido falsificado, y cesará si ha habido falsificación. Si los términos absolutos de la ley se oponen á la prueba de lo falso se oponen igualmente á la prueba de la falsificación. En uno y otro caso se introduce en el texto una distinción que sus términos generales rechazan y que está en oposición con el espíritu de la ley. La prueba testimonial es lo que el art. 322 repele: y ¿sería más difícil encontrar testigos falsos para dar fe de la falsificación que para dar fe de lo falso?

412. La aplicación del art. 322 da lugar á otra dificultad en lo que concierne á la identidad. ¿Es uno admitido á

1 Durantón, t. III, p. 131, núm. 133; Demolombe, t. 5°, p. 204, número 226.

2 Demante. *Curso analítico*, t. II, p. 46, núm. 48 *bis* III, seguido por Demolombe, t. V, núm. 225, y por Bonnier, *Tratado de las personas*, núm. 136.

probar que el hijo que invoca la posesión de estado confirmada por el acta de nacimiento no es el mismo que ha dado á luz la mujer que aquél reclama como madre? Los autores distinguen. Si un hijo ha sido substituido antes de la redacción del acta de nacimiento á aquel que una mujer ha dado á luz entonces no admiten la prueba de la falta de identidad, porque entonces el hijo realmente tiene un título conforme á su posesión, supuesto que para él se redactó dicho título. Pero si la substitución se hizo posteriormente al acta de nacimiento ya no puede decirse que el título y la posesión son conformes, porque el título no pertenece en realidad al hijo que tiene la posesión. (1) Esto nos parece muy dudoso.

La cuestión está precisamente en saber si es uno admitido á probar la no conformidad del título y de la posesión cuando en apariencia exista. Si ello no se puede, como nosotros creemos, inscribiéndose en falso contra el acta menos se puede combatiendo la identidad. Esto equivaldría siempre á poner en duda por medio de la prueba testimonial un estado que se apoya en la doble prueba de la posesión y del título; y ¿no es esto lo que el legislador ha querido prevenir? Sin duda que hay abusos posibles, pero esta posibilidad no ha detenido á los autores del Código; han querido asegurar el reposo de las familias por una máxima absoluta que cesaría de serlo y no obedecería á sus fines si se permitiera inscribirse en falso contra el acta de nacimiento; y si se autorizara la prueba de la no identidad los falsos testigos que teme el Código encontrarían una puerta abierta para alterar el estado de las personas; y no olvidemos que contra los falsos testigos se ha formulado la disposición del art. 322.

1 Demante, *Curso analítico*, t. II, ps. 85 y siguientes, núm. 48 *bis* 1° y 2°. Demolombe, t. V, p. 202, núms. 222-224.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

413. Diráse que á fuerza de querer mantener el reposo de las familias contra los aventureros provistos de falsos testimonios se favorece el fraude de los que, por medio de títulos falsificados ó una posesión engañosa, introducen en una familia hijos que le son extraños. El riesgo es real; pero no puede buscarse el remedio al mal en el texto de la ley, cuyos términos absolutos excluyen toda excepción. Sólo un caso hay en el cual se puede atacar el estado del que invoca la doble prueba del título y de la posesión, y es aquel en que no ha habido matrimonio. La doble prueba que el art. 322 declara incontestable no es más que la prueba de la filiación que no prueba la legitimidad. Es de principio invariable que la legitimidad supone el matrimonio; y ni siquiera puede el hijo invocar las pruebas de la filiación que la ley admite sino cuando el matrimonio es constante. Síguese de aquí que se puede atacar la legitimidad de un hijo que tiene á su favor la posesión y una acta de nacimiento, probando que sus pretendidos padres no fueron casados. El hijo no podría oponer la doble prueba del art. 322, porque ninguna de ellas establece el matrimonio, ni el acta de nacimiento ni la posesión de estado. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto. (1) De aquí resulta una consecuencia muy importante, y es que si se entabla el debate durante la vida de los progenitores ó de uno de ellos la prueba del matrimonio no podrá rendirse sino por la producción del acta de celebración (arts. 194-197). Si el matrimonio no está probado el hijo no puede prevalerse ni del acta de nacimiento ni de la posesión de estado; es hijo natural y debe probar su filiación por una acta de reconocimiento.

1 Demolombe, t. V, p. 205, núms. 228 y 289. Sentencia de Agén de 19 de Enero de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 16 y de la Corte de Casación de 19 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 345). Hay sentencias contrarias, pero no tienen ningún valor doctrinal. Así es como la Corte de Grenoble dice, sentencia de 5 de Febrero de 1807 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 253), que "el acta de nacimiento constituye la legitimidad del estado de los hijos." El error es evidente. Del mismo modo la Corte de Tolosa confunde la prueba de la filiación y la prueba de la legitimidad (sentencia de 24 de Junio de 1820, *ibid*, núm. 333, 2.°) La Corte de Montpellier ha ido hasta decidir que la legitimidad del hijo que tiene un título y la posesión de estado, no puede ser puesto en duda después de la muerte de sus padres, aun cuando la madre hubiese reconocido que no había habido matrimonio (sentencia de 4 de Febrero de 1824, *ibid*, 384) Dalloz critica esta jurisprudencia (*ibid*, núm. 336).

SECCION III.—De la prueba testimonial.

§ I.—Reglas generales.

414. El art. 323 establece: "A falta de título y de posesión constante, ó cuando el hijo ha sido inscripto, sea con nombres falsos, sea como nacido de padres desconocidos, la prueba de filiación puede hacerse por medio de testigos." Cuando el hijo no tiene en su favor ninguna de las pruebas que sirven para establecer la filiación, ni acta de nacimiento, ni posesión de estado, resulta de esto, dice Bigot-Préameneu, una presunción muy fuerte de que no pertenece al matrimonio. Las presunciones son igualmente fuertes contra él cuando tiene un título, pero éste depone contra sus pretensiones: ¿si fuese legítimo habría sido inscripto con nombres falsos? ¿sus padres habrían renegado de él inscribiéndolo como nacido de padres desconocidos? Puesto que todas las probabilidades están en contra del hijo ¿por qué la ley permite que se pruebe su filiación por medio de testigos; es decir, por medio de la más peligrosa de las pruebas? El legislador ha debido admitir al hijo á que rinda la prueba de su filiación, contesta Duveyrier, porque el hijo reclama su bien; es decir, su derecho. Si puede probar que es víctima de malas pasiones ¿por qué la ley había de rechazarlo? ¿ha de pedirle los títulos habitua-

413. Diráse que á fuerza de querer mantener el reposo de las familias contra los aventureros provistos de falsos testimonios se favorece el fraude de los que, por medio de títulos falsificados ó una posesión engañosa, introducen en una familia hijos que le son extraños. El riesgo es real; pero no puede buscarse el remedio al mal en el texto de la ley, cuyos términos absolutos excluyen toda excepción. Sólo un caso hay en el cual se puede atacar el estado del que invoca la doble prueba del título y de la posesión, y es aquel en que no ha habido matrimonio. La doble prueba que el art. 322 declara incontestable no es más que la prueba de la filiación que no prueba la legitimidad. Es de principio invariable que la legitimidad supone el matrimonio; y ni siquiera puede el hijo invocar las pruebas de la filiación que la ley admite sino cuando el matrimonio es constante. Síguese de aquí que se puede atacar la legitimidad de un hijo que tiene á su favor la posesión y una acta de nacimiento, probando que sus pretendidos padres no fueron casados. El hijo no podría oponer la doble prueba del art. 322, porque ninguna de ellas establece el matrimonio, ni el acta de nacimiento ni la posesión de estado. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto. (1) De aquí resulta una consecuencia muy importante, y es que si se entabla el debate durante la vida de los progenitores ó de uno de ellos la prueba del matrimonio no podrá rendirse sino por la producción del acta de celebración (arts. 194-197). Si el matrimonio no está probado el hijo no puede prevalerse ni del acta de nacimiento ni de la posesión de estado; es hijo natural y debe probar su filiación por una acta de reconocimiento.

1 Demolombe, t. V, p. 205, núms. 228 y 289. Sentencia de Agén de 19 de Enero de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 16 y de la Corte de Casación de 19 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 345). Hay sentencias contrarias, pero no tienen ningún valor doctrinal. Así es como la Corte de Grenoble dice, sentencia de 5 de Febrero de 1807 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 253), que "el acta de nacimiento constituye la legitimidad del estado de los hijos." El error es evidente. Del mismo modo la Corte de Tolosa confunde la prueba de la filiación y la prueba de la legitimidad (sentencia de 24 de Junio de 1820, *ibid*, núm. 333, 2.°) La Corte de Montpellier ha ido hasta decidir que la legitimidad del hijo que tiene un título y la posesión de estado, no puede ser puesto en duda después de la muerte de sus padres, aun cuando la madre hubiese reconocido que no había habido matrimonio (sentencia de 4 de Febrero de 1824, *ibid*, 384) Dalloz critica esta jurisprudencia (*ibid*, núm. 336).

SECCION III.—De la prueba testimonial.

§ I.—Reglas generales.

414. El art. 323 establece: "A falta de título y de posesión constante, ó cuando el hijo ha sido inscripto, sea con nombres falsos, sea como nacido de padres desconocidos, la prueba de filiación puede hacerse por medio de testigos." Cuando el hijo no tiene en su favor ninguna de las pruebas que sirven para establecer la filiación, ni acta de nacimiento, ni posesión de estado, resulta de esto, dice Bigot-Préameneu, una presunción muy fuerte de que no pertenece al matrimonio. Las presunciones son igualmente fuertes contra él cuando tiene un título, pero éste depone contra sus pretensiones: ¿si fuese legítimo habría sido inscripto con nombres falsos? ¿sus padres habrían renegado de él inscribiéndolo como nacido de padres desconocidos? Puesto que todas las probabilidades están en contra del hijo ¿por qué la ley permite que se pruebe su filiación por medio de testigos; es decir, por medio de la más peligrosa de las pruebas? El legislador ha debido admitir al hijo á que rinda la prueba de su filiación, contesta Duveyrier, porque el hijo reclama su bien; es decir, su derecho. Si puede probar que es víctima de malas pasiones ¿por qué la ley había de rechazarlo? ¿ha de pedirle los títulos habitua-

les cuando precisamente se está quejando de que un delito, el más reprensible de todos, lo ha privado de aquellos títulos? (1)

Según el derecho común la prueba testimonial es admisible sin comienzo de prueba por escrito cuando el que pide probar un hecho judicialmente no ha podido procurarse una prueba literal. Pues bien, este es precisamente el caso del hijo que no tiene título. Pero en las cuestiones de estado la ley se manifiesta más rigurosa y exige que el hijo tenga un principio de prueba que haga probable su demanda. Portalis explica muy bien los motivos de esta desviación del derecho común. Pueden corromperse ó seducirse algunos testigos; puede engañarlos su memoria; pueden, sin saberlo, dejarse llevar de inspiraciones extrañas. Así, pues, todo nos advierte que debemos estar en guardia contra simples testimonios. En vano se dice que esta exigencia podrá comprometer el estado de una persona que no tenga un comienzo de prueba. La ley se preocupa más de las familias que de los individdos; la suerte de un ciudadano le interesa menos que el peligro que amenazaría á toda la sociedad si con ciertos testimonios sospechosos se pudieran introducir en una familia séres obscuros que no le pertenecen. (2)

415. Tal es el principio establecido por el art. 323. Para que haya lugar á la prueba testimonial precisa que el hijo no tenga ni título ni posesión. Si existe un título que da á conocer á su madre, aun cuando el acta agregase que el hijo nació de un padre desconocido ó de cualquier otro padre que no sea el marido, el hijo no debe recurrir á la prueba testimonial, porque su estado se halla establecido por título, como antes lo hemos dicho (núm 398). Fuerza

1 Bigot-Préameneu, Exposición de los Motivos, núm. 24 (Locré, t. III, p. 89). Duveyrier, Discursos, núm. 26 (*ibid*, p. 131).
2 Portalis, Discursos preliminares, núm. 67 (Locré, t. I, p. 173). Compárese Cochin, Alegato CII (Obras, t. IV, p. 352).

es que se halle inscripto, dice nuestro texto, como proviniente de padres desconocidos ó con falsos nombres. La última hipótesis origina una dificultad. Pregúntase si el hijo debe intentar acción contra la inscripción falsa del acta de nacimiento. Acerca de esta cuestión hay alguna incertidumbre en la doctrina. Zachariæ enseña que el hijo debe intentar la acción. Los autores más modernos siguen, en general, la opinión contraria, que está consagrada por la Corte de Casación. (1) La Corte dice muy bien que no hay lugar á promover sino cuando el oficial público que recibió el acta cometió un fraude; ahora bien, el oficial del estado civil no hace más que asentar las declaraciones que le hacen; no tiene ni misión ni capacidad para asegurarse de la verdad de tales declaraciones, y, por lo mismo, aun cuando fuesen falsas, la mentira no alterá la substancia del acta y, por consiguiente, no há lugar á intentar lo acción contra su falsedad. Habría lugar á intentarla si el oficial público hubiese asentado cosa diferente de lo que los comparecientes le han declarado; en tal caso habrá fraude. Cuando las declaraciones se asentaron tales como se rindieron el acta hace fe de ellas, en verdad, pero únicamente hasta que obre una prueba en contrario. Así, pues, si el hijo sostiene que son falsas las declaraciones deberá probarlo, puesto que sólo bajo tal condición se le admite á la prueba testimonial, pero podría hacerlo por todas las vías de derecho. Esto no es más que la aplicación de los principios que hemos dejado establecidos en el título *De las Actas del Estado Civil* (2)

416. Todavía suscita otras dificultades la aplicación del

1 Zachariae, t. III, p. 659, nota 23. En sentido contrario, Valette respecto á Proudhón, t. II, p. 89, nota a; Demolombe, t. V, p. 217, núm. 239 Sentencia de la Corte de Casación de 12 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 621).
2 Véase el tomo II de estos *Pincipios*, núms. 39-42.

principio. Supónese que el hijo tiene una posesión y que no tiene título. ¿Puede reclamar un estado diferente del que le da su posesión? El art. 323 no prevee este caso, por lo que podría decirse que no existe la condición bajo la cual la ley admite la prueba testimonial y que, por consiguiente, no há lugar á esa prueba. Pero el art. 322 resuelve la cuestión en sentido contrario. Sólo cuando hay un título de nacimiento y una posesión de estado es cuando el hijo no puede reclamar un estado contrario al que establecen esas dos pruebas. Si hay un título sin posesión el art. 323 le abre la prueba testimonial y se le admite á que pruebe que ha sido inscripto con falsos nombres. Si hay una posesión, pero sin título, también es admitido á reclamar, en virtud del art. 322. Esta reclamación no puede basarse sino en la prueba testimonial; y no puede reclamarse la filiación por testigos sino con las condiciones exigidas por el art. 323. Esto está admitido por todo el mundo.

417. Por los términos del art. 323 no se admite la prueba testimonial sino cuando hay un principio de prueba resultante sea de escritos, sea de hechos constantes. El art. 324 dice cuáles son los escritos que el hijo puede invocar: «Los títulos de familia, los registros y papeles domésticos del padre y de la madre, las actas públicas y hasta las privadas emanadas de la parte interesada en el debate, si viviese aún. Esta última parte del artículo es una derogación del derecho común. «Se llama principio de prueba por escrito, dice el art. 1347, el escrito emanado de aquel contra el cual se formula la demanda, ó de su representante.» El art. 324 es más amplio porque admite los escritos de todos aquellos que tuvieren interés en la contienda si estuviesen vivos; por ejemplo, de un hermano ó de una hermana del hijo. A primera vista se siente uno inclinado á creer que la ley está en contradicción consigo

misma prescindiendo del rigor del derecho común en una materia en que desconfía más de los testimonios que cuando se trata de intereses pecuniarios. Pero la contradicción no es más que aparente. Los debates sobre sus cuestiones de estado son interesantes para toda la familia, supuesto que el hijo quiere entrar en ella; es, pues, natural que los escritos emanados de los miembros de la familia interesados en la contienda puedan ser invocados por el hijo.

Se pregunta si las cartas pueden servir de principio de prueba. Los términos del art. 324 presentan un motivo para dudar: en la palabra *actas* no se comprenden, en general, las cartas; no obstante, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en admitirlas. (1) Casi sólo en las cartas es en donde se encuentra un principio de prueba cuando se trata del estado de las personas. El derecho común, por otra parte, las admite, por más que el art. 1347 se sirva también de la palabra *acta*. Esto decide la cuestión. No se necesita decir que las cartas no pueden producirse judicialmente sino con consentimiento de aquel á quien van dirigidas. Tal es el principio general, como lo hemos dejado establecido en el núm. 201. La Corte de Casación lo ha aplicado, en materia de filiación, en una sentencia muy motivada: «El secreto de las cartas deriva de la naturaleza de las cosas que no tolera que una confidencia privada sea objeto de una exploración pública. Una carta es propiedad de su consignatario; si es despojado de ella á su pesar, hay violación de propiedad; si se hace de ella un uso no consentido hay abuso de confianza y violación de depósito, pero por ninguno de estos títulos la justicia puede tolerar su producción.» (2)

1 Marcadé, que había enseñado lo contrario, vuelve á la opinión general (t. II, p. 28, art. 324, núm. 2).

2 Sentencia de la Corte de Casación de 12 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 621).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

El art. 324 enumera los diversos escritos que pueden servir de principio de prueba. ¿Es restrictiva esta enumeracion? Esta es la opinión común. Es cierto que los términos no son restrictivos, pero si lo es el espíritu de la ley. El principio de prueba es un elemento esencial del debate, que debe provenir los riesgos de la prueba testimonial. Tócale únicamente al legislador determinar cuáles son las actas que merecen esta confianza. (1) Se ha fallado, por aplicación de este principio, que una acta de notoriedad levantada á instancia del hijo no constituye un principio de prueba por escrito. (2)

Es esencial en el principio de prueba por escrito que haga verosímil el hecho alegado (art. 1347). Esta es una cuestión de hecho que se abandona á la apreciación del juez. (3) Hay que leer sobre esto punto el alegato CII de Cochín. Ordinariamente son las actas el objeto del debate. «Es preciso, dice él, que los comienzos de prueba se encuentren en actas que tengan una relación directa con la filiación, por que presentarnos actas absolutamente extrañas al objeto del nacimiento y que no se quiere aplicárselas sino por comentarios puramente arbitrarios, escritos que pueden convenir á toda clase de personas indistintamente, sea hijos, sea extraños, es eludir la ley por medio de sutilezas que la ofenden y que la harían degenerar en una verdadera quimera. . . ¿Son un principio de prueba por escrito los testimonios de las relaciones que el hijo ha tenido y que manifiestan la estimación y la amistad que por él se han tenido? Por este solo titulo ¿habrá que admitir la prueba testimonial y atentar al estado de todas las familias.» (4)

1 Bigot-Préameneu explica la ley en este sentido en la *Exposición de motivos*, núm. 23. Locré, t. III, p. 90.
2 Sentencia de París de 29 de Mayo de 1813 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 272).
3 Véanse las sentencias citadas por Dalloz, *Paternidad*, núm. 275.
4 Cochín, Obras, t. IV, ps. 358 y siguientes, 361 y 362.

418. El art. 323 admite, además, la prueba testimonial «cuando las presunciones ó indicios resultantes de los hechos, desde ese momento notorios, son bastante graves para determinar la admisión.» Aqui se presenta una nueva derogación del derecho común. El Código Napoleón pone las presunciones en la misma línea que los testimonios; es una prueba principal que se admite cuando la testimonial lo ha sido (art. 1353). En materia de estado la ley no admite las presunciones para establecer la filiación; pero las admite como un principio de prueba suficiente para autorizar la admisión de la prueba testimonial. Pueden faltar los escritos porque desgraciadamente, apesar de nuestra vanidosa civilización, hay numerosas familias para quienes es desconocida la escritura. Los hechos hacen las veces de las cartas; tales serían ciertos hechos de posesión, insuficientes para fundar una posesión de estado; es decir, una prueba completa, pero suficiente para proporcionar un principio de prueba.

La ley quiere que las presunciones resulten de *hechos desde luego notorios*; es decir, de hechos probados en el momento de la demanda, sea que las partes los reconozcan, sea que resulten de los documesntos de la causa; poco importa, dice Bigot-Préameneu, cómo estén establecidos, con tal que se demuestre su existencia á las partes de otro modo que no sea por la demanda solicitada. Esta es una condición preliminar que se exige para admitir la prueba testimonial, y, por lo mismo, es evidente que deben constar los hechos antes de que se abran las primeras diligencias. Siguese de aquí que el hijo no puede rendir por medio de testigos la prueba de tales hechos. Esto equivaldría á un verdadero círculo vicioso; en efecto, sería autorizar la prueba testimonial, sospechosa para la ley, por medio de otra prueba testimonial igualmente sospechosa. No obstante,

hay autores que admiten una excepción al rigor de esta regla en el caso en que el hijo alegue hechos de posesión de estado. (1) Esto es inadmisible. ¿Puede existir una excepción sin texto? Dícese que la posesión se prueba siempre por medio de testigos. Si cuando es completa, porque en tal caso la prueba testimonial ya no presenta riesgo alguno, como lo expresa Bigot-Préameneu, estribando la prueba en hechos públicos, notorios, continuados durante años enteros (2)

Pero desde el momento en que la posesión no es completa ya no se trata de una posesión de estado y se entra entonces en la hipótesis del art. 323; y ¿no sería absurdo, contrario tanto al texto como al espíritu de la ley, admitir una prueba peligrosa basada en otra prueba también peligrosa?

Los hechos, dice el art. 323, deben producir presunciones bastante graves para determinar la admisión de la prueba testimonial. Esta es una cuestión de hecho. Inútil es citar sentencias cuando las circunstancias varían de uno á otro caso, (3) Pero hay aplicaciones que suscitan cuestiones de derecho. Padre y madre, ó uno de ellos, reconocen la legitimidad del hijo. Es cierto que tal reconocimiento no hace prueba de la filiación, no admitiendo la ley otras pruebas que el acta de nacimiento, la posesión de estado y los testimonios. ¿Pero no es al menos un principio de prueba por escrito? Como tal pueden admitirlo los tribunales si el hijo lo opone contra aquel de quien emana, pero no deben necesariamente admitirlo, porque todo depende de

1 Valette respecto á Proudhón, t. II, p. 91, nota a, seguido por Demolombe, t. V, p. 226, núm. 252.

2 Bigot-Préameneu, *Exposición de motivos*, núm. 21. Locré, tomo III, p. 89.

3 Véase un ejemplo en una sentencia de Metz de 16 de Agosto de 1816 [Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 280].

las circunstancias en las cuales se hace el reconocimiento y de la sinceridad de las declaraciones que éste contiene. (1)

419. ¿El acta de nacimiento irregular es un principio de prueba? A nosotros nos parece que las actas de nacimiento no están comprendidas en el texto del art. 324; el acta de nacimiento no es un título de familia, porque, como título, sería prueba completa; no es una acta pública emanada de la parte interesada en la contienda, porque el acta de nacimiento no emana de un particular sino que es obra de un oficial público. Debe, pues, decirse que el acta de nacimiento hace prueba completa cuando es regular, y lo es cuando señala suficientemente á la madre. Y si hay una irregularidad que haga incierta á la madre el acta ya no hace fe ninguna, salvo que el hijo pida la rectificación al tribunal, y si rectificada el acta da á conocer el nombre de la madre probará la maternidad y, por consiguiente, la paternidad, salvo desconocimiento. En ningún caso, pues, puede ser cuestión de un principio de prueba resultante del acta de nacimiento. La jurisprudencia se halla incierta respecto á estas cuestiones; (2) nosotros la discutimos al tratar de la prueba literal (núm. 398). Si el acta de nacimiento no es un principio de prueba por *escrito* ¿puede al menos el juez buscar en ella presunciones resultantes de hechos notorios? Nosotros no lo creemos, y por las mismas razones. Mientras que el acta es irregular nada prueba; desde el momento en que se rectifique hara prueba completa.

420. ¿Cuál es el objeto de la prueba testimonial? El hijo debe probar con testigos: primero, el parto de la mujer que él pretende ser su madre, y después, su identidad. Esto es, la prueba directa de la filiación maternal. El art. 341

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 275 y 307, 2.°

2 Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núms. 220, 281 y 282.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lo dice así respecto á la investigación que el hijo natural hace de su madre, y la prueba es idéntica, sea que se trate de la filiación legítima ó de la filiación natural. No es necesario decir que los adversarios del hijo son admitidos á que combatan los testimonios que él produce. Esto es de derecho común. El art. 325 lo dice. "La prueba contraria podrá rendirse *por todos los medios* apropósito para establecer que el reclamante no es el hijo de la madre que él pretende tener." Si la ley se ha explicado acerca de este punto es tal vez para marcar que los demandados son admitidos á la prueba testimonial sin principio de prueba. Esto tampoco era necesario decirlo. Lo que la ley repulsa es el debate en tanto que no hay un principio de prueba para la demanda; pero una vez que el litigio se ha entablado y que el actor ha admitido la prueba por testigos era preciso admitir al demandado á que combatiese por medio de otros testimoniós los que aquél alega. (1) La apreciación de todos estos testimonios corresponde al juez, que admite ó desecha la filiación, según su conciencia.

421. La maternidad está probada. ¿Puede el hijo invocar la presunción del art. 312? ¿Tendrá por padre al marido de la madre, salvo desconocimiento? El art. 325 contesta á la pregunta: "Aun probada la maternidad se es admitido á rendir la prueba, *por todos los medios*, de que el reclamante no es hijo del marido de la madre." Resulta de esta proposición, en primer lugar, que la prueba de la maternidad acarrea indirectamente la de la paternidad, en virtud de la presunción establecida por el art. 312. Esto está fundado en la razón. Desde el momento en que está probado que el hijo fué concebido de una mujer casada necesariamente tiene por padre al marido. ¿Pero el marido sólo

1 Todos están acordes en este punto (Zachariae, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 310 y nota 26.

por la acción de desconocimiento puede combatir esa presunción? Acerca de este punto el art. 325 es una derogación del 312, supuesto que admite que los adversarios del hijo prueben *por todos los medios* que el reclamante no es el hijo del marido de la madre. Los términos de la ley prueban que no se trata de la acción de desconocimiento. Porque el desconocimiento no puede ser formulado por todo adversario del hijo sino que la acción, en principio, sólo puede intentarla el marido; mientras que el art. 325 permite á quienquiera que sea combatir la presunción del hijo. Además, el desconocimiento, en el caso del art. 312, no se admite sino por causa de imposibilidad física de cohabitar; mientras que el art. 325 permite que se rinda la prueba de la no paternidad por toda clase de medios. Luego no hay lugar á la acción de desconocimiento sino que se vuelve al dominio de los principios generales. ¿Por qué la ley no atribuye la misma fuerza probatoria á la prueba testimonial que al acta de nacimiento? Porque el hijo que produce un título tiene en su favor todas las probabilidades, mientras que el que recurre á la prueba testimonial tiene en su contra todas las probabilidades y no comprueba su filiación sino por un medio sospechoso para la ley, apesar del principio de prueba por escrito ó de las presunciones, mientras que el título es la prueba por excelencia de la filiación. Esta es la opinión de todos los autores y está también consagrada por la jurisprudencia. (1)

422. Hay alguna vacilación en la doctrina y en la jurisprudencia acerca del efecto de los fallos á favor del hijo. Si su acción la ha intentado únicamente contra la madre sin que el marido figure en la causa el fallo que admite su de-

1 Véanse los autores citados en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 289, y la sentencia de la Corte de Casación de 1.° de Mayo de 1840 (Dalloz, 1849, I, 198)

manda no probará la filiación maternal respecto al padre ni respecto á los herederos de éste. Esto no es más que una aplicación del principio elemental sobre los efectos de la cosa juzgada. Así, pues, si el hijo quiere establecer su filiación respecto al padre deberá hacerlo figurar en la causa, no para establecer su filiación paternal sino para hacer constar su filiación maternal contra su padre ó contra los herederos de éste. Si gana la causa el marido podrá todavía probar por toda clase de medios que él no es el padre. Puede suceder que en esta nueva instancia el hijo pierda: tendrá entonces por madre á una mujer casada, pero su filiación maternal no tiene ningún efecto respecto al padre. Esto es contrario á la presunción del art. 312, pero tal es el resultado de la cosa juzgada. El hijo será adulterino.

El hijo tiene, pues, interés en intentar su acción contra sus progenitores ó contra los herederos de éstos. El debate girará desde luego sobre la filiación maternal. Si ésta queda probada lo estará respecto al padre ó á sus herederos, puesto que son partes en el litigio. Pero la prueba de la maternidad no impedirá que el marido dispute acerca de su paternidad. En vano se dirá que el fallo declara que el reclamente es hijo de tal mujer casada con tal hombre y que tal juicio tiene efecto respecto al marido, supuesto que contra él se ha pronunciado. El fallo no se refiere más que á la filiación maternal; en cuanto á la paternal no forma objeto del debate: resultará de la filiación maternal por via de presunción, pero el art. 325 reserva expresamente al demandado el derecho de probar por todos los medios que el hijo pertenece al marido de la madre. Hay una sentencia contraria que admite la cosa juzgada. (1) ¿Cómo había

1 Sentencia de Caen de 12 de Junio de 1846, citada por Demolombre, t. V, núm. 261, p. 335 y aprobada por él.

de haber cosa juzgada respecto á la paternidad cuando el hijo ni siquiera puede reclamar su filiación paternal? La paternidad legítima nunca se establece sino por vía de presunción y no por vía de acción judicial. El debate no puede, pues, estribar sino sobre la maternidad, y el fallo pronunciado sobre la demanda sólo puede comprobar la maternidad. El debate acerca de la paternidad se suscitará únicamente cuando el marido litigue su paternidad. (1)

Esto no quiere decir que se necesitan indeclinablemente dos instancias, dos litigios. Si el marido es objeto de la causa puede inmediatamente negar su paternidad. Los mismos testimonios por el hijo alegados pueden probar la maternidad á la vez que la no paternidad. Si se adquiere esta prueba el tribunal ni siquiera podrá admitir la filiación maternal, porque ésta sería una filiación adulterina. Es cierto que la acción del hijo no tendía á un reconocimiento adulterino, puesto que él trataba de probar su filiación legítima. Pero habiendo probado los debates que el hijo es el fruto del adulterio nos parece que el tribunal no puede ponerla en duda, porque esto sería, en realidad, una investigación de la maternidad adulterina, lo que la ley prohibe (art. 342). (2)

423. Cuando el tribunal comienza por declarar que el hijo tiene por madre á tal mujer casada y en seguida admite, á denegación del marido, que este hijo no le pertenece las dos decisiones probarán que el hijo es el fruto del adulterio. ¿No es esto contravenir al art. 342? Evidentemente que nó, porque, por una parte, no ha habido in-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. I, ps. 453 y siguientes, expone muy bien los principios. Hay mucha confusión en lo que Dalloz dice en la palabra *Paternidad*, núms. 295-298.

2 La Corte de Casación así lo juzgó por la sentencia precitada de 1.° de Mayo de 1849, p. 529, nota. Valette, *Explicación sumaria del libro 1.° del Código Civil*, p. 180. Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 93, núm. 53 *bis*, III.

vestigación de filiación adulterina y, por otra parte, el tribunal, al pronunciar sobre la filiación maternal del hijo, no quería decir que decidiese que este hijo fuese adulterino, supuesto que la paternidad no era el objeto del debate. Unicamente cuando el marido use del derecho que le da el art. 325 es cuando el tribunal juzgará si el reclamante no es el hijo del marido. La adulterinidad resultará, pues, en este caso de la aplicación del art. 325; y aplicando este artículo el juez no viola el 342. (1) La misma ley supone que la filiación adulterina puede ser contenciosa por medio de ciertos juicios, sin que haya reconocimiento voluntario ó forzado, supuesto que concede alimentos á los hijos adulterinos (art. 762); el art. 325 es uno de esos casos.

§ II.—De las excepciones.

424. Ordinariamente el hijo es el actor en materia de estado; el art. 325 lo supone. Puede suceder, no obstante, que dos cónyuges ó uno de ellos intenten una acción que tienda á que se declare que ese hijo les pertenece ó, por lo menos, á la mujer. Así es como ha sucedido que el marido ha establecido que un hijo ha nacido de su mujer para desconocerlo. (2) En otro caso dos cónyuges formularon conjuntamente la acción á efecto de reclamar como proviniente de su matrimonio á un hijo inscripto fraudulentamente con nombres supuestos y reconocido más tarde por un tercero. (3) ¿La acción en los dos casos

1 Sentencia de la Corte de Casación de 11 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 95).

2 Sentencia de París de 6 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 206), y sentencia de la Corte de Casación de 4 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 117).

3 Sentencia de París de 12 de Julio de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 4), y sentencia de la Corte de Casación de 27 de Enero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 190).

está regida por los principios que rigen la acción intentada por el hijo? ¿Notablemente la prueba testimonial no es admisible sino cuando hay un principio de prueba conforme al art. 323? La Corte de París, ante la cual se presentaron las dos causas, decidió la cuestión, en los considerandos de las sentencias, en sentidos diversos. En los considerandos de la primera sentencia se lee «que la disposición del art. 323 es general y se aplica al padre que quiere probar la filiación del hijo concebido durante el matrimonio como al hijo que reclama el estado de hijo legítimo.» La segunda sentencia dice, por el contrario, «que la ley no subordina á condiciones particulares la prosecución y el resultado de tal litigio; que en materia de fraude todo género de pruebas es inadmisible, y que si presunciones graves, precisas y concordantes establecen el hecho alegado debe acogerse la reclamación de los cónyuges.»

En la doctrina de esta última sentencia había, pues, excepción al art. 323 cuando la acción la intentasen los cónyuges ó uno de ellos. La Corte de Casación se pronunció por la primera interpretación y, á nuestro juicio, con razón. (1) En primer lugar el texto del art. 323 está concebido en términos generales y no distingue quién intenta la acción; decide de una manera absoluta que la prueba de la filiación no puede hacerse por medio de testigos sino cuando hay un principio de prueba. Es cierto que el art. 325, que es continuación del 323, supone que la reclamación la formula el hijo; pero ésta no es condición que la ley establezca, ella no hace más que preveer el caso ordinario. El espíritu de la ley no deja duda alguna acerca de este punto. ¿Por qué no admite la prueba testimonial sino cuando hay un principio de prueba? A causa del riesgo que ofrecen los testimonios, sobre todo en materia de estado. ¿Acaso el

1 Sentencia de 22 de Agosto de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 115).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vestigación de filiación adulterina y, por otra parte, el tribunal, al pronunciar sobre la filiación maternal del hijo, no quería decir que decidiese que este hijo fuese adulterino, supuesto que la paternidad no era el objeto del debate. Unicamente cuando el marido use del derecho que le da el art. 325 es cuando el tribunal juzgará si el reclamante no es el hijo del marido. La adulterinidad resultará, pues, en este caso de la aplicación del art. 325; y aplicando este artículo el juez no viola el 342. (1) La misma ley supone que la filiación adulterina puede ser contenciosa por medio de ciertos juicios, sin que haya reconocimiento voluntario ó forzado, supuesto que concede alimentos á los hijos adulterinos (art. 762); el art. 325 es uno de esos casos.

§ II.—De las excepciones.

424. Ordinariamente el hijo es el actor en materia de estado; el art. 325 lo supone. Puede suceder, no obstante, que dos cónyuges ó uno de ellos intenten una acción que tienda á que se declare que ese hijo les pertenece ó, por lo menos, á la mujer. Así es como ha sucedido que el marido ha establecido que un hijo ha nacido de su mujer para desconocerlo. (2) En otro caso dos cónyuges formularon conjuntamente la acción á efecto de reclamar como proviniente de su matrimonio á un hijo inscripto fraudulentamente con nombres supuestos y reconocido más tarde por un tercero. (3) ¿La acción en los dos casos

1 Sentencia de la Corte de Casación de 11 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 95).

2 Sentencia de París de 6 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 206), y sentencia de la Corte de Casación de 4 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 117).

3 Sentencia de París de 12 de Julio de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 4), y sentencia de la Corte de Casación de 27 de Enero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 190).

está regida por los principios que rigen la acción intentada por el hijo? ¿Notablemente la prueba testimonial no es admisible sino cuando hay un principio de prueba conforme al art. 323? La Corte de París, ante la cual se presentaron las dos causas, decidió la cuestión, en los considerandos de las sentencias, en sentidos diversos. En los considerandos de la primera sentencia se lee «que la disposición del art. 323 es general y se aplica al padre que quiere probar la filiación del hijo concebido durante el matrimonio como al hijo que reclama el estado de hijo legítimo.» La segunda sentencia dice, por el contrario, «que la ley no subordina á condiciones particulares la prosecución y el resultado de tal litigio; que en materia de fraude todo género de pruebas es inadmisible, y que si presunciones graves, precisas y concordantes establecen el hecho alegado debe acogerse la reclamación de los cónyuges.»

En la doctrina de esta última sentencia había, pues, excepción al art. 323 cuando la acción la intentasen los cónyuges ó uno de ellos. La Corte de Casación se pronunció por la primera interpretación y, á nuestro juicio, con razón. (1) En primer lugar el texto del art. 323 está concebido en términos generales y no distingue quién intenta la acción; decide de una manera absoluta que la prueba de la filiación no puede hacerse por medio de testigos sino cuando hay un principio de prueba. Es cierto que el art. 325, que es continuación del 323, supone que la reclamación la formula el hijo; pero ésta no es condición que la ley establezca, ella no hace más que preveer el caso ordinario. El espíritu de la ley no deja duda alguna acerca de este punto. ¿Por qué no admite la prueba testimonial sino cuando hay un principio de prueba? A causa del riesgo que ofrecen los testimonios, sobre todo en materia de estado. ¿Acaso el

1 Sentencia de 22 de Agosto de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 115).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

riesgo existe únicamente en el caso en que el hijo intenta la acción? ¿No podría suceder que los cónyuges quisiesen introducir en la familia á un hijo que les es extraño? Esto decide la cuestión. Luego no existe esta primera excepción al art. 223.

425 ¿Hay excepción en el caso previsto por el art. 46? Esta disposición prevee el caso de la no existencia ó de la pérdida de los registros; permite que los matrimonios, *nacimientos* y defunciones se prueben tanto por los registros y papeles emanados de los progenitores difuntos como por testigos, pero exige una prueba previa: es preciso que el actor pruebe que no han existido registros ó que se han extraviado. Se ve que es grande la diferencia en cuanto al modo de prueba entre el art. 46 y el 323. Este no admite la prueba testimonial de la filiación sino cuando hay un principio de prueba resultante de escritos ó de presunciones, mientras que el art. 46 admite la prueba de testigos para establecer los *nacimientos* sin ese principio de prueba. Se pregunta si el art. 46 es derogatorio del 323. Es cierto que si no han existido registros ó si se han perdido los *nacimientos* pueden probarse por medio de testigos; ¿pero la prueba del *nacimiento* implicará la prueba de la filiación? Tal es la diferencia á cuyo respecto hay una viva controversia entre los autores. No dudamos en decir que la prueba testimonial admitida por el art. 46 para probar el *nacimiento* establece también la filiación. El texto es claro y el espíritu de la ley no deja duda alguna.

¿Cuál es el objeto del art. 46? Determinar los casos en los cuales pueden reemplazarse los registros del estado civil por otra prueba cualquiera que hace veces de registro y que, por lo mismo, debe probar lo que éste prueba. ¿Y qué es lo que los registros prueban? Se les destina á que comprueben los matrimonios, los nacimientos y las defunciones; luego la prueba testimonial establecerá también lo que establece el art. 46: los matrimonios, nacimientos y defunciones. No hay dificultad ninguna respecto á los matrimonios y á las defunciones; pero no pasa lo mismo con los nacimientos. El acta de nacimiento no prueba únicamente el hecho de que un niño ha nacido sino también su filiación cuando se trata de niños nacidos del matrimonio. Y como el acta de nacimiento está reemplazada por la prueba testimonial cuando no hubo registros ó cuando se perdieron dicha prueba establece igualmente, la filiación de los hijos legítimos. Objétase en vano que el art. 46 dice únicamente que se comprobarán los *nacimientos* por medio de testigos y que no dice que la *filiación* quedará establecida por la prueba testimonial. La respuesta es sencilla y perentoria: el objeto del art. 46 no es determinar lo que prueban las actas de nacimiento y la prueba testimonial; no tiene más objeto que decidir en qué casos y con qué condiciones el acta que no se ha inscripto en los registros puede ser reemplazada por medio de testimonios. Respecto á la prueba que resulta de las actas de nacimiento de ella se trata en el título *De la Paternidad*: ahí leemos que el acta de nacimiento hace prueba de la filiación cuando se trata de hijos legítimos; luego la prueba testimonial que la reemplaza en el caso del art. 46 debe también establecer la filiación.

Decimos que tal es también el espíritu de la ley. Se lee en las observaciones de la Sección de Legislación del Tribunado respecto al art. 46 que el objeto de esta disposición es comprobar el *estado* de los ciudadanos. (1) Así, pues, cuando se trata del nacimiento de un hijo legítimo la ley puede asegurar su estado; es decir, su filiación. Este es el sumo interés del hijo: Qué le importa probar el hecho ma-

1 Observaciones del Tribunado, núm. 2 (Locré, t. II p. 85).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ternal de su nacimiento si tal prueba no implica la de la filiación? Se dirá que hay otro interés que domina al del hijo: el interés de las familias, que es también el de la sociedad, exige que se prescinda de la prueba testimonial cuando se trata de probar el estado de las personas. Tal es el sistema que el Código Napoleón establece en el título *De la Paternidad*; sea que se trate de la filiación legitima ó de la natural el Código exige un principio de prueba para que sea admisible la testimonial (arts. 323, 340 y 341) Admitir los testimonios sin ningún principio de prueba equivale, pues, á violar el espíritu de la ley. La respuesta, á nuestro juicio, es sencilla y perentoria. No es exacto que la ley asiente el principio absoluto de que jamás, en materia de filiación, sea admitida la prueba de testigos si no está apoyada en un principio de prueba. La filiación legitima se establece por la posesión de estado y ésta con testigos. ¿Por qué en este caso el legislador acepta los testimonios? Porque no presentan riesgo alguno. ¿No sería lo mismo cuando no existen registros?

No es verdad decir que en este caso acepte de una manera absoluta la prueba por testigos; el actor, antes que todo, debe probar que los registros no existieron ó que se perdieron. Esta prueba previa presta cierta probabilidad á la demanda en el sentido de que prueba la imposibilidad en que el actor se halla para producir un título que jamás ha existido, ó bien que se destruyó. Mientras que si existen registros y el acta de nacimiento no está inscripta en ellos, todas las probabilidades están en contra del hijo, y por esta razón el legislador debió rechazar la prueba testimonial, á menos que el riesgo se amenguase por un principio de prueba resultante de escritos ó de presunciones. Esto explica la diferencia que existe entre el art. 46 y el 323; las dos disposiciones preveen casos diferentes y cuando no hay una misma razón para decidir no debe darse la misma decisión. (1)

La prueba es diferente en los dos casos é igualmente lo es el efecto de la prueba. Cuando no han existido registros ó se han perdido la ley admite, en la misma línea, los papeles y registros emanados de los progenitores y la prueba por medio de testigos. Mientras que si el hijo no tiene título ni posesión y no alega la no existencia ó la pérdida de los registros la ley no admite los papeles domésticos sino como un principio de prueba El art. 323 acepta también, á título de principio de prueba, las presunciones que resultan de hechos notorios, mientras que en el caso previsto por el art. 46 las presunciones se admiten como prueba principal por el hecho de que la prueba testimonial lo es (art. 1353). Cuando el hijo ha probado su filiación por testigos en el caso del art. 323 el marido puede probar por todos los medios que no le pertenece. Cuando, por el contrario, el hijo recurre á la prueba testimonial para reemplazar registros que no existen la prueba de la filiación maternal no puede combatirse sino por la acción de desconocimiento; en efecto, ésta hace veces del acta de nacimiento, y esta no puede combatirse sino por el desconocimiento. (2)

---

1 Esta opinión la enseñan Zachariae, Valette, Duvergier y Demolombe. Profesan la opinión contraria Delvincourt, Durantón y Marcadé. Véanse las fuentes en Demolombe [t. V, p. 536, números 233 y 234, y Dalloz en la palabra *Paternidad*, núm 266.

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. I, ps. 155 y siguientes.

CAPITULO IV.

DE LAS ACCIONES CONCERNIENTES Á LA FILIACIÓN.

SECCION I.--Principios generales.

426. Dase el nombre de *cuestiones de estado* á las acciones concernientes á la filiación. La Corte de Casación define el *estado* en estos términos: «El estado consiste en las relaciones que la Naturaleza y la ley civil establecen, independientemente de la voluntad de los contendientes, entre un individuo y aquellos á quienes debe el nacimiento.» (1) En este concepto tan amplio el hijo natural tiene un estado tanto como el legítimo, pero el de éste comprende relaciones más extensas que el de aquél, porque se dilatan á toda la familia de los progenitores, mientras que el hijo natural no tiene familia. Así como lo expresa la definición de la Corte de Casación el estado tiene por base la filiación y de ella emana como de fuente necesaria. De donde se sigue que las acciones referentes á la filiación son esencialmente cuestiones de estado. Tales son:

1 Sentencia de 12 de Junio de 1838 [Dalloz, en la palabra *Paternidad*, número 633.

El *desconocimiento*, porque tiende á disputar la filiación legítima del hijo concebido ó, al menos, nacido durante el matrimonio.

La *contienda de legitimidad*, en el sentido especial del art. 315. Cuando el hijo nace trescientos días después de la disolución del matrimonio su legitimidad puede ser *motivo de contienda*; es decir, que el actor niegue que tal hijo haya sido concebido durante el matrimonio; ahora bien, la acción que tiende á negar la filiación legítima es una cuestión de estado, tanto como la acción por la cual el hijo reclama su legitimidad.

La acción de reclamación de estado que el hijo ó sus herederos intentan suscita siempre una cuestión de estado, porque el hijo pretende pertenecer á una familia con motivo de su filiación.

La acción de denegación de estado tiende á repeler al hijo de la familia á la que él pretende pertenecer, sea que el hijo posea el estado que se le disputa, sea que no lo posea. En este concepto el desconocimiento es una acción de denegación de estado, porque el marido niega al hijo la calidad de legítimo.

427. Rigen el estado de las personas, en general, los mismos principios que se aplican á todas las cuestiones de estado. Hay un principio fundamental en esta materia, y es que el estado en su esencia es un derecho moral. Cierto es que el estado es el origen de derechos pecuniarios que pueden ser muy considerables, pero que no lo constituyen, supuesto que en rigor puede existir sin tales derechos; lo que sí es un elemento esencial del estado es la sangre, la familia y la honra que es á ésta inherente. Por esto mismo el estado es de orden público, es la base de la clasificación civil de la persona. Es también de interés general porque la filiación es el fundamento de las familias, y la familia es

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el fundamento de la sociedad civil y política. Síguese de aquí que el estado no está en el comercio; no se compra, no se vende la sangre ni la filiación. En consecuencia, el estado no puede ser objeto de ningún hecho jurídico que implique el comercio en el sentido legal de la expresión. Así, pues, nadie puede celebrar transacciones con su estado. (1)

La transacción supone una renuncia, y no puede concebirse que el hijo renuncie á su estado, porque eso sería renunciar á la sangre, abdicar de los vínculos que la Naturaleza ha formado, c sa que es imposible; eso sería enajenar una cosa que no estando en el comercio, es inalienable; eso sería regir por convenciones particulares una materia que es de orden público y de interés general, ccsa que la ley no permite. Toda renuncia que el hijo hiciese de su estado sería, pues, radicalmente nula. (2) Síguese de aquí que si el hijo ha intentado acción reclamando su estado y luego se desiste de ella el desistimiento es nulo en tanto que implique una renuncia de su estado; él podrá reclamar su estado apesar de su desistimiento. Por la misma razón no puede prestar aquiescencia al fallo que ha rechazado su demanda, tal aquiescencia no le impediría interponer apelación. Cierto que el hijo puede no interponerla; su silencio implicará una aquiescencia tácita; pero si en este caso el hijo no es admitido á apelación es menos por su voluntad que por la autoridad que la ley otorga á los fallos, y por la necesidad de poner un término al litigio. (3)

Síguese del mismo principio que no puede oponérsele al hijo una confesión cualquiera que de su filiación hubiese

1 Sentencia de Orleáns de 6 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, número 387, 3.°]

2 Sentencia de Montpellier de 12 de Marzo de 1838 [Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 66, p. 184).

3 Duranton, *Curso de derecho francés*' t III, p. 146, núm. 144.

hecho, ni deferirle el juramento sobre su estado. Nunca puede deferirse el juramento en materia de estado, ni en provecho del hijo ni en su contra, porque el juramento decisorio implica una transacción, y toda transacción en cuestiones de estado lleva el sello de nulidad. En cuanto á la confesión contiene una disposición del derecho en el cual descansa; desde luego es inadmisible en materia de estado.

Por último, resulta del mismo principio que el estado no puede adquirirse ni perderse por prescripción. La ley lo expresa así respecto de la prescripción extintiva que se quisiera oponer á la acción de reclamación de estado intentada por el hijo; el art. 328 no es más que la aplicación de un principio general, y es que la prescripción, sea adquisitiva, sea extintiva, supone un derecho que está en el comercio, un derecho que puede adquirirse por título ó por posesión, un derecho que puede perderse por una renuncia tácita ó por negligencia, suposiciones todas extrañas al estado de las personas. Por otra parte, la prescripción se establece por interés general; ahora bien, el interés de la sociedad exige precisamente que el estado sea imprescriptible; importa que cada uno pueda siempre reclamar la filiación que le corresponde, é importa que se pueda siempre combatir el estado de quien ningún derecho tiene á la filiación que posee ó que reivindica. (1)

428. No hay que confundir el estado con los derechos pecuniarios que le son afectos. Aunque estos derechos deriven del estado, que es de orden público y de interés social, nada tienen de común con el orden público ni con el interés de la sociedad. Quedan, pues, en el dominio de los principios generales que rigen los derechos patrimoniales

1 Este es el motivo dado por Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, num. 25 (Locré, t. III, p. 90].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Estos derechos están en el comercio; luego pueden ser el objeto de todo género de convención; por ejemplo, de una transacción. La Corte de Orleáns ha hecho una aplicación notable de este principio. Una transacción estribaba á la vez en el estado del hijo y en los derechos pecuniarios derivados de ese estado. La Corte mantuvo la convención en cuanto á los interses pecuniarios y lo anuló en cuanto á la cuestión de estado. Aunque comprendidos en una misma convención los derechos pecuniarios y los derechos de estado son esencialmente diferentes; puede transarse respecto de los unos, pero no respecto de los otros; la Corte debía, pues, separarlos, como lo hizo. (1)

Síguese de aquí que el hijo puede renunciar á los derechos pecuniarios inherentes á su estado; puede desistirse de una acción á ellos concerniente ó consentir. Por último, siendo estos derechos materia de comercio se pueden adquirir ó perder por la prescripción.

429. El estado considerado como derecho moral, sólo al hijo concierne. Cierto es que, en principio, sus descendientes tendrían también derecho para reclamar el estado que á su padre correspondía. Pero el Código Napoleón no acepta esa teoría, porque de ella habrían resultado eternos debates acerca de las cuestiones de estado, lo que habría comprometido el reposo de las familias y, en consecuencia, trastornado la sociedad. Así, pues, el legislador ha limitado la contienda sobre el estado á la vida del hijo. A la muerte de éste el estado, como derecho moral, se extingue; ya no se considera sino como fuente de intereses pecuniarios. Los derechos patrimoniales inherentes al estado pasan naturalmente á los herederos quienesquiera que sean, con el patrimonio en el cual están vinculados. De donde se sigue que las cuestiones de estado cambian completamente de naturaleza cuando en ellas figuran los herederos. Los derechos pecuniarios sólo son substancia del debate; es así que estos derechos están en el comercio, luego pueden ser objeto de una transacción; los herederos pueden renunciarlos; pueden desistirse de su acción, consentir; sus derechos están sujetos á prescripción.

1 Sentencia de Orleáns de 6 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 387, 3.°). Compárese una sentencia de la Corte de Casación de 29 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1854, 1, 392), que mantiene una convención sobre la participación de la comunidad y de la sucesión pasada entre hijos legítimos é hijos adulterinos.

430. Los principios que acabamos de exponer reciben ciertas modificaciones en materia de desconocimiento; al tratar de esta materia las daremos á conocer. Necesitamos dejar anotadas todavía algunas reglas concernientes al estado de las personas. El preliminar de conciliación ante el juez de paz, que la ley prescribe para toda demanda principal introductiva de instancia, no debe y no puede tener lugar cuando la acción se dirige á objetos que no pueden ser materia de una transacción. Tales son las cuestiones de estado cuando el hijo es parte en el litigio: esas cuestiones están dispensadas por su naturaleza de una tentativa de conciliación que no tendría ningún objeto. No sucede lo mismo cuando los herederos figuran en el litigio, supuesto que el debate versa sobre intereses pecuniarios (Código de Procedimientos, art. 43).

Por los términos del art. 83 del Código de Procedimientos las causas concernientes al estado de las personas son comunicables al Ministerio Público. Esta disposición recibe su aplicación á las acciones en que el hijo figura, y no se aplica cuando los herederos son partes en el litigio, porque respecto á éstos la causa vuelve al derecho común que rige todas las contiendas sobre interés pecuniario.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

SECCION III.--De la acción de desconocimiento

§ I ¿Cuando hay lugar al desconocimiento?

431. El art. 312 dice que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido; que no obstante, éste puede *desconocerlo* si prueba que en la época de la concepción se hallaba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer; el art. 313 agrega que puede también *desconocerlo* á causa de imposibilidad moral de cohabitación En cuanto al hijo nacido durante el matrimonio, pero concebido antes de su celebración, el marido tiene, en principio, el derecho absoluto de *desconocerlo* (art. 314). Conforme á estas disposisiones habría lugar á la acción de desconocimiento contra el hijo concebido ó nacido durante el matrimonio. Pero para que el hijo pueda invocar la presunción de paternidad, que no puede ser combatida sino por el desconocimiento, fuerza es que pruebe que fué concebido ó que nació de la mujer casada que él pretenda que sea su madre. Esta prueba viene á modificar los principios del desconocimiento, tales como resultan de los arts. 312, 313 y 314.

La ley admite tres pruebas para establecer la filiación de los hijos legítimos: el acta de nacimiento, la posesión de estado y la prueba testimonial. Cuando el hijo prueba su filiación maternal por una acta de nacimiento puede invocar la presunción de paternidad, y el marido no es admitido á combatirla sino por el desconocimiento. Esto resulta de la combinación del art. 319 con los arts. 312, 313 y 314. En efecto, el acta de nacimiento, apoyada en el acta de celebración de matrimonio, prueba que el hijo nacido de una mujer casada, durante su matrimonio; que haya sino de pués ó antes, poco importa; desde ese momento

hay lugar á la presunción de paternidad, y, en consecuencia, á la acción de desconocimiento.

No sucede lo mismo cuando el hijo prueba su filiación por la posesión de estado. En teoría, según lo hemos dicho (núm. 408), se podría sostener que hay lugar á desconocimiento; pero de hecho el desconocimiento no es de admitirse supuesto que la posesión de estado se funda precisamente en la confesión del marido que ha tratado al hijo como propio. Cuando consta la posesión de estado ya no puede tratarse de desconocimiento. Todo lo que el padre ó, si hay lugar, sus herederos pueden hacer es combatir los testimonios que el hijo produce para probar la posesión de estado.

Cuando á falta de título y de posesión de estado el hijo prueba su filiación por medio de testigos puede, á la verdad, invocar la presunción de paternidad del art. 312; pero dicha presunción no tiene ya la misma fuerza que cuando descansa en una acta de nacimiento. El marido puede, por *todos los recursos* de derecho, dice el art. 325, probar que el hijo no le pertenece. Esto no es la acción de desconocimiento sino la prueba contraria reglamentada por el derecho común (núm. 421).

No estamos haciendo más que resumir los principios que hemos expuesto. De todo ello resulta que el marido no debe recurrir á la acción de desconocimiento sino cuando el hijo establece su filiación maternal por el acta de nacimiento. Esta regla está admitida por la doctrina y por la jurisprudencia y no da margen á duda alguna. (1) La Corte de Casación falló que si el hijo no tiene título el padre no debe intentar contra él la acción de de conocimiento. (2) No se desconoce sino á aquel que tiene en su favor la pre-

1 Sentencia de París de 11 de Enero de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 19).
2 Sentencia de 11 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 92).

sunción de paternidad resultante del matrimonio de la madre y probada por una acta de nacimiento. El hijo que no tiene título debe formular una demanda reclamando su estado; si alega la posesión el marido puede combatirla probando que jamás ha considerado como suyo á tal hijo: si recurre á la prueba testimonial el marido puede repelerla por la prueba contraria, sin estar sujeto á las reglas relativas al desconocimiento. La acción de desconocimiento debe intentarse en un plazo muy corto; dentro de un mes, por regla general; este plazo no puede oponerse al marido sino cuando él deba formular una acción de desconocimiento para expulsar al hijo de la familia, lo que supone que éste tiene un título; si no lo tiene el marido no está obligado á entablar un litigio escandaloso contra el hijo, que probablemente jamás reclamará un estado al que no tiene ningún derecho; puede esperarse á que el hijo intente su acción, y entonces la rechazará con todos los recursos legales. (1)

432. Cuando el hijo posee una acta de nacimiento no puede ser rechazado de la familia si no es por medio de una acción de desconocimiento. Tal es el principio. ¿Pero qué debe resolverse cuando el título es irregular? Hay que distinguir si la irregularidad consiste en la indicación de la madre ó en la del padre. Si no se señala la madre de una manera cierta el hijo ya no puede prevalecerse de su acta de nacimiento, salvo que pida su rectificación. En efecto, el acta de nacimiento debe probar precisamente la filiación materna; luego si el acta no da á conocer á la madre de una manera cierta el hijo no puede invocarla. Veamos un caso que se ha presentado. El acta de nacimiento no indicaba á la madre con el nombre de mujer casada, y tal irregularidad no habría impedido por sí misma que la madre fuese cierta; pero dábanse además á la madre dos apelativos que pertenecían á su hermana, y uno sólo de ellos le pertenecía; la enunciación del domicilio podía también aplicarse á la hermana tanto como á ella. Había, pues, incertidumbre respecto á la maternidad. La Corte de Rouen resolvió que el hijo debía, antes que todo, hacer que se rectificase el acta de nacimiento. La Corte quizás no habría parado mientes ante tales irregularidades si las circunstancias de la causa no hubiesen despertado sus sospechas; el marido, en la época del nacimiento, estaba ausente hacía varios años con motivo del servicio militar. (1) Así es como los hechos necesariamente influyen en las resoluciones del juez.

En cuanto á las irregularidades concernientes al nombre del padre puede decirse que son indiferentes en atención á que el acta de nacimiento no tiene por objeto comprobar la filiación paterna (núm. 398). La más grave de esas irregularidades consiste en la indicación de un padre distinto del marido de la madre. Podría objetarse que en tal caso el título comprueba una filiación adulterina y que, por consiguiente, el hijo no podría invocarla. La Corte de París contestó perentoriamente que las enunciaciones ajustadas á la ley que se hallan en una acta de nacimiento no son enmendables por las que, además de ser erróneas, sean contrarias á la ley. Es bastante con que la madre sea cierta, en virtud del acta de nacimiento, para que sea necesario desconocer al hijo. (2)

433. Si no existe una acta de desconocimiento, la cuestión no puede ser de desconocimiento. La Corte de Riom resolvió lo contrario en circunstancias particulares, es cierto

1 Demolombe, t. V, p. 137, núm. 145. Sentencia de Caen de 17 de Marzo de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 572).

1 Sentencia de 5 de Marzo de 1828 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 45, p. 176)

2 Sentencia de París de 11 de Enero de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 18)

pero no por eso dejó de cometer un error evidente. Dos consortes se habían separado voluntariamente; la mujer dió á luz un niño, cuyo nacimiento no fué declarado al oficial del Registro Civil. Por mera casualidad el marido supo la existencia de dicho niño, á quien inmediatamente desconoció por declaración hecha ante notario, pero no procedió dentro del mes al desconocimiento de tal acto extrajudicial, como parece exigirlo el art. 318. Más tarde entabláronse nuevas instancias sobre la paternidad; la Corte resolvió que no habiendo tenido lugar el desconocimiento dentro del plazo fijado por la ley no era admisible la acción. (1) Hemos dicho que el error es evidente. Antes de aplicar las disposiciones del Código relativas á los plazos dentro de los cuales debe intentarse la acción de desconocimiento había que ver si había lugar al desconocimiento. Es cierto que el marido había desconocido al hijo en una acta extrajudicial, pero tal acta era inútil, porque el hijo no tenía prueba alguna de su filiación materna; no habiendo título no hay posesión de estado.

434. El hijo se halla inscripto con falsos nombres ó como nacido de padres desconocidos No reclama su filiación, supuesto que no tiene posesión de hijo legítimo. Se pregunta si el padre puede desconocerlo. Cuestión de desconocimiento no puede ser ésta, porque esta acción supone que la maternidad se ha comprobado con una acta de nacimiento, y, en nuestro caso, el hijo no tiene ninguna filiación materna. Así, pues, no podría invocar la presunción de paternidad establecida por el art. 312. Y ¿puede concebirse que el marido desconozca á un hijo cuya misma maternidad es incierta?

Sin embargo, una jurisprudencia casi unánime admite en

1 Sentencia de Riom de 7 de Junio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 177).

tal caso el desconocimiento. Un niño ha sido registrado sin indicación del padre, y es falso el nombre de la madre que declaró al oficial del estado civil. ¿El marido de la mujer que se pretende ser la verdadera madre, podría ser admitido á rendir la prueba de que tal niño nació de su mujer para que en seguida lo desconociese? La Corte de París se resolvió por la afirmativa, fundándose en las conclusiones del Ministerio Público, y la sentencia fué confirmada por la Corte de Casación. (1) Es claro un primer punto, y es que suponiendo que el padre puede actuar contra el niño la acción que intentase no sería una acción de desconocimiento. Si el hijo reclamase su estado sólo podría hacerlo probando por testigos su filiación materna; y probada la maternidad el marido sería admitido, por medio de *todos los recursos*, á establecer que dicho niño no le pertenece (arts. 223 y 325) Y si el hijo guarda silencio, si el marido toma la iniciativa, si prueba desde luego que el hijo nació de su mujer y si en seguida combate la presunción de paternidad que resulta de la filiación materna ocupa el lugar del hijo; pero la posición de las partes sigue siendo la misma, con excepción de que el marido es actor en lugar de ser demandado. Si no hay lugar al desconocimiento propiamente dicho cuando el marido es la parte demandada tampoco puede haber desconocimiento cuando el marido es la parte que demanda: la excepción se torna en acción, y al volverse acción no cambia ciertamente de naturaleza.

Por esto es que la acción del marido no es un desconocimiento. ¿Qué cosa es entonces? No puede ser más que

1 Sentencia de París de 6 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 206); sentencia de la Corte de Casación de 4 de Febrero de 1851. (Dalloz, 1851, 1, 117) Véanse, en el mismo sentido, sentencia de París de 4 de Julio de 1853 (Dalloz, 1852, 2, 202); de la Corte de Casación de 24 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 89); de París de 24 de Febrero de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 37), confirmada por sentencia de la Corte de Casación de 9 de Mayo de 1864 [Dalloz, 1864, 1, 419].

una acción denegada la legitimidad. La cuestión e tá en saber si el marido puede intentar tal acción contra el hijo que no tiene título ni posesión de estado. En principio la acción por cuyo medio se debate el estado de una persona supone que ésta tiene un estado, porque la nada no da motivo á la discusión El art. 322 dice que »nadie puede combatir el estado de quien tiene una posesión conforme á su título de nacimiento.« Esto implica que puede discutirse el estado de quien sólo tiene una acta de nacimiento ó la posesión de estado; en todo caso hay un estado que puede ser el objeto de la discusión. Pero aquel que no tiene ni posesión ni título no tiene estado. Por lo mismo, no alcanzamos á ver lo que podría disputárselo.

Por esto en el sistema de la Corte de Casación el marido debe empezar por crear al hijo un estado, estado que destruye después por la acción que la Corte llama impropiamente desconocimiento. Pero la cuestión es saber si el marido tiene semejante derecho. El hijo contra el cual actúa el marido no reclama, y quizás nunca reclamará, porque no tiene en su favor ninguna de las dos pruebas que establece el estado de las personas; no tiene acta de nacimiento ni posesión de estado. ¿Puede intentarse acción contra el que nada exige, contra el que no posee lo que se desea disputársele? Ciertamente que, conforme á los principios, no es concebible semejante acción, porque se rechazaría al actor por el antiguo adagio que dice: que no hay acción sin interés. ¿Hay qué admitir una excepción de este principio en materia de estado? Escuchemos á la Corte de Casación. La Corte invoca los arts. 312 y 313. »Estos artículos, dice, otorgan al marido la acción de desconocimiento, sin subordinarla á la condición de que el hijo desconocido esté en posesión de la calidad de hijo legítimo ó que, por lo menos haya sido inscripto en los registros del estado

civil como nacido de la mujer casada.« Por estas palabras se ve que la Corte parte de la suposición de que la acción del marido contra el hijo que no tiene ni título ni posesión es una acción de desconocimiento. Acabamos de demostrar que esto no puede ser Aun suponiendo que sea un desconocimiento la dificultad no se resolvería. Queda por demostrar que el marido puede investigar la maternidad para desconocer después al hijo. Decimos que semejante acción no es de aceptarse, y esto por más de una razón. Desde luego por falta de interés. La Corte de Casación dice que el marido tiene un interés porque el hijo tiene el derecho imprescriptible de reclamar su estado probando por testigos su filiación, lo que viene á ser para el marido una amenaza subsistente; luego tiene interés en intentar la acción. ¡Cómo un derecho que el hijo puede ejercitar constituye un interes para el marido! ¿Acaso no se necesita para obrar en justicia un interés nato y actual? El marido no tiene dicho interés, luego no puede obrar. (1) ¿Por qué había él de tomar la iniciativa cuando la ley le permite defenderse contra el hijo por medio *de todos los recursos* cuando la acción del hijo, en caso de ser posible, no es ciertamente probable, supuesto que está subordinada á condiciones muy rigurosas?

La sentencia prevee otra objeción que puede hacerse á la doctrina que ella consagra. Si el marido investiga la filiación materna del hijo es con el objeto de combatir la paternidad ó, como lo expresa la Corte, de desconocer al hijo. La acción tiende, pues, á que se declare adulterino al hijo. ¿No es esto contravenir al art. 342? Nó, dice la sentencia, porque toda acción de desconocimiento, cuando el

1 La Corte agrega, en la sentencia de 1864, que las pruebas que el marido posee pueden desaparecer ó debilitarse. Sin duda que sí, pero ¿constituye esto un interés nato y actual?

hijo es concebido durante el matrimonio, tiene por efecto hacer que se declare adulterino al hijo. Pero no es ese el objeto de la acción sino que el esencial es el desconocimiento y no una investigación de filación adulterina. Esto es claro respecto á la acción de desconocimiento propiamente dicha. El marido está obligado á mantenerla, puesto que el hijo está en posesión de la legitimidad por el hecho solo de que posee un título; debe, pues, el marido, obrar contra él para desapojarlo. Pero cuando el hijo no tiene estado ¿en dónde está la necesidad de obrar contra él para expulsarlo de una familia á la que no pertenece? En este caso no hay lugar á desconocimiento; sólo hay lugar á la contienda de legitimidad; y en el caso de que se trata esta acción no está fundada en un interés nato y actual. ¿Cuál es, pues, su objeto si no la declaración de adulterinidad? Que el marido espere la acción del hijo y entonces tendrá tiempo para iniciar ese escandaloso debate.

Existe una última objeción contra el sistema de la Corte de Casación. Lo que ella llama el desconocimiento del marido es la consecuencia de una investigación previa de la maternidad. ¿Con qué objeto pide él que se establezca la filiación maternal del hijo? Evidentemente que para expulsarlo de la familia como adulterino ó, al menos, como hijo natural. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte de Casación ha consagrado la doctrina de la maternidad sólo el hijo puede investigarla; y que no puede investigarse en contra de él. En vano para eludir este principio se dirá que la acción del marido es un desconocimiento. Repetimos que esto no es exacto. Por otra parte, aun cuando no hubiese desconocimiento no puede ejercitarse sino después de una investigación de maternidad que se hace contra el hijo. Sigue, pues, siendo cierto que el marido investiga la maternidad natural contra el hijo.

II. —¿A QUIEN PERTENECE LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO?

435. En general todos los que tienen interés pueden intentar las acciones concernientes al estado de las personas. Esto no es más que la aplicación del derecho común. La ley deroga á este respecto la acción de desconocimiento. Esta acción, en principio, sólo al marido pertenece; á él sólo nombran los arts. 312, 313 y 316. La acción ni siquiera pasa de pleno derecho á sus herederos: éstos no pueden ejercitarlo, según los términos del art. 337, sino cuando el marido ha muerto antes de haber hecho su reclamación, pero estando todavía en el término útil para hacerla. De aquí resulta que el Código da á entender que restringe la acción al marido y á sus herederos. Este espíritu restrictivo de la ley resulta, además, del art. 315, que otorga la acción en contienda de legitimidad á toda parte interesada. Por último, Locré nos hace saber que la comisión encargada de presentar el primer proyecto había propuesto dar la acción á todos los que tuvieren interés. Se cambió esta redacción para limitar el derecho de desconocimiento á los herederos solos del marido, lo que excluye á las otras partes interesadas. (1) ¿Qué razón tiene este principio especial á la acción de desconocimiento ¿El principio se funda en la naturaleza misma de esta acción. Esta tiende á disputar la paternidad cuando el hijo ha sido concebido ó ha nacido durante el matrimonio y cuando prueba su concepción ó su nacimiento por una acta inscripta en los registros. Todas las probabilidades están á favor de este hijo; sólo el marido puede saber si la presunción de legitimidad está en oposición con la realidad de las cosas. Si él no intenta acción

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. II, ps. 56 y 57. Locré, *Espíritu del Código Civil*, t. IV, p. 73.

hijo es concebido durante el matrimonio, tiene por efecto hacer que se declare adulterino al hijo. Pero no es ese el objeto de la acción sino que el esencial es el desconocimiento y no una investigación de filación adulterina. Esto es claro respecto á la acción de desconocimiento propiamente dicha. El marido está obligado á mantenerla, puesto que el hijo está en posesión de la legitimidad por el hecho solo de que posee un título; debe, pues, el marido, obrar contra él para desapojarlo. Pero cuando el hijo no tiene estado ¿en dónde está la necesidad de obrar contra él para expulsarlo de una familia á la que no pertenece? En este caso no hay lugar á desconocimiento; sólo hay lugar á la contienda de legitimidad; y en el caso de que se trata esta acción no está fundada en un interés nato y actual. ¿Cuál es, pues, su objeto si no la declaración de adulterinidad? Que el marido espere la acción del hijo y entonces tendrá tiempo para iniciar ese escandaloso debate.

Existe una última objeción contra el sistema de la Corte de Casación. Lo que ella llama el desconocimiento del marido es la consecuencia de una investigación previa de la maternidad. ¿Con qué objeto pide él que se establezca la filiación maternal del hijo? Evidentemente que para expulsarlo de la familia como adulterino ó, al menos, como hijo natural. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte de Casación ha consagrado la doctrina de la maternidad sólo el hijo puede investigarla; y que no puede investigarse en contra de él. En vano para eludir este principio se dirá que la acción del marido es un desconocimiento. Repetimos que esto no es exacto. Por otra parte, aun cuando no hubiese desconocimiento no puede ejercitarse sino después de una investigación de maternidad que se hace contra el hijo. Sigue, pues, siendo cierto que el marido investiga la maternidad natural contra el hijo.

II. —¿A QUIEN PERTENECE LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO?

435. En general todos los que tienen interés pueden intentar las acciones concernientes al estado de las personas. Esto no es más que la aplicación del derecho común. La ley deroga á este respecto la acción de desconocimiento. Esta acción, en principio, sólo al marido pertenece; á él sólo nombran los arts. 312, 313 y 316. La acción ni siquiera pasa de pleno derecho á sus herederos: éstos no pueden ejercitarlo, según los términos del art. 337, sino cuando el marido ha muerto antes de haber hecho su reclamación, pero estando todavía en el término útil para hacerla. De aquí resulta que el Código da á entender que restringe la acción al marido y á sus herederos. Este espíritu restrictivo de la ley resulta, además, del art. 315, que otorga la acción en contienda de legitimidad á toda parte interesada. Por último, Locré nos hace saber que la comisión encargada de presentar el primer proyecto había propuesto dar la acción á todos los que tuvieren interés. Se cambió esta redacción para limitar el derecho de desconocimiento á los herederos solos del marido, lo que excluye á las otras partes interesadas. (1) ¿Qué razón tiene este principio especial á la acción de desconocimiento ¿El principio se funda en la naturaleza misma de esta acción. Esta tiende á disputar la paternidad cuando el hijo ha sido concebido ó ha nacido durante el matrimonio y cuando prueba su concepción ó su nacimiento por una acta inscripta en los registros. Todas las probabilidades están á favor de este hijo; sólo el marido puede saber si la presunción de legitimidad está en oposición con la realidad de las cosas. Si él no intenta acción

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. II, ps. 56 y 57. Locré, *Espíritu del Código Civil*, t. IV, p. 73.

alguna su silencio da testimonio en favor del hijo, y cuando el marido reconoce la legitimidad de éste nadie debe tener derecho á disputársela. Cierto es que este reconocimiento tácito del marido aprovechará á veces á un hijo natural, y hasta á un adulterino. Pero la ley prefiere la ficción de la legitimidad al escándalo de un proceso que tiende á declarar á un hijo natural ó adulterino.

436. Síguese de aquí que los acreedores del marido no pueden intentar en su nombre la acción de desconocimiento. Todos están de acuerdo sobre este punto. El art. 1166, que autoriza á los acreedores para ejercitar los derechos y acciones de su deudor, exceptúa los que están exclusivamente afectos á la persona. Veremos, en el título de las *Obligaciones*, que la ley entiende por esto los derechos morales y aquellos en que el elemento moral predomina sobre el interés pecuniario. Pues bien, el desconocimiento es esencialmente un derecho moral, y esto decide la cuestión.

Síguese, además, de aquí que si el marido está sometido a interdicción su autor no puede intentar la acción de desconocimiento. Esto nos parece tan evidente que no comprendemos cómo es que la cuestión sea tan vivamente debatida. Una sentencia de la Corte de Colmar la ha resuelto en contra del tutor, y el fallo fué casado. (1) Después ha sido tratada por un eminente jurisconsulto, cuya prematura muerte será siempre deplorada por la ciencia M. Dupret, Profesor en la Universidad de Lieja. (2) La cuestión está agotada; vamos á resumirla en pocas palabras.

El art. 509 dice que el incapacitado se asimila al menor

1 Sentencia de Colmar de 21 de Enero de 1841, y sentencia de la Corte de Casación de 24 de Julio de 1844. Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 105.)

2 Dupret, en la *Revista de Derecho Francés y Extranjero* de Foeix, 1844, 1, 725. Véase, en sentido contrario Demolombe, t. V, ps. 117 y siguientes, núms 116 y 118.

en lo relativo á su persona y á sus bienes, y que las leyes referentes á los menores se aplican á la tutela de los incapacitados. Ahora bien, según el art. 450 el tutor representa al menor en todos los actos civiles. A primera vista esta disposición parece que decide la dificultad; como lo expresa la Corte de Casación se presupone que el incapacitado ejercita por sí mismo las acciones, cuando las promueve su representante legal. La regla establecida por el art 450 es general, y ninguna ley existe como excepción. Tal es la base de la doctrina que otorga al tutor todos los derechos del menor ó del incapacitado. ¿No es esta una manera un poco mecánica de interpretar la ley? ¿No precisa, antes que todo ver cuál es el objeto de la interdicción, cuál es la misión del tutor del incapacitado? Además, ¿no se debe tener en cuenta la naturaleza particular de la acción de desconocimiento? Cuando se echa á un lado la corteza de la ley y se penetra en su espíritu las dudas desaparecen y la verdad se manifiesta con evidencia. Aquí mismo lo hemos dicho nosotros con motivo de una cuestión análoga; la interdicción tiene por objeto esencial poner á cubierto los intereses pecuniarios del enajenado; tan cierto es esto que si el enajenado no tiene fortuna, la intención ya no tiene razón de ser. (1) Cuando la ley confía al tutor el ejercicio de los derechos del incapacitado trátase de los intereses pecuniarios de éste. En cuanto á los derechos morales el incapacitado los ejecuta apesar de la interdicción, si es que tiene intervalos lúcidos para que pueda ejercitarlos. Por esto es que la Corte de Casación reconoce al incapacitado el derecho de casarse. Si está casado ¿será el tutor el que ejerza la potestad marital ó la potestad paternal? Ciertamente que nó, porque estos derechos son morales, y el tutor es extraño á ellos. Luego hay derechos que el tutor no puede

1 Véase el número 216 de este tomo y los núms. 286-288 del t. II.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ejercitar, apesar de los términos generales del art. 450. Ninguna misión tiene para ejercitarlos, supuesto que no se refieren á los intereses pecuniarios del incapacitado. (1)

¿No sería el desconocimiento uno de esos derechos morales que el tutor no tiene derecho alguno para ejercitar? Esta es una facultad que la ley concede al marido, y éste la ejercitará ó nó, según su conciencia y, agreguemos, según su indulgencia. ¿El tutor puede representar aquí al incapacitado? Sería necesario para esto que las dos personas no hiciesen más que una sola, que el alma del tutor absorbiese la del incapacitado? No es esto ciertamente lo que quiere decir el art. 450. Como la personalidad no es comunicable tampoco lo son los derechos que atañen á la conciencia. Se dirá que nosotros probamos demasiado: que la ley da la acción á los herederos; que si éstos pueden ejercitarla también los tutores pueden hacerlo. Es fácil la respuesta á esta objeción; los herederos no tienen la acción sino á título de derecho pecuniario y únicamente en el caso en que el marido fallece dentro del plazo útil para hacer su reclamación, luego también en la suposición de que la hubiese hecho si hubiese sobrevivido. Esto en definitiva, es una disposición excepcional, y todos los elementos de tal excepción hacen falta cuando se trata de un incapacitado. ¿Acaso el tutor sabe si desconociendo respon-

1 En apoyo de nuestra doctrina, citaremos los motivos de la sentencia pronunciada por la Corte de Casación de Bélgica acerca de la cuestión de saber si el tutor de un incapacitado puede pedir el divorcio á nombre de éste. "El actor, dice la sentencia de 11 de Noviembre de 1869, argumenta en vano sobre el mandato dado al tutor por los arts. 450 y 509; en efecto los cuidados de la persona se limitan á la vigilancia, al sostenimiento del incapacitado, á las medidas que deben tomarse para suavizar su suerte y acelerar su curación. En cuanto á los actos en que el incapacitado está representado por su tutor se refieren sobre todo, á la administración de sus bienes. La representación de una persona por otra, no siendo más que una ficción, debe aplicarse de una manera restrictiva." *Bélgica Judicial*, 1869, p. 1501.

de al pensamiento del incapacitado? Esto sólo decide la cuestión.

Obétase que si se niega al tutor el derecho de desconocimiento se nulifica este derecho, supuesto que desaparecen con el tiempo las pruebas. Podríamos contentarnos con responder que la objeción va dirigida al legislador. Hay, además, otra respuesta que dar en la doctrina inaugurada por la Corte de Casación. Esta reconoce al incapacitado el derecho de casarse: ¿no se debe, por tanto, concedérsele los derechos que derivan del matrimonio en tanto que son compatibles con su estado? Si tiene capacidad para casarse debe tenerla para repudiar al hijo que no le pertenece. Así lo hemos resuelto respecto al divorcio (núm. 216) y lo mismo debe ser respecto del desconocimiento.

437. El art. 317 establece: "Si el marido ha muerto antes de haber formulado su declaración, pero estando todavía dentro del plazo útil para formularla, los herederos tendrán dos meses para combatir la legitimidad del hijo." Resulta de esta disposición que los herederos no tienen la acción por sí mismos; no la tienen sino como representantes del marido y porque se supone que el marido, si hubiese sobrevivido, quizá habría desconocido al hijo. "El derecho del marido, dice Duveyrier, debe pasar necesàriamente á sus herederos, por efecto de la transmisión hereditaria Pero ese derecho no puede pasar á los herederos sino en la época en que aquél puede todavía existir (1) Así, pues, si el marido ha renunciado á su derecho (núm. 377), no existiendo ya éste los herederos no lo hallan en la herencia y, en consecuencia, no pueden repudiar al hijo. La acción pasa á los herederos. ¿Y es la acción tal como la poseía el marido? No, en las manos del marido la acción era esencialmente moral; tiene efectos en cuanto á los bienes, pero

1 Duveyrier, Discursos, núm. 19 (Locré, t. III p. 129).

puede también suceder que ningún interés pecuniario esté anexo. La acción cambia de naturaleza pasando á los herederos; de moral como era vuélvese pecuniaria. Esto resulta del texto mismo del art. 318, porque éste agrega: "Contando desde la época en que el hijo se haya puesto en posesión de los bienes del marido ó desde la época en que los herederos sean incomodados por el hijo en dicha posesión." Luego la ley no da la acción á los herederos sino para poner á cubierto sus intereses pecuniarios, por lo que en las manos de éstos la acción se vuelve pecuniaria. Esto es la aplicación de un principio general en materia de estado (núm 429). Síguese de aquí que la acción de los herederos se rige por los principios que rigen los derechos patrimoniales; sus acreedores pueden ejercitarlo, mientras que los acreedores del marido no tienen ese derecho.

438. Del principio de que la acción de desconocimiento pasa á los herederos á título de derecho pecuniario se sigue que todos los sucesores universales pueden ejercitarlo. Dicha acción pasa con el patrimonio á todos los que recogen éste. Esto nos parece tan evidente que creemos inútil recurrir á los términos probatorios para demostrarlo. (1) Es cierto que la palabra *herederos* de que se sirve la ley tiene algunas veces una significación restricta y sólo designa á los parientes legítimos. Pero las más de las veces el Código emplea esa palabra como sinónimo de sucesor universal; y basta reflexionar en la naturaleza de la acción de desconocimiento, cuando pertenece á los herederos, para convencerse de que todos los que suceden en los derechos del difunto suceden también en la acción de desconocimiento. Este es un derecho pecuniario que forma parte integrante de la sucesión del difunto y que, por lo mismo,

1 Pueden verse estos detalles en Demolombe, t. V, ps. 125-128, núms. 123-130.

pertenece á todos aquellos que recogen esa sucesión. ¿Qué importa que sean parientes legítimos ó sucesores irregulares? ¿legatarios universales ó sucesores *ab intestato*? ¿donatarios por contrato de matrimonio ó herederos? No es un derecho de familia el que ellos ejecutan sino un derecho pecuniario. Los que suceden á los derechos del difunto suceden á la acción de desconocimiento; los que no son sucesores universales, los legatarios, los donatarios á título particular, no suceden. Esta es la opinión común que no puede dar margen á dificultad seria.

Supuesto que la acción pertenece á los herederos en su calidad de sucesores universales hay que inferir que si renuncian á la herencia por este hecho renuncian á la acción de desconocimiento. En cambio si aceptan y venden su derecho hereditario el comprador puede ejercitar el desconocimiento. Porque el desconocimiento no tiene ya ningún carácter moral ni de órden público en manos del heredero sino que es un derecho patrimonial que pasa al comprador con la herencia en donde se halla.

439. La aplicación del art. 317 da lugar á serias dificultades. Pregúntase primero si los herederos deben esperar á que el hijo les interrumpa en su posesión, sea poniéndose en posesión de los bienes del marido, sea intentando una acción de petición de herencia contra los herederos: ¿ó pueden promover antes de ver-se perturbados? La doctrina y la jurisprudencia distinguen. Si el hijo tiene una acta de reconocimiento ó la posesión de estado los herederos podrán repudiarlo, aun cuando no reclamase ningún derecho de herencia. El hijo pertenece en este caso á la familia, é importa expulsarlo, porque uno ú otro día puede reclamar sus derechos. Así, pues, los herederos están siempre amenazados, y si debiesen esperarse á que el hijo obrase contra ellos para expulsarlo de la familia podrían perder-

se sus pruebas y, en consecuencia, perecería su acción. Tienen, pues, un interés en obrar inmediatamente; el artículo 317 no se opone, bien expresa que la prescripción no corre contra los herederos sino á contar desde el momento en que se hallan comprometidos sus derechos pecuniarios, y no expresa que no puedan actuar antes de todo disturbio. Pero si el hijo no tiene ni título ni posesión, si se halla inscripto con falsos nombres ó como nacido de padre y madre desconocidos en tal caso no hay estado, y el hijo no amenaza á los herederos; no estando comprometidos los derechos pecuniarios de éstos ningún interés tienen para promover porque su interés es pecuniario; luego debe originarse en el momento en que intentan la acción; ahora bien, en tal momento el hijo los amenaza tan poco que ellos, los herederos, serían los que debian comenzar por investigar su filiacion para expulsarlo en seguida de la familia desconociéndolo. ¿No sería esta una acción sin interés y, por lo tanto, inadmisible? ¿No equivaldría esto á una investigación de la maternidad natural ó adulterina, investigación que el Código prohibe cuando es adulterina la filiación (art. 342), que la jurisprudencia rechaza en todos los casos cuando se investiga la maternidad en contra del hijo? (1)

A nuestro juicio hay más de un error en esta doctrina, sin que hablemos de las contradicciones. Nosotros no admitimos que los herederos tengan el derecho de promover cuando no se les causa ningún trastorno. Su interés nunca es otra cosa que un interés pecuniario, por lo que debe aplicárseles en todo su rigor la regla de que no hay acción sin interés; este interés debe ser nato y actual, lo que no sucede sino cuando el hijo se pone en posesión de los bie-

1 Sentencia de la Corte de Angérs de 21 de Mayo de 1851, confirmada por la sentencia de la Corte de Casación, de 5 de Abril de 1854 (Dalloz, 1853, 2, 23; 1854, 1, 93).

nes del marido, ó cuando incomoda en esta posesión á los herederos. No basta que el hijo tenga un título ó la posesión de estado para que los herederos tengan un interés actual en promover; lo que, por el contrario, prueba que ningún interés tienen es que el hijo nada reclama contra ellos, apesar de su título ó de su posesión. Es cierto que el hijo podrá reclamar algún día, pero tan improbable eventualidad no es un interés nato, presente; el riesgo de que las pruebas pierdan su fuerza no contituye tampoco un interés actual. Los herederos tienen en su contra tanto el espíritu de la ley como su texto. A su pesar la ley, como se ha dicho, les concede la acción de desconocimiento; y si la rehusa como derecho moral por lo mismo no pueden promover sino cuando su interés está realmente comprometido. ¡Qué no vengan, pues, á trastornar las familias, á suscitar debates escandalosos y deshonrosos para la madre y para el hijo, por la razón sola de que les interesa prevenir una acción poco probable que el hijo pudiera intentar!

Decimos que la doctrina consagrada por la jurisprudencia es contradictoria. Da al marido derecho de promover, aun en el caso de que tal hijo carezca de título y de posesión, por razón de que tal hijo podrá siempre reclamar su estado, y aquella doctrina niega ese mismo derecho á los herederos. La distinción no se apoya en ningún principio. En efecto, la acción pasa á los herederos tal como la poseía el marido, salvo que de moral que era se vuelve pecuniaria. Si el marido puede promover inmediatamente, para desviar un riesgo futuro, estando los herederos amenazados del mismo riesgo deben tener el mismo derecho. El elemento moral del desconocimiento está aquí fuera de causa y, por lo mismo, la acción de los herederos en nada difiere de la del marido; luego debe estar regida por los mismos principios. A decir verdad no se trata del desconoci-

miento propiamente dicho, como creemos haberlo demostrado. Se trata de un debate sobre la legitimidad. Si el marido tiene el derecho de tomar la iniciativa de dicho debate ¿por qué sus herederos no habían de tenerlo? Nosotros lo rehusamos al marido y, por idénticas razones, á los herederos.

440. El art. 317 enumera dos casos en los cuales el hijo compromete los intereses pecuniarios de los herederos. Cuando toma posesión de los bienes del marido no hay duda alguna; la ley agrega: ó cuando perturba á los herederos en dicha posesión. Se trata de una perturbación de derecho; es decir, de una pretensión que el hijo manifieste respecto á los bienes dejados por el marido, bienes que poseen los herederos, porque en la posesión de los bienes es en lo que los herederos deben verse perturbados. La Corte de Casación ha decidido que hay perturbación cuando el hijo, en un acto judicial ó extrajudicial, notifica á los herederos legítimos sus pretensiones á la legitimidad y, en consecuencia, á su porción hereditaria en los bienes del marido; que no se necesita que el hijo intente una acción directa contra los herederos en partición de los bienes. En efecto, la ley no lo exige. En el caso en cuestión era la madre del hijo quien, en su calidad de tutora, había notificado las pretensiones del hijo á sus hermanas y hermanos legítimos. Esto era evidentemente una perturbación que ponía á los herederos en el caso de repudiar al hijo de la familia. (1) Pertúrbase, además, á los herederos cuando el hijo hace que se rectifique el acta de nacimiento y notifica á los herederos el fallo de rectificación con intimación de que dejen en sus manos los bienes de su padre. En tales términos la cosa es tan evidente que no se concibe que la cuestión se haya llevado ante la Corte de Casación; pero lo que la complicaba es que los herederos eran partes en la instancia de rectificación y que habían interpuesto apelación del fallo; podía decirse que por la apelación el fallo suspende sus efectos y que, por consiguiente, debía tenerse por no ocurrida la perturbación. Pero ésta resultaba no tanto del fallo como de la notificación por la cual el hijo reclamaba una parte de los bienes. (1) Habría necesidad de ir más lejos; una acción de rectificación dirigida contra los herederos, con la conclusión de dejar al reclamante los bienes del marido, sería una perturbación, puesto que la demanda ataca y compromete los derechos de los herederos á los bienes del difunto. Pero si en la causa no se tratase de los herederos sólo habría perturbación cuando el hijo les notificase el fallo de rectificación.

1 Sentencia de casación de 21 de Mayo de 1817 y acerca de la remisión; sentencia en el mismo sentido de la Corte de Orleáns de 6 de Febrero de 1818 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 145, 3.°)

441. La acción que la ley otorga á los herederos en nada difiere de la que pertenece al marido, con la excepción de ser pecuniaria. Es un desconocimiento, y, en consecuencia, hay que aplicar todos los principios que rigen el desconocimiento. Es cierto que el art. 317 dice que los herederos tienen dos meses para *combatir la legitimidad del hijo* en lugar de decir que los herederos podrán *desconocer al hijo*; pero este mismo artículo se sirve también, al hablar de la acción del marido, de la palabra vaga *reclamación*. Es cierto que la acción del marido es la que pasa á los herederos que, por lo mismo, la disfrutan con las mismas condiciones y con los mismos efectos. Si el hijo fué concebido antes del matrimonio, tienen ellos el derecho absoluto de repudiarlo (art. 314); si el hijo fué concebido durante el matrimonio pueden repudiarlo probando la im-

1 Sentencia de Casación de 31 de Diciembre de 1834, y sentencia de Grenoble de 5 de Febrero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 145. 3.°)

posibilidad física ó moral de cohabitación (arts. 312 y 313). Este último punto ha dado lugar á una ligera dificultad. Unicamente el marido puede denunciar el adulterio de su mujer; de lo que Proudhón ha inferido que si el desconocimiento está fundado en el adulterio los herederos no pueden ejercitar la acción, á menos que la mujer haya sido condenada por adulterio, á querella del marido. Esta opinión, no obstante que es ingeniosa, no ha sido aceptada. Los herederos que desconocen, en el caso previsto por el art. 313, deben, á la verdad, probar el adulterio, pero no lo denuncian, no persiguen la sentencia de la mujer, y desde luego no hay lugar á que se apliquen los principios que rigen la persecución del adulterio. El estado del hijo es el único objeto de la demanda. (1) Sólo que los herederos deben rendir todas las pruebas que exige la ley para establecer la imposibilidad moral de cohabitar, y bajo este punto de vista se asimilan absolutamente al marido. (2)

442. La ley no otorga acción de desconomiento sino al marido y sus herederos. Como es restrictiva resulta que la madre no tiene derecho de desconocer al hijo. El desconocimiento se refiere á la paternidad, cuando la maternidad es cierta: la acción de la madre tendería, pues, á hacer que se declarase á su hijo natural ó adulterino, acusándose ella misma de adulterio ó de concubinato; el legislador no ha podido admitir una acción tan inmoral. Por la misma razón el hijo no tiene derecho á rechazar la paternidad que le dan el matrimonio y el acta de nacimiento que comprueba su filiación maternal. Ha acontecido, sin embargo, que un hijo ha tratado de abdicar su legitimidad legal y no disputada para reclamar una filiación adulterina con

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. II, p. 55, y la crítica de Valette, p. 56, nota a.
2 Sentencia de Aix de 11 de Enero de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 85).

el fin de conseguir mayores ventajas pecuniarias; la Corte de Rouen rechazó tan escandalosa demanda, como contraria á las leyes, á las buenas costumbres y á todo sentimiento de pudor, en su tendencia como en sus resultados. (1)

Síguese del mismo principio que los hijos legítimos no tienen la acción de desconocimiento, en su calidad de hijos, lo mismo que los demás parientes no la tienen á título de parenteseo. Pero la tienen si son herederos. Ciertamente que sería inmoral la acción que ellos intentasen, supuesto que tendería á mancillar á la madre y á deshonrar á su padre; equivaldría, pues, á su propia ignominia y á la de la familia, lo que ellos demandaran judicialmente. Pero el derecho de ellos es incontestable. Esto prueba que no hay que tomar al pie de la letra los considerandos de la sentencia que acabamos de citar. La demanda, en el caso de que se trata, estaría fundada en la ley: luego, por escandalosa é inmoral que fuese, debería ser aceptada. (2) La misma madre podría promover si fuese sucesora irregular de su cónyuge; la acción sería todavía más inmoral y, no obstante, sería admisible legalmente.

§ III.—Competencia.

443. La acción de desconocimiento debe llevarse al tribunal del domicilio del demandado. ¿Pero quién es el demandado? El art. 318 parece decidir la cuestión diciendo que la acción debe dirigirse contra un tutor *ad hoc* dado al hijo; el tutor es, pues, el demandado, se ha dicho, y, en consecuencia, ante el tribunal de su domicilio debe intentarse la acción. (3) La Corte de Lieja así lo resolvió, pero su sen-

1 Sentencia de 16 de Junio de 1820 [Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 104].
2 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. III, p. 69, núm. 70.
3 Sentencia de Caen de 18 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 94) y de Lieja de 7 de Diciembre de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 106).

tencia fué anulada por la Corte de Casación de Bruselas, y la Corte de Gante, ante la cual se llevó el asunto, se adhirió al dictamen de la Corte Suprema. (1) Nosotros creemos que estas últimas sentencias consagran la verdadera doctrina. No es el tutor quien combate la acción de desconocimiento; él no es más que el mandatario ó, por mejor decir, el protector que la ley da al hijo. Este es el verdadero demandado: lo que es de toda evidencia. Así, pues, la cuestión se reduce á saber cuál es el domicilio del hijo. En principio el hijo tiene el domicilio de su padre, no pierde dicho domicilio por el solo hecho de que contra él se haya intentado una accion de desconocimiento, porque no es la acción la que lo expulsa de la familia sino el fallo. ¿Se cambia la doctrina cuando se discierne un tutor *ad hoc* al hijo? Tal es la cuestión. No vacilamos en responder negativamente. El tutor *ad hoc* no es el representante del hijo sino un protector especial que tiene por misión defender los intereses del hijo; esta tutela especial no puede, pues, tener ninguna influencia sobre el domicilio del menor, porque no es una verdadera tutela; no hay ni subrogado tutor, ni hipoteca legal, y, por lo mismo, nada hay que caracterice la tutela. Luego el hijo conserva el domicilio del padre. Esto decide la cuestión.

§ I.—Plazos dentro de los cuales debe intentarse la acción.

Núm. 1. *Duración de los plazos.*

444. El art. 316 establece: «En los diversos casos en que el marido está autorizado para reclamar deberá hacerlo dentro del mes, si se halla en el lugar del nacimiento del hijo; dentro de los dos meses después de su vuelta, si en la misma época está ausente; dentro de los dos meses después de descubierto el fraude si se le hubiere ocultado el nacimiento del hijo.» ¿Por qué motivos prescribe la ley plazos tan cortos? Bigot-Préameneu contesta que la ley ha consultado el corazón humano. «El sentimiento natural del marido dice, que tiene suficientes motivos para repudiar á un hijo que cree serle extraño, es repudiado inmediatamente de la familia, su deber, el ultraje que ha recibido, todo debe inclinarlo á patentizar inmediatamente su querella. Si se demora óyese llamar con el nombre de padre, y su silencio equivale á una confesión formal á favor del hijo: la calidad de padre que una sola vez consintió en asumir es irrevocable.» Duveyrier da la misma razón, que importa dejar apuntada: «Un padre que á su lado ha tolerado en su casa, sin pena ni repugnancia, ó que sin indignación ha conocido la existencia de un hijo que la ley y la sociedad le atribuyen, se supone que no ha recibido ofensa ó que la ha perdonado; y en todo caso, la ley, así como la razón, prefiere el perdón á la venganza (1)

¿Qué es lo que debe entenderse por la expresión *en los lugares* y por la palabra *ausente* que le es opuesta? Toullier dice que deliberadamente el legislador se sirvió de esta expresión vaga *en los lugares* para designar la distancia hasta la cual pueden ó no ignorarse hechos que tan vivamente interesan al marido, como el embarazo de una esposa y el nacimiento de un hijo. En cuanto á la ausencia es de evidencia palmaria que el que está ausente en el sentido legal de la palabra no puede reclamar, supuesto que hay incertidumbre sobre su vida; en el art. 316 la ausen-

1 Sentencia de Casación de 6 de Marzo de 1856, y sentencia de Gante de 7 de Agosto de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 1, 181; 1857, 2, 99).

1 Exposición de los Motivos, núm. 14 (Locré, t. III, p. 88). Duveyrier, Discurso, núm. 18 (*ibid.*, p. 128).

cia es sinónimo de alejamiento; el que no se halla en un sitio dado está ansente. Toullier hace notar, y con razón, que la distancia hasta la cual hay alejamiento es una cuestión de hecho. El marido que no habita en la misma comuna que la mujer no está en el sitio; sin embargo, si el lugar en que él reside es próximo, si las comunicaciones son fáciles, no puede razonablemente ignorar los acontecimientos que pasan en su familia. (1)

Se ha preguntado cómo se calcula la vuelta. Una sentencia de la Corte de Paris decide que el plazo, en caso de ausencia, no empieza á correr sino desde el momento en que el marido ha vuelto al lugar del nacimiento del hijo ó del domicilio conyugal. (2) A nosotros nos parece, conforme al espíritu de la ley, que hay que considerar como de vuelta al marido cuando retorna al lugar en donde la mujer reside. El domicilio de derecho sería el del marido, pero el domicilio puede estar muy lejos de la residencia de la mujer; y ahí puede ignorarse el hecho del nacimiento del hijo; ahora bien, para que el plazo pueda correr se necesita, al menos, que sea probable que el marido tiene conocimiento de los hechos. En cuanto al lugar en que el hijo ha nacido puede ser completamente accidental, y puede ser que ahí sean tan desconocidos el marido como la mujer.

El plazo es también de dos meses en caso de fraude; el art. 316 nos dice que la ley entiende por esto el hecho de que la mujer oculta el nacimiento del hijo. Luego el plazo no comienza á correr sino desde el día en que el marido adquiere el conocimiento cierto de la maternidad; lo que igualmente es una cuestión de hecho. La Corte de Rouen ha resuelto que una demanda en rectificación del acta de nacimiento dirigida por el hijo contra el marido no hacía

1 Toullier, *El derecho civil francés*, t. II, núm. 839, p. 87.
2 Sentencia de París de 9 de Agosto de 1843 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 135).

correr el plazo, porque dicha acta no daba al marido el conocimiento suficiente de la maternidad en razón de las circunstancias de la causa; la sentencia fué confirmada por la Corte de Casación. (1)

445. Si el marido no se halla en los sitios ó si el nacimiento se le ha ocultado el plazo en el cual debe reclamar es de dos meses, y comienza á correr desde el momento de la vuelta ó desde el descubrimiento del fraude. Se pregunta si es al marido á quien corresponde probar que está dentro del plazo. La doctrina, en este punto, se halla en desacuerdo con la jurisprudencia. Duranton, Zachariæ, Demolombe, enseñan que el marido, siendo actor, debe probar que se halla dentro del plazo excepcional que la ley le otorga cuando está ausente ó cuando se le ha ocultado el nacimiento del hijo. (2) La Corte de Casación, por el contrario, hace recaer la prueba sobre el demandado; es decir, sobre el tutor *ad hoc*. (3) A nuestro juicio la jurisprudencia ha consagrado los verdaderos principios. No es exacto decir que el marido invoque una excepción; la ley determina el plazo según las circunstancias: es de un mes cuando el marido se halla en los sitios, de dos meses cuando está ausente ó cuando se le ha ocultado el nacimiento. No hay en esto ni regla ni excepción sino tres disposiciones diferentes para tres casos distintos. La cuestión es, pues, ésta. ¿Es necesario que en estos tres casos pruebe el marido que se halla dentro del plazo útil? En principio el que intenta una acción no tiene que probar más que una cosa, el fundamento de su demanda. Ahora bien, el plazo dentro del

1 Sentencia de la Corte de Casación de 25 de Enero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 45, p. 176). Compárese, en el mismo sentido, sentencia de Dijón de 6 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 32).
2 Durantón, t. III, p. 82, núm. 86; Zachariæ, t. III, p. 647, nota 15. Demolombe, t. V, p. 136, núm. 144.
3 Sentencia de 14 de Febrero de 1854, (Dalloz, 1854, 1, 89).

cual debe formularse la demanda no es el fundamento de ella; de ahí resulta únicamente una excepción que el demandado puede oponer. Por aplicación de este principio, hay que decidir que el marido no tiene que probar que se halla dentro del plazo: al demandado, que es el que le opone la excepción de prescripción ó la caducidad resultante de la espiración del plazo, es á quien corresponde probar que éste ha expirado.

446. Decimos que hay caducidad si el marido no promueve dentro del plazo legal. La sentencia de la Corte de Casación que acabamos de citar así lo resuelve, y esto no puede ser motivo de duda. El texto del art. 316 es imperativo, puesto que dice que el marido *deberá* reclamar. Si no reclama inmediatamente su silencio se considera como una aquiescencia de su paternidad; esto es lo que dicen los oradores del Gobierno y del Tribunado. Esto decide la cuestión. ¿Incurre en caducidad el marido que no promueve porque ignoraba el nacimiento del hijo, bien que no se le haya ocultado? Ese caso puede presentarse cuando el marido se halla ausente; si la ausencia ha durado años enteros aquél puede ignorar la existencia del hijo, por más que el nacimiento haya tenido la publicidad ordinaria. A su vuelta él no llega á saber la existencia del hijo sino dentro de dos meses. ¿Habrá caducidad? Conforme al texto debe responderse afirmativamente. En efecto, el art. 316 es absoluto, y el intérprete no puede introducir en el texto una distinción que en él no existe. No obstante, creemos que se debe admitir una restricción de esta opinión: si á su vuelta no se da á conocer al marido la existencia de ese niño ¿no podrá éste sostener que se le ha ocultado el nacimiento? ¿Qué importa que no haya habido ocultación cuando se verificó el parto si en razón del alejamiento el marido no podia conocer ese hecho? A nuestro juicio hay fraude

desde que se le ha ocultado el hijo en el momento en que habría podido y debido saberlo. La cuestión es más delicada cuando el marido se halla en los parajes, pero que los cónyuges vivan separados, sea de hecho, sea en virtud de un juicio. En este caso el marido puede también ignorar el nacimiento y la existencia del hijo, aunque no haya habido ningún fraude. Por esto mismo el marido ha incurrido en la caducidad.

Esto es contrario al espíritu de la ley, puesto que el silencio del marido es una confesión; ahora bien, no se concibe la confesión si el marido ignora que existe un hijo. Hay un vacío en el Código. En Francia se ha llenado; respecto á la separación de cuerpo por la ley de 6 de Diciembre de 1850 y bajo el imperio de esta ley se ha juzgado que cuando el marido ignora el nacimiento del hijo el plazo del desconocimiento no corre sino desde el dia en que ha tenido un conocimiento claro.

447. ¿El marido puede desconocer al hijo antes de su nacimiento? Una sentencia de la Corte de Lieja resolvió la cuestión afirmativamente, y tal es también el parecer de Zachariæ. Creemos, con Demolombe, que este es un error: «Ninguna ley, dice la Corte de Lieja, prohibe á un cónyuge que ve que llega su última hora desconocer al hijo que está todavía en el seno de la madre, y semejante desconocimiento no ha sido atacado de nulidad.» Nó, no hay ley que lo prohiba, pero los principios más elementales de derecho lo prohiben. El desconocimiento es una acción judicial, y ¿puédese obrar contra el que no existe? Ahora bien, el hijo concebido no es todavía una persona. Cierto es que una ficción lo considera como nacido cuando se trata de sus intereses. Pero la ficción debe quedar encerrada dentro de los límites para los cuales está establecida: no se

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la puede invocar contra el hijo concebido. Esto decide la cuestión.

¿Es preciso que el hijo reclame sus derechos para que corran los plazos? La Corte de Casación ha juzgado que la acción de desconocimiento puede ejercitarse contra un hijo que no tiene título ni posesión de estado, sin que sea necesario esperar á que este hijo reclame los derechos de hijo legítimo. A nuestro juicio, como ya lo hemos dicho (núm. 434), este caso no es el del desconocimiento, es el caso de una acción en contestación de legitimidad. En cuanto al desconocimiento propiamente dicho es evidente que el marido no debe expresar la reclamación del hijo; la ley no lo exige y las más de las veces la cosa habría sido imposible, supuesto que el desconocimiento debe formularse en el mes del nacimiento.

448. Según los términos del art. 318 los herederos tienen dos meses para disputar al hijo la legitimidad. Los herederos tienen, pues, un plazo de dos meses en todos los casos en que hay lugar á desconocimiento, mientras que el marido no tiene más que un mes, si está en los lugares del suceso. Esta diferencia es muy justa. El marido no puede ignorar el hecho de su paternidad una vez que la maternidad está clara, mientras que los herederos extraños á la la intimidad de las relaciones que existen entre cónyuges pueden ignorar los hechos; deben disponer de un tiempo moral para tomar informes y resolver después. El plazo no corre sino contando desde la época en qúe el hijo se ha puesto en posesión de los bienes del marido, ó desde la época en que los herederos fuesen incomodados por el hijo en dicha posesión. Antes hemos dicho cuándo tiene lugar esta incomodidad (núm. 440).

Núm. 2. Disposiciones generales concernientes á los plazos.

449. Los plazos son de uno ó dos meses. ¿Y cómo se cuentan los meses? Cuando se publicó el Código Civil el calendario republicano estaba todavía en vigor y, en consecuencia, los meses comprendían un espacio de treinta días. El calendario gregoriano reemplazó al calendario republicano; y de jurisprudencia como de doctrina es que los meses se cuenten de fecha á fecha, según el calendario gregoriano, sin que se tenga en cuenta la duración más ó menos larga de los meses. (1)

450. ¿El plazo de uno ó dos meses es una prescripción y hay que aplicar los principios sobre las causas que suspenden ó que interrumpen la prescripción? Todos los autores enseñan que el plazo dentro del cual debe intentarse el desconocimiento no es una prescripción y que, en consecuencia, no se suspende por la minoría del marido ó de sus herederos. Dicen que es uno de esos términos fijos dentro de los cuales un hecho jurídico debe verificarse bajo pena de caducidad. (2) La doctrina de los plazos prefijos es muy vaga; la examinaremos en el título *De la Prescripción*. En caso de desconocimiento sufre ciertas dificultades. Los autores del Código Civil han prescripto un breve plazo porque en el silencio del marido han visto, en el momento en que todo lo induce á protestar, una confesión de la paternidad. Aquí, pues, no se trata de un simple plazo material hasta cierto punto sino de saber si el marido ó sus herederos, guardando el silencio, confiesan que el hijo es legítimo.

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Mes*. Zachariæ, t. I, pfo. 49, p. 110 y notas 11 y 12.
2 Dalloz, *Repertorio* en la palabra *Paternidad*, núm. 146.

la puede invocar contra el hijo concebido. Esto decide la cuestión.

¿Es preciso que el hijo reclame sus derechos para que corran los plazos? La Corte de Casación ha juzgado que la acción de desconocimiento puede ejercitarse contra un hijo que no tiene título ni posesión de estado, sin que sea necesario esperar á que este hijo reclame los derechos de hijo legítimo. A nuestro juicio, como ya lo hemos dicho (núm. 434), este caso no es el del desconocimiento, es el caso de una acción en contestación de legitimidad. En cuanto al desconocimiento propiamente dicho es evidente que el marido no debe expresar la reclamación del hijo; la ley no lo exige y las más de las veces la cosa habría sido imposible, supuesto que el desconocimiento debe formularse en el mes del nacimiento.

448. Según los términos del art. 318 los herederos tienen dos meses para disputar al hijo la legitimidad. Los herederos tienen, pues, un plazo de dos meses en todos los casos en que hay lugar á desconocimiento, mientras que el marido no tiene más que un mes, si está en los lugares del suceso. Esta diferencia es muy justa. El marido no puede ignorar el hecho de su paternidad una vez que la maternidad está clara, mientras que los herederos extraños á la la intimidad de las relaciones que existen entre cónyuges pueden ignorar los hechos; deben disponer de un tiempo moral para tomar informes y resolver después. El plazo no corre sino contando desde la época en qúe el hijo se ha puesto en posesión de los bienes del marido, ó desde la época en que los herederos fuesen incomodados por el hijo en dicha posesión. Antes hemos dicho cuándo tiene lugar esta incomodidad (núm. 440).

Núm. 2. Disposiciones generales concernientes á los plazos.

449. Los plazos son de uno ó dos meses. ¿Y cómo se cuentan los meses? Cuando se publicó el Código Civil el calendario republicano estaba todavía en vigor y, en consecuencia, los meses comprendían un espacio de treinta días. El calendario gregoriano reemplazó al calendario republicano; y de jurisprudencia como de doctrina es que los meses se cuenten de fecha á fecha, según el calendario gregoriano, sin que se tenga en cuenta la duración más ó menos larga de los meses. (1)

450. ¿El plazo de uno ó dos meses es una prescripción y hay que aplicar los principios sobre las causas que suspenden ó que interrumpen la prescripción? Todos los autores enseñan que el plazo dentro del cual debe intentarse el desconocimiento no es una prescripción y que, en consecuencia, no se suspende por la minoría del marido ó de sus herederos. Dicen que es uno de esos términos fijos dentro de los cuales un hecho jurídico debe verificarse bajo pena de caducidad. (2) La doctrina de los plazos prefijos es muy vaga; la examinaremos en el título *De la Prescripción*. En caso de desconocimiento sufre ciertas dificultades. Los autores del Código Civil han prescripto un breve plazo porque en el silencio del marido han visto, en el momento en que todo lo induce á protestar, una confesión de la paternidad. Aquí, pues, no se trata de un simple plazo material hasta cierto punto sino de saber si el marido ó sus herederos, guardando el silencio, confiesan que el hijo es legítimo.

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Mes*. Zachariæ, t. I, pfo. 49, p. 110 y notas 11 y 12.
2 Dalloz, *Repertorio* en la palabra *Paternidad*, núm. 146.

¿Y la confesión acaso no implica la capacidad para confesar? Evidentemente. La cuestión se complica, pues, y hay que preguntar si el menor es capaz de hacer la confesión de su paternidad. Cuando se trata del padre natural la doctrina y la jurisprudencia le conceden el derecho de confesar la paternidad por una acta de reconocimiento; con mayor razón el padre legítimo debe tener ese derecho; capaz para casarse debe serlo también para admitir ó para desconocer al hijo nacido de su mujer: menor ó nó debe él saber si es el padre de ese niño ó si no lo es. Esto decide la cuestión, á nuestro juicio, siempre que se admita el principio.

Mayor es la dificultad para los herederos. Estos no promueven sino para garantir un interés pecuniario. ¿No debe inferirse que se hallan bajo el dominio del derecho común? Si son menores ya no se trata de reconocer ó nó la paternidad sino la del marido. ¿Tiene capecidad para hacer esa declaración? Muy dudoso nos parece esto, porque al confesar disponen de derechos pecuniarios de la más alta significación. Supuesto que se trata de derechos pecuniarios ¿no debe decirse que á su tutor atañe promover ó no promover? Y si el tutor no promueve, si guarda silencio por espacio de dos meses, ¿no es llegado el caso de decir que por esta negligencia él no ha podido comprometer los intereses del menor ó, en otros términos, que la prescripcripción no ha podido correr contra ellos? Bajo el punto de vista de los principios que normalizan la confesión no vemos qué podría contestarse á estas objeciones. Queda en pie la máxima de que los plazos prefijos no admiten suspensión. ¿Esta regla es tan absoluta como comunmente se dice? Esto lo examinaremos en el título *De la Prescripción*.

En cuanto á la interrupción de la prescripción tiende á prolongar indefinidamente el plazo otorgado para promover.

Nosotros creemos que no hay lugar á la interrupción del plazo establecido para el desconocimiento; el art. 318 lo prueba; da un medio de prolongar el plazo; supone, pues, que las reglas generales sobre la prescripción no son aplicables. El espíritu de la ley se opone imperiosamente á la aplicacion de estas reglas. Quiere que el debate acerca del estado del hijo que tiene á su favor la presunción de paternidad se evacue lo más pronto posible. Así, pues, no puede tratarse de interrumpir la prescripción

454. La ley da al marido y á sus herederos un medio de prolongarla, pues en el cortísimo plazo que ella prescribe para el ejercicio del desconocimiento pueden [desconocer al hijo por una acta extrajudicial; en tal caso deben, dice el art. 318, intentar la acción judicial dentro del plazo de un mes. Esa acta extrajudicial no hace, pues, las veces de una demanda judicial y sólo tiene una utilidad, y es la de prolongar el plazo de un mes cuando se hace á la espiración del plazo legal. ¿Qué cosa es, pues, el acta extrajudicial? Es la manifestación de la intención que tiene el marido ó sus herederos para desconocer al hijo. Pero ¿por qué en lugar de recurrir á un acto extrajudicial no promueven desde luego judicialmente? El desconocimiento extrajudicial tiene una ventaja, y es que no entabla el proceso; el marido y sus herederos pueden todavía reflexionar, cambiar de voluntad, evitando el ruido y el escándalo que resulta de una acción de desconocimiento. La ley no dice en qué consiste ese acto extrajudicial; todo lo que resulta de la palabra *acta* es que precisa un escrito, y para que éste pueda invocarse como prolongado el plazo se necesita que haya una fecha cierta. Ni siquiera es necesario que se notifique; la ley no lo exige, y no hay razón para exigirlo. En tanto que el litigio no se inicie la notificación sería inútil, porque no tendría ningún objeto. Basta, con-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

forme al espíritu de la ley, que se pruebe que el marido ó sus herederos han manifestado la voluntad seria de desconocer al hijo antes de la expiración de los plazos ordinarios. Los autores están de acuerdo en todos estos puntos. (1)

El art. 318 dice que el acta extrajudicial será como si no existiese si no está seguida, dentro del plazo de un mes, de una acción judicial. Es la acta extrajudicial sola, como lo expresa el Tribuno Lahary, lo que queda sin efecto. Síguese de esto que en tal caso se vuelve al derecho común, conforme al cual el plazo es de dos meses para el marido si se halla ausente ó si se le ha ocultado el nacimiento, y siempre de dos meses para los herederos. Puede, pues, suceder que el marido ó sus herederos estén todavía dentro del plazo; naturalmente podrán aprovecharse de tal circunstancia para intentar la acción. Esta fué la observación del Relator del Tribunado, reproducida por todos los autores, (2) y hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. (3)

§ V.—Formas.

452. El art. 318 quiere que la acción de desconocimiento se dirija contra un tutor *ad hoc* discernido al hijo y en presencia de su madre. El hijo es el demandado y contra él va dirigido el desconocimiento; pero como de ordinario la acción se intenta inmediatamente después del nacimiento ó por lo menos durante la minoría del hijo había que darle un defensor. Este protector no puede ser el padre,

1 Durantón, t. III, ps. 89 y siguientes, núms. 94 y 95. Demolombe, t. V, p. 146, núm. 154.

2 Lahary, Dictamen núm. 17 (Locré, t. III, p. 108). Demolombe, t. V, p. 148, núm. 158.

3 Sentencia de 4 de Abril de 1837 [Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 157].

supuesto que es el adversario del hijo; no la madre, porque posible sería que ella no quisiese defender á su hijo; la ley ha tenido, pues, que cuidar de que el hijo tenga un representante que sostenga sus intereses, con este fin le ha dado un *tutor especial*.

453. ¿Quién nombra á este tutor especial? Nosotros hemos emitido la opinión de que los tutores *ad hoc* deben ser nombrados por el tribunal (1). El consejo de familia no tiene más que una competencia determinada, él nombra al tutor ordinario y, por lo mismo, tiene calidades para nombrar un tutor especial cuyas funciones nada de común tienen con la tutela ordinaria. En el caso de desconocimiento hay un motivo especial y, á nuestro juicio, parentesco, para no atribuir el nombramiento del tutor al consejo de familia; se trata de expulsar al hijo de la familia como adulterino ó como natural; así, pues, la familia es el adversario del hijo, y ¿serán los adversarios del hijo los que elijan á un protector? Sólo una disposición existe en nuestro código que atribuye el nombramiento de los tutores especiales, en un caso, dado al consejo de familia, y es el art. 968 del código de procedimientos; pero ese artículo ¿acaso no prueba que esa no es la regla general? ¿No sería inútil, si el nombramiento debiera hacerse siempre por el consejo? (2).

Generalmente se sigue la opinión contraria; que está consagrada por la jurisprudencia. Pero esa opinión da lugar á dificultades á cuyo respecto las cortes y los autores están muy lejos de hallarse de acuerdo. ¿Quiénes formarían ese consejo? El art. 407 quiere que se convoquen en los con-

1 Véase el tomo II de mis Principios, núm. 342.

2 Esta es la opinión de Delvincourt, t. 1°, p. 85, nota 4, seguido por Valette acerca de Proudhon, t. II, p. 59, nota a; Demolombe, t. V, p. 152, núm. 266; Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 1°, p. 447. Hay una sentencia de París en ese sentido, de 4 de Julio de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 201).

sejos de familia á los parientes tomados en las dos líneas. ¿Debe aplicarse esta disposición cuando el consejo debe nombrar un tutor *ad hoc* en caso de desconocimiento? Unos dicen que sí y otros que no. Estos quieren excluir á los parientes paternos, porque el padre ó sus herederos son los que intentan la acción (1). Lógicamente deberían excluir á todos los parientes, porque todos están interesados en expulsar al hijo de la familia: habría que componer el consejo enteramente de amigos, lo que vendría á parar en un consejo llamado de *familia*, ¡en el cual no figuraría un solo miembro de la familia! La opinión más lógica es ciertamente la que, una vez declarado competente el consejo, aplica las reglas sobre la composición de los consejos de familia (2): de manera que el demandado es el que determina la competencia del juez de paz y también la competencia del tribunal, todo esto en virtud de una ficción imaginada por la jurisprudencia. ¿Esta necesidad de recurrir á cada paso á ficciones, ficciones que sólo el legislador puede crear, no probaría que la jurisprudencia está fuera de la ley?

454. Si el hijo es mayor nos parece evidente que no hay que nombrarle un tutor. ¿Tiene necesidad de un protector quien se proteje á sí mismo?. No obstante esto, la opinión contraria ha encontrado un partidario (3). Cierto es que el art. 318 esta concebido en términos generales y en apariencia absolutos; podría, pues, invocarse el viejo adagio que no permite distinguir en donde la ley no distingue. En otro lugar hemos contestado que se puede y se debe distinguir cuando la razón en la cual la ley se funda nos obliga á introducir una distinción (1). En el caso del art. 318 la distinción es de tal manera necesaria que es inútil insistir. Hasta inútil habría sido suscitar la cuestión si no se volviera á presentar la misma dificultad en otra cuestión un poco más seria.

1 Marcade, t. II, p. 19, art. 318, núm. 1. Rochefort, t. 1°, núm. 71. Hay algunas sentencias en este sentido (Dalloz, 1864, 1, 409, nota).
2 Tal es la opinión de Toullier, t. II, núm. 845. (Proudhon, t. II, p. 59; Duranton, t. 3°, núm. 96). Está consagrada por la jurisprudencia de las cortes de Bélgica, Lieja, 5 de Mayo de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 200); Bruselas, 24 de Noviembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2 66.)
3 Rochefort, "Del estado de las familias," t. 1°, núm. 66.

El hijo tiene un tutor, á pesar de esto ¿hay que nombrarle un tutor especial? A primera vista se ve uno tentado á decir que no: ¿para qué nombrar un protector á quien ya tiene uno? Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian por la afirmativa (2), y creemos que con razon, no porque esté prohibido distinguir ahí en donde la ley no distingue sino porque en el caso en cuestión la distinción iría contra el objeto que el legislador tuvo en mientes. Este ha querido dar un defensor al hijo; ahora bien, lo más frecuentemente el tutor y el subrogado tutor serán sus adversarios; el padre evidentemente que lo es, así como toda la familia paterna; la ley misma ha recusado á la madre, y los parientes maternos están igualmente interesados en rechazar al hijo como natural ó adulterino. Es, pues, conveniente que haya un tutor *ad hoc* tomado fuera de la familia y desinteresado en el debate

455. El art. 318 dice que la acción de desconocimiento debe dirigirse contra el tutor *ad hoc* dado al hijo y en *presencia de su madre*. Por más que la acción no se intente contra la madre ella está interesada, tiene que defendor el estado de su hijo y su propia honra; y, por otra parte, puede procurar útiles informes. Se pregunta si se puede hacer figurar á la madre en la causa, bajo pena de caducidad, dentro del plazo de un mes prescrito por la ley. La

1 Véase el tomo 1° de mis Principios, núm. 278
2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *paternidad*, núm. 161. Demante, "Curso analítico," t. II, p. 76, núm. 44, *bis* IV.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

corte de Caen ha decidido la cuestión negativamente; los motivos que ella da son tan perentorios que no comprendemos las vacilaciones de la doctrina (1). Después de haber sostenido que hay caducidad, Demolombe acaba por decidir que ésta no puede estar suficientemente descrita en el art. 318 (2). Hay más que decir: el texto es muy claro, y el espíritu de la ley no deja duda alguna. La ley quiere que la acción se intente en un breve plazo. ¿Contra quién va dirigida? Contra un tutor *ad hoc*, dice el art. 318. ¿Va dirigida también contra la madre? Ciertamente que no, supuesto que el código se limita á exigir que la madre esté *presente*. ¿Presente á qué? pregunta la corte de Caen. Al litigio, naturalmente. Preciso es, pues, que haya litigio antes de que pueda ser llamada la madre. Si está presente la madre á los debates cuando se inician ¿no basta esto? Si ella no asistiese á las primeras diligencias éstas podrían declararse nulas. El interés de la madre y el del hijo están mutuamente garantidos; y aun cuando no lo estuviesen todavía había que resolver que no hay caducidad, porque no la hay sin texto, y el art. 318 ciertamente que no la pronuncia contra el marido ó sus herederos si la madre no ha sido notificada dentro del plazo prescrito para la notificación del tutor especial.

456. El desconocimiento debe hacerse en un período cortísimo de tiempo, bajo pena de caducidad; importa, pues, examinar si la accion contra el tutor *ad hoc* prescrita por el art. 318 puede reemplazarse por un acto equivalente. Dalloz se pronuncia por la afirmativa, fundándose en la afirmativa (3). Esto nos parece más que dudoso. Si el

1 Sentencia de 31 de Enero de 1836 (Dalloz, en la palabra *paternidad*, núm. 169).

2 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. V, p. 154, número 168.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *paternidad*, núms. 173, 174.

hijo tiene un título, puede invocar la presunción de paternidad establecida por el art. 312. Esta presunción no puede combatirse sino por el desconocimiento, y la ley define lo que entiende por desconocimiento, que es una acción dirigida contra el hijo ó su tutor especial. Quiere, además, que la acción se intente en un breve plazo, bajo pena de caducidad. Todo es en esta materia de rigor.

Hay casos en que la jurisprudencia misma ha decidido que no había acto equivalente á la confesión. El marido pide el divorcio por adulterio; es cierto que esa demanda no equivale á un desconocimiento, porque el adulterio de la madre no prueba la ilegitimidad del hijo, y la acción de divorcio no se dirige contra el hijo, luego no es un desconocimiento (1).

Sólo un caso hay en que habría un acto equivalente, y es cuando el desconocimiento se hiciese por vía de excepción contra el hijo. En efecto, la excepción es una verdadera demanda, y si el que la opone disputa realmente la legitimidad del hijo, debe decirse que hay desconocimiento. Así fué fallado por la corte de casación en un caso en que el hijo había intentado una acción de rectificación de su acta de nacimiento contra los herederos legítimos; éstos contradijeron la legitimidad. Esto era ciertamente un desconocimiento en la forma de excepción (2). Fuera de este caso no puede haber acto equivalente.

§ IV.—Efecto del desconocimiento.

457. Si se admite el desconocimiento el hijo queda re-

1 Sentencia de Montpellier, de 20 de Marzo de 1838 (Dalloz en la palabra *paternidad*, núm. 66, p. 84).

2 Sentencia de la corte de casación, de 31 de Diciembre de 1834, Dalloz, en la palabra *paternidad* núm. 2, y de Grenoble, de 5 de Febrero de 1836 (*ibid*, núm. 3).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

chazado de la familia en el sentido de que no tendrá por padre al marido de su madre. El juicio probará, pues, que el hijo pertenece á otro padre que no es el marido, y desde este momento es ilegítimo. El hijo será natural si fué concebido antes del matrimonio, y adulterino si fué concebido durante el matrimonio. En este último caso la filiación adulterina resulta del juicio combinado con el acta de nacimiento. Este es uno de los casos en los cuales un hijo adulterino tiene una filiación legal, por más que la ley prohiba el reconocimiento voluntario o forzado de los hijos que son el fruto del adulterio (arts. 335 y 342).

Si se rechaza el desconocimiento el hijo queda en posesión de la legitimidad, y ejerce, en consecuencia, todos los derechos de un hijo legítimo.

458. ¿Respecto á quién produce estos efectos el juicio? Se sabe que los juicios no producen efecto sino entre los que han sido partes en la causa; dichos efectos no pueden oponerse á los que no han sido partes en el litigio y no les aprovechan. ¿Recibe este principio su aplicación en los juicios concernientes al estado de las personas? Se pretende que estos juicios tienen efecto, respecto á terceros, cuando se pronuncian contra el oponente legítimo. Más adelante veremos que la doctrina del contradictor legítimo es falsa; que, por consiguiente, los juicios que estatuyen acerca del estado quedan bajo el dominio del derecho común. ¿Sucede lo mismo con los juicios pronunciados acerca del desconocimiento? Supongamos, en primer lugar, que se pronuncian con el marido ó con sus herederos. Todos reconocen que estos juicios tienen efecto respecto á toda la familia. Los jurisconsultos romanos así lo resolvieron ya al decir que la decisión del juez hace ley (1). ¿Por qué ese juicio hace ley?

1 "Placet ejus rei judicem, jus facere" l. 3, in D. "de agnoscendi et alendis liberis (XXV, 3).

Toullier dice que esto es una aplicación de la teoría del *contradictor legítimo*. Nada esto, porque el derecho romano rechaza esa teoría. La razón por la cual el juicio pronunciado con el marido ó sus herederos tiene efecto respecto á toda la familia es muy sencilla. Es que el marido solo y sus herederos tienen el derecho de desconocer al hijo, los demás miembros de la familia no pueden intentar la acción, y el hijo no podría hacer juzgar con ellos la cuestión de legitimidad, si un juicio lo hubiese expulsado de la familia; luego el juicio decide definitivamente la cuestión, no teniendo ya ninguna persona el derecho de suscitarlo ni debatirlo. En este sentido está al abrigo de toda discusión como una ley que nadie tiene derecho á discutir. Esto es lo que los jurisconsultos romanos expresan con su habitual precisión al decir que la sentencia del juez hace derecho (1).

¿Si todos los herederos del marido no hubiesen figurado en la causa el juicio tendría efecto respecto á los que no han sido litigantes? En este caso se aplica el principio de la cosa juzgada; el juicio no podrá oponerse á los herederos que no han figurado en la instancia, pero tampoco no pueden prevalerse de él. Aquí ya no se puede decir, como acabamos de hacerlo, que el heredero contra el cual el hijo invoca el juicio que ha obtenido con sus coherederos no tiene cabidad ninguna para promover, porque todos tienen un derecho igual para figurar en la instancia; lo que con los unos se ha juzgado no puede, pues, oponerse á los otros. Del mismo modo cuando dichos herederos promueven contra el hijo éste no puede rechazarlos por la autoridad de cosa juzgada, porque la cosa no ha sido juzgada con ellos. Por la misma razón los herederos no pueden aprovecharse

1 Merlin, *Repertorio* en la palabra *Cuestiones de Estado*, pfo. 3°, art. I, núm. 5 (art. XXVI, p. 268).

del juicio expedido contra el hijo, si no han sido litigantes, porque ese juicio no se ha pronunciado en favor de ellos y tenían el derecho de figurar en el proceso. Objétase que el estado de los hombres es indivisible; el hijo, se dice, no puede ser, á un tiempo mismo, legítimo y natural ó adulterino. Luego si se le ha declarado legítimo ó natural respecto á ciertos herederos fuerza es que conserve el mismo estado respecto á los demás. Sin duda que, considerado en sí mismo, el estado es indivisible, pero hay que ver en qué prueba reposa el estado. Si es en un fallo el estado no existe tal como ha sido declarado por la sentencia sino entre las partes que han litigado. Esto no es tan absurdo como se pretende. Si el hijo tiene un estado no es sino en virtud de un juicio; ahora bien, si es justo que el juicio tenga efecto respecto á aquel que ha podido sostener su derecho, sería de toda injusticia que tuviese efecto respecto á aquel que no ha podido sostenerlo. En el caso particular, por otra parte, el estado, como derecho moral, no ha sido objeto del debate; no se trata más que de los intereses pecuniarios que son inherentes, y ni siquiera puede decirse que tales intereses sean indivisibles Tal es la opinión general, y la jurisprudencia la ha consagrado (1).

Hemos supuesto que las terceras personas á las que el hijo opone el juicio ó que lo invocan son herederos del marido, teniendo, como tales, derecho para figurar en el litigio de desconocimiento. ¿Qué debe resolverse si son parientes maternos, herederos de la mujer, los cuales no pueden desconocer al hijo?

El juicio se ha pronunciado contra el hijo en provecho de algunos de los herederos del marido, y ¿pueden prevalerse de él los herederos de la mujer? Nó, este juicio haría ley para la familia si todos los herederos del marido hubiesen figurado en él, pero como no todos han figurado no hace ley sino respecto á los que han sido partes en la causa. Los otros herederos del marido no podrían siquiera invocarlo, salvo que promuevan si están todavía dentro del plazo; con mayor razón los herederos de la mujer no pueden oponer un juicio en el cual no tienen derecho de figurar. Respecto á ellos el hijo conserva su estado tal como resulta de su acta de nacimiento y de la presunción de paternidad. Esta es también la opinión común de los autores (1).

459. ¿Puede el marido desistirse del juicio que ha admitido el desconocimiento? Puede sin duda alguna renunciar al beneficio del juicio en lo que á él se refiere y respecto á los intereses pecuniarios que son inherentes á la legitimidad, pero no puede devolver al hijo la legitimidad de que le ha despojado el juicio. Este juicio hace ley y á nadie corresponde desbaratar una ley. Por otra parte, el juicio ha dado derechos á la familia, el marido no puede arrebatarlos. Hay una sentencia contraria (2), pero ésta no tiene valor doctrinal y no puede tenerlo, no dejando los principios duda alguna sobre la cuestión. En vano se dirá que, en principio, el marido es el único que tiene el derecho de desconocer y que si se desiste del juicio nadie tiene el derecho de disputar al hijo la legitimidad. Una vez pronunciado el juicio tiene fuerza de ley. Esto decide la cuestión.

1 Sentencia de Angers, de 11 de Abril de 1821, y de la corte de casación, de 28 de Junio de 1824 (Dalloz en la palabra *cosa juzgada*, núm 276).

1 Valette respecto a Proudhón, t. II, p. 60, nota. Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. III, ps. 650 y siguientes. Demolombe, tomo V, ps. 159-161, núm. 178.

2 Sentencia de Lyon de 7 de Febrero de 1839 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 201). En sentido contrario, Demolombe, t. V, p. 161, núm. 181.

SECCION III.—Contienda sobre la legitimidad.

460. Por los términos del art. 315 la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio podrá ponerse á debate. La acción por cuyo medio se debate la legitimidad de ese hijo se llama acción en contienda de legitimidad. Profundas diferencias existen entre esta acción y la de desconocimiento. El desconocimiento supone que el hijo fué concebido ó, al menos, que nació durante el matrimonio: este hijo tiene á su favor la presunción de paternidad y no puede quitársele sino por medio de una acción de desconocimiento, acción que el Código circunscribe en límites muy estrechos porque favorece la legitimidad. Mientras que la contienda de legitimidad supone que el hijo nacido después de la disolución del matrimonio fué también concebido después de aquel momento: la época sola de su nacimiento prueba que ese hijo es ilegítimo. Luego la ley no le debía favor ninguno. Así, pues, la acción de contienda de legitimidad no está regida por los principios de la de desconocimiento sino que queda bajo el dominio del derecho común.

El desconocimiento no puede ejercitarse sino por el marido y por sus herederos. Toda persona interesada puede intentar la acción de contienda de legitimidad. Esta diferencia resulta del texto y del espíritu de la ley. Cuando el Código habla de desconocimiento nombra siempre al marido y contiene una disposición especial para determinar en cuáles casos y con qué condiciones los herederos del marido pueden desconocer al hijo (arts. 312, 314 y 317). Cuando habla de la contienda de legitimidad á nadie nombra, luego á la madre excluye. Esto, por otra parte, resulta de la naturaleza de la acción. El legislador habría podido declarar de pleno derecho al hijo ilegítimo, puesto que, según las presunciones que establece sobre la reclamación de la preñez, este hijo es realmente ilegítimo; si no lo ha hecho es porque quería abandonar á las partes interesadas el cuidado de debatir la legitimidad del hijo. Luego, conforme al espíritu de la ley, toda parte interesada puede atacar la legitimidad del hijo que ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio. Esto es elemental (1).

461. ¿La acción de contienda sobre legitimidad debe intentarse en los breves plazos prescriptos para la acción de desconocimiento? Se ha fallado que el marido divorciado debe promover dentro del mes del divorcio para atacar la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio; y que si se intenta la acción después de la muerte del marido, por sus herederos, éstos deben promover dentro de dos meses (2).

A primera vista el texto parece favorable á esa decisión. Los arts. 316 y 317, que fijan los plazos dentro de los cuales el marido y sus herederos deben promover, están colocados después de los artículos que hablan del desconocimiento y de la contienda de legitimidad (arts. 312-315); y no están concebidos en términos generales; el art. 316 emplea la palabra vaga *reclamar* para designar la acción del marido; el art. 317 se sirve de la misma expresión, y respecto á los herederos dice que tendrán dos meses para *combatir la legitimidad del hijo*. Sin embargo, todos los autores están de acuerdo en decir que la opinión consagrada por las sentencias de Agén y de la Corte Casación es errónea; todos enseñan que los plazos establecidos por los

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. III, p. 73, núm. 75.
2 Sentencia de Agén de 28 de Mayo de 1821 y de la Corte de Casación de 19 de Noviembre de 1822 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 153).

arts. 316 y 317 no se aplican sino á la acción de desconocimiento y que la acción contra la legitimidad permanece bajo el imperio de la prescripción general de treinta años (1). El texto no es tan decisivo como parece serlo. En el artículo 316 la ley habla de los diversos casos en que el marido está autorizado para reclamar, y ¿cuáles son estos casos? Cuando el hijo fué concebido ó nació durante el matrimonio (arts 312-314); cuando el hijo nace trescientos días después de la disolución del matrimonio la ley no habla ya del marido; luego el art. 317 no se aplica al caso previsto por el art. 316. En cuanto á los herederos del marido heredan la acción de éste; poco importa que la ley se sirva de la expresión *combatir la legitimidad*, en el art. 317, al hablar de los herederos; esta expresión, lo mismo que la palabra *reclamación*, es sinónima de desconocimiento; esto resulta hasta la evidencia del art. 318, que emplea la última expresión para designar la acción del marido y de sus herederos. Hay otra consideración que es decisiva. La acción en contienda de legitimidad pueden intentarla todos los que tengan algún interés, no sólo por el marido y sus herederos sino por todos los parientes; luego si el legislador hubiese querido limitar la acción habría debido hacerlo por una disposición general que comprendiese á todos los interesados. El silencio de la ley respecto á las partes interesadas que pueden combatir la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio decide la cuestión del plazo dentro del cual deben promover; por el hecho mismo de que la ley no establece plazo especial se permanece bajo el dominio del plazo general de treinta años. Esto está también en harmonía con el espíritu de la ley. El hijo concebido ó nacido durante el matrimonio tiene en su favor la presunción de

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V, p. 88, núm. 88.

paternidad, está en posesión de la legitimidad, supuesto que tiene una acta de nacimiento que prueba que pertenece al matrimonio; se trata, pues, de despojarle rechazándole de una familia que es la suya: hé aquí por qué la ley quiere que el marido promueva dentro del más breve plaza; si no promueve reconoce como suyo al hijo y ya no puede tratarse de desconocimiento. Por el contrario, el hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio es ilegítimo por el hecho de su nacimiento; comunmente es un hijo póstumo, y son los herederos los que promueven, su interés es pecuniario y está regido por los principios que rigen los derechos pecuniarios.

Hemos dicho que la acción contra la legitimidad prescribe á los treinta años, en tanto que se versan algunos intereses pecuniarios. Si fuese causa del litigio el estado el derecho de contender es imprescriptible. Hemos dicho que estando el estado fuera del comercio ni se puede adquirir ni perderse por la prescripción: el hijo puede siempre reclamar su legitimidad y, por consiguiente, se puede siempre disputársela. (1)

462. ¿El que ha reconocido al hijo como legítimo puede aún combatir su legitimidad? El desconocimiento no es ya admisible cuando el marido ha reconocido la legitimidad del hijo: hemos dado ya la razón de esto. Se ha fallado que el mismo principio se aplica á la contienda de legitimidad (2). Y á primera vista no se percibe diferencia á este respecto entre las dos acciones.

Hay, sin embargo, una que resulta de la posición diferente del hijo concebido ó nacido durante el matrimonio y del hijo concebido después de la disolución. El primero no

1 Toullier, t. II, num. 834, p. 85.
2 Sentencia de Douai de 19 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 138). Véase la crítica de esta jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 183.

reclama su estado, lo tiene, lo posee; solamente el marido puede expulsarlo de la familia desconociéndolo; pero el desconocimiento ya no se comprende cuando ha habido reconocimiento; la confesión del marido implica que el hijo es legítimo, y, por lo mismo, ya no puede hacer que se le declare ilegítimo. Mientras que el hijo concebido después del matrimonio es ilegítimo y no existe confesión que pueda volverlo legítimo. Si el hijo concebido durante el matrimonio y aceptado por el marido no puede ser ya desconocido es porque fué concebido legítimo; no debe, pues, su legitimidad al reconocimiento; mientras que el hijo concebido después del matrimonio y reconocido legítimo debería su legitimidad á este reconocimiento si su estado no pudiere ya ser puesto en duda; ahora bien, la legitimidad no se crea, está fuera del comercio, ni se puede ya renunciar al derecho de combatirla, como no se puede renunciar al derecho de reclamarla. La confesión no podría tener efecto sino respecto á los intereses pecuniarios entre litigantes; no hay que decir que ningún efecto tendría respecto á terceras personas. Puede renunciarse á los derechos pecuniarios aun cuando dependan del estado (núms. 428 y 429), pero esta renuncia no puede perjudicar á terceros.

463. ¿Cuáles son los efectos de la acción que combate la legitimidad? En la opinión que hemos enseñado el tribunal debe admitir esa acción desde que quede probado que el hijo nació después de la disolución del matrimonio. El fallo tendrá como efecto que se declare ilegítimo al hijo. ¿Este juicio hace ley para la familia como el que admite el desconocimiento? Nó, porque no existe la misma razón. Toda persona interesada puede combatir la legitimidad del hijo concebido después de la disolución del matrimonio; luego el que combate no representa más que su interés; sea la que fuere la resolución del juez no puede hacer ley respecto á las personas que tienen un derecho igual al de los litigantes. Es decir, que volvemos á los principios generales de la cosa juzgada (1): el fallo no tiene efecto sino respecto á las personas que han figurado en la causa.

SECCION IV.—De las acciones reclamando y combatiendo el estado.

§ 1.—De la accion reclamando el estado.

Núm. 1.—¿A quién corresponde?

464. El Código no define la acción reclamando el estado, únicamente dice que es imprescriptible respecto al hijo y que en principio sólo éste puede ejercitarla (arts. 328-330). Las expresiones mismas que la ley usa para calificar la acción determinan su objeto y su naturaleza. Se trata de hijos legítimos. Todo hijo nacido de una mujer casada posee un estado, ordinariamente se halla en posesión de este estado, y poseyéndolo no puede ya tratarse de reclamarlo, porque no se reclama lo que se posee. Así, pues, cuando el hijo tiene un título ó la posesión disfruta de su estado y no necesita reclamarlo. Pero el hijo puede tener derecho á un estado sin poseerlo, si nació de una mujer casada, pero que no tenga ni título ni posesión, ó si su título no comprueba su filiación estableciendo el acta de nacimiento que nació de padres desconocidos, ó si el título le da una filiación falsa estando inscripto con nombres falsos. En todos estos casos el hijo puede reclamar su legitimidad probando su filiación. Esta es la acción de reclamación de estado.

Supuesto que el estado es el objeto de la acción hay que

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. III, p. 93, núms. 101, 102.

reclama su estado, lo tiene, lo posee; solamente el marido puede expulsarlo de la familia desconociéndolo; pero el desconocimiento ya no se comprende cuando ha habido reconocimiento; la confesión del marido implica que el hijo es legítimo, y, por lo mismo, ya no puede hacer que se le declare ilegítimo. Mientras que el hijo concebido después del matrimonio es ilegítimo y no existe confesión que pueda volverlo legítimo. Si el hijo concebido durante el matrimonio y aceptado por el marido no puede ser ya desconocido es porque fué concebido legítimo; no debe, pues, su legitimidad al reconocimiento; mientras que el hijo concebido después del matrimonio y reconocido legítimo debería su legitimidad á este reconocimiento si su estado no pudiere ya ser puesto en duda; ahora bien, la legitimidad no se crea, está fuera del comercio, ni se puede ya renunciar al derecho de combatirla, como no se puede renunciar al derecho de reclamarla. La confesión no podría tener efecto sino respecto á los intereses pecuniarios entre litigantes; no hay que decir que ningún efecto tendría respecto á terceras personas. Puede renunciarse á los derechos pecuniarios aun cuando dependan del estado (núms. 428 y 429), pero esta renuncia no puede perjudicar á terceros.

463. ¿Cuáles son los efectos de la acción que combate la legitimidad? En la opinión que hemos enseñado el tribunal debe admitir esa acción desde que quede probado que el hijo nació después de la disolución del matrimonio. El fallo tendrá como efecto que se declare ilegítimo al hijo. ¿Este juicio hace ley para la familia como el que admite el desconocimiento? Nó, porque no existe la misma razón. Toda persona interesada puede combatir la legitimidad del hijo concebido después de la disolución del matrimonio; luego el que combate no representa más que su interés; sea la que fuere la resolución del juez no puede hacer ley respecto á las personas que tienen un derecho igual al de los litigantes. Es decir, que volvemos á los principios generales de la cosa juzgada (1): el fallo no tiene efecto sino respecto á las personas que han figurado en la causa.

SECCION IV.—De las acciones reclamando y combatiendo el estado.

§ 1.—De la accion reclamando el estado.

Núm. 1.—¿A quién corresponde?

464. El Código no define la acción reclamando el estado, únicamente dice que es imprescriptible respecto al hijo y que en principio sólo éste puede ejercitarla (arts. 328-330). Las expresiones mismas que la ley usa para calificar la acción determinan su objeto y su naturaleza. Se trata de hijos legítimos. Todo hijo nacido de una mujer casada posee un estado, ordinariamente se halla en posesión de este estado, y poseyéndolo no puede ya tratarse de reclamarlo, porque no se reclama lo que se posee. Así, pues, cuando el hijo tiene un título ó la posesión disfruta de su estado y no necesita reclamarlo. Pero el hijo puede tener derecho á un estado sin poseerlo, si nació de una mujer casada, pero que no tenga ni título ni posesión, ó si su título no comprueba su filiación estableciendo el acta de nacimiento que nació de padres desconocidos, ó si el título le da una filiación falsa estando inscripto con nombres falsos. En todos estos casos el hijo puede reclamar su legitimidad probando su filiación. Esta es la acción de reclamación de estado.

Supuesto que el estado es el objeto de la acción hay que

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. III, p. 93, núms. 101, 102.

aplicar los mismos principios que siguen las acciones concernientes al estado de las personas. El mismo Código hace una aplicación de ellos al declarar que la acción de reclamación de estado es imprescriptible respecto al hijo. Si es imprescriptible es porque el estado no es materia de comercio. Por lo mismo el hijo no puede renunciar al derecho que tiene para reclamar su estado; pero sí puede renunciar á los derechos pecuniarios que dependen del estado. Síguese de aquí que la renuncia, nula respecto al hijo en lo que concierne á su derecho moral, sería válida respecto á los herederos, porque el Código considera la acción de reclamación de estado cuando corresponde á los herederos como un derecho pecuniario, derecho que es materia de comercio y al cual, por consiguiente, se puede renunciar.

465. Los herederos del hijo no tienen la acción de reclamación de estado sino cuando el hijo se las ha transmitido; es decir, cuando la encuentra en la sucesión de éste; como, en lo que al hijo se refiere, la acción no se extingue ni por prescripción ni por renuncia, podría creerse que correspondiéndole por siempre la acción se hallase éste por siempre en su sucesión. Pero aquí es de recordar que la acción no pasa á los herederos tal como el hijo la posee, como derecho moral, sino únicamente como derecho pecuniario, y este derecho es prescriptible y se extingue por la renuncia. En este sentido la acción de reclamación de estado pueda no encontrarse ya en la herencia del hijo, por más que hasta su muerte le haya correspondido. Si expresa ó tacitamente ha renunciado á ella los herederos ya no tienen el derecho de intentarla. Queda para saber cuándo hay renucia. Según los artículos 329 y 330 hay que distinguir entre si el hijo muere sin haber reclamado ó si muere después de haber iniciado la acción.

Si el hijo no reclamó, dice el art. 329, sus herederos no pueden intentar la acción sino en tanto que haya fallecido siendo menor, ó cinco años después de su mayoría. Luego si el hijo muere después de la edad de veinticséis años sin haber reclamado sus herederos ya no pueden promover (1). La razón es, dice Bigot-Préameneu, que el silencio del hijo prueba que no ha creído tener derecho; por lo tanto, los herederos no deben ya ser admitidos á introducirse en una familia en la cual su autor mismo se consideraba como extraño (2). Esto no es más que una simple presunción fundada en una probabilidad, pero que basta para hacer á un lado á los herederos. La caducidad es absoluta. Se ha establecido por interés del reposo de las familias, ó sea por un motivo de orden público; por lo tanto, los herederos no pueden prevalerse de su interés pecuniario contra la presunción de la ley. Puede suceder, en verdad, que no esté fundada la probabilidad; puede suceder que el hijo haya muerto sin tener ningún conocimiento del estado que había podido pretender; en todo caso su silencio no implica ciertamente una renuncia. No obstante, sus herederos no serán admitidos á promover probando que su autor ignoraba su estado. La ley coloca la tranquilidad de las familias por encima del interés pecuniario de los herederos, interés que no existe sino en circunstancias enteramente excepcionales. Esta es la opinión unánime de los autores y no parece que la cuestión haya sido nunca objeto de un debate judicial (3).

Si el hijo fallece siendo menor de edad su silencio no origina ninguna probabilidad contra su derecho, no sólo porque puede ignorarlo sino también porque no podría promoverlo aun cuando lo conociese. Los herederos, en este

1 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. III, ps. 664 y siguientes,
2 *Exposición de motivos*, núm. 26 [Locré, t. III, p. 91].
3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núm. 353.

caso, pueden promover porque es imposible toda renuncia por parte del hijo. Cuando el hijo se hace mayor de edad puede promover; pero nada es tan difícil como las pruebas que tiene que rendir; digamos más: así como lo hace notar Bigot-Préameneu, nada es más raro como la reclamación de estado cuando no existen ni título ni posesión. Para esto hay que suponer que los padres se han conjurado en cierto modo contra su hijo; y la experiencia prueba, dice el Orador del Gobierno, que hay menos hijos que se hallen injustamente en esa posición despechada que individuos que turben injustamente la paz de las familias: «hay mayor número de gentes excitadas por la codicia que padres desnaturalizados. Conceder á los herederos el derecho de promover cuando el hijo murió en los cinco años de su mayoría es suponer que el hijo hubiese promovido en el caso de sobrevivir y que tuvo tiempo de recoger sus pruebas. Esta es también una probabilidad que aprovecha á los herederos.

Si el hijo muere después de haber iniciado la acción los herederos pueden proseguirla (art. 330). En este caso es de toda verdad el decir que los herederos encuentran la acción en la herencia, porque la acción intentada forma parte del patrimonio, al menos en tanto que se versan intereses pecuniarios, y los herederos no tienen la acción sino en razón de sus derechos pecuniarios. Hay, no obstante, dos casos en los cuales los herederos no pueden seguir la acción. Desde luego cuando el hijo se ha desistido formalmente. El desistimiento es una renuncia; el hijo no puede renunciar; pero su renuncia, nula en lo que le concierne, tiene efecto para los herederos; es más que probable que el hijo que se desiste no tenía derecho; esta probabilidad debe acarrear la caducidad de la acción en cuanto á los herederos, por aplicación del principio que la ley sigue en esta

materia. Pasa lo mismo si el hijo deja transcurrir tres años sin proseguir la acción. Esto es una renuncia tácita á la acción, mientras que el desistimiento es una renuncia expresa. Según el Código de Procedimientos el desistimiento debe aceptarse y la expiración debe solicitarse (arts. 399, 400 y 403). ¿Deben aplicarse estas disposiciones á la acción de reclamación de estado? Creemos que no. El hecho al cual la ley niega su caducidad es que el hijo haya manifestado su voluntad de renunciar; ahora bien, lo manifiesta por el hecho solo de desistir, por más que tal desistimiento no haya sido aceptado, ó por el hecho solo de que no prosigue la acción por espacio de tres años, por más que la expiración de instancia no haya sido solicitada en la forma prescripta por el procedimiento. Esta es la opinión de Zachariæ. Marcadé dice, con el tono decisivo que le es habitual, que tal doctrina es evidentemente inadmisible.

466. Hemos supuesto que los herederos quedan sin derecho cuando el hijo ha reclamado y si ha desistido ó cuando ha dejado expirar la instancia. Este punto es controvertido. Según la opinión seguida con más generalidad se distingue: si el desistimiento se refiere á la acción misma hay renuncia y, en consecuencia, fenecimiento de la acción en cuanto á los herederos. Pero el desistimiento puede referirse únicamente al procedimiento; en este caso la acción subsiste, y si el hijo muere en los cinco años después de su mayoría la transmite á sus herederos. En cuanto á la expiración de instancia nunca concierne sino al procedimiento, á menos que al cesar sus diligencias el hijo haya manifestado la intención de renunciar á su acción. Luego la expiración no impide que los herederos promuevan si el hijo muere antes de la edad de veintiséis años. Conforme á esta opinión al art. 330 no se aplica sino al caso en que el hijo ha intentado la acción después de aquella edad; los

herederos no pueden entonces proseguirla como cuando el hijo no se ha desistido del procedimento ó como cuando no hay espiración.

En teoría esta opinión nos parece muy aceptable; pero ¿no es esta una de aquellas teorías que los autores tratan de introducir en la ley á pesar de su texto y aun á pesar de su espíritu? Los arts. 329 y 330 hacen una distinción de la que no toma cuenta la opinión general: el art. 329 prevee el caso en que el hijo *no ha reclamado*; es decir, en que no ha intentado la acción; el art. 330 prevee el caso en que *ha iniciado la acción*; es decir, que ha reclamado: luego cuando ha reclamado ya no estamos en el caso del art. 329 sino en el caso del art. 330. Si ha reclamado los herederos pueden proseguir la acción con tal que el hijo no se haya desistido ó que no haya dejado espirar la instancia. Esto es lo que los textos dicen. ¿Qué hacen los autores que nosotros combatimos?. Borran esta distinción y en el caso en que el hijo *ha reclamado* aplican el art. 329 que se refiere al caso en que el hijo no *ha reclamado*: esto equivale á borrar del art. 329 las expresiones *que no ha reclamado*. Esto es desconocer el espíritu de la ley tanto como su texto. Si el hijo ha comenzado la acción, aun cuando sea dentro de los cinco años de su mayoría, él ha manifestado la intención de reclamar su estado, y, por esto, los herederos pueden continuar la acción iniciada; pero si él se desiste ó si deja pasar tres años sin gestionar manifiesta una intención contraria, y es probable que renuncie á reclamar el estado que constituía el objeto de su acción; ahora bien, en el sistema de la ley esta probabilidad es suficiente para que los herederos no puedan ya promover. ¿Qué importa que el hijo haya tenido todavía el derecho de promover? Cuando el hijo muere á la edad de veintiséis años tenía también el derecho de promover y, sin embargo, sus herederos no pueden hacerlo, aun cuando probaran que el hijo ignoraba su estado. ¿Por qué? Porque basta que haya una probabilidad resultante del silencio del hijo, de que no promoverá, para que los herederos no tengan ya el derecho de promover. Ahora bien, la probabilidad de que él no promoverá es mucho mayor cuando ha iniciado la acción y se ha desistido ó cuando ha cesado en sus gestiones. Luego con mayor razón los herederos no pueden promover en este caso (1).

467. Los arts. 329 y 330 rehusan la acción á los herederos cuando hay una simple probabilidad de que el hijo no hubiese promovido en caso de sobrevivir. Con mayor razón no pueden promover cuando el hijo ha renunciado formalmente á su derecho. Sin duda que esta renuncia es nula respecto al hijo, que puede, siempre, promover; no obstante, no la transmite á sus herederos. La ley no lo expresa, pero resulta esto evidentemente de los arts. 329 y 330. Si una simple presunción de renuncia fundada en una probabilidad es suficiente para que los herederoos queden frustrados con mayor razón una renuncia formal debe ocasionar su caducidad. Si la ley no prevee este caso es porque no puede suponer una renuncia que el hijo no tiene derecho de hacer. Ninguna duda hay acerca de este punto (2).

468. La acción de reclamación de estado pertenece, en ciertos casos, á los herederos. ¿Cuáles son esos herederos? La ley se sirve de la palabra *herederos* en su más amplia acepción, como sinónimo de sucesores universales. Esto no es dudoso. La acción, en tanto que pasa á los herederos,

1 Esta es la opinión de Delvincourt, seguida por Dalloz, Ducaurroy, Bonnier y Roustáin, La opinión contraria la enseñan Duranton, Zachariae y Demolombe (Demolombe, t. V, p. 273, núms. 289-290, y Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 356).

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. II, p. 37, art. 330, núm. 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

se considera como un derecho pecuniario; luego todos los que suceden al difunto pueden ejercitarla. Pero sólo pueden hacerlo como herederos; si renuncian á la sucesión cesan de ser herederos y, por lo tanto, ya no tienen derecho á promover. Hasta podría sostenerse que los legatarios particulares tienen el derecho de promover en tanto que estén interesados en hacer entrar en la herencia que es su prenda todos los bienes que pertenecían al difunto en su calidad de hijo legítimo y, por lo mismo, á título de acreedores de la testamentaría (1). En vano se les opondrían los términos de los arts. 329 y 330; promueven no como herederos sino como acreedores de los herederos; y dentro de un momento veremos que los acreedores de los herederos tienen derecho á intentar la acción de reclamación de estado, á nombre de sus deudores.

¿Hay que comprender á los descendientes del hijo entre los *herederos?* La cuestión consiste en saber si pueden promover por sí mismos, en su calidad de nieto ó de nieta, ó si sólo pueden promover como herederos. Si se decide que pueden promover por sí mismos entonces las restricciones de los arts. 329 y 330 no les son aplicables; además, su derecho es un derecho moral regido por los principios que rigen la acción del hijo; de donde se seguiría que su derecho es imprescriptible, que no pueden renunciarlo, que podrían ejercitarlo aun cuando el hijo lo hubiese renunciado, que aun podrían promover en vida del hijo. Marcadé ha defendido vivamente esta opinión y, en teoría, tiene razón (2). Cierto es que los descendientes del hijo tienen el derecho de pertenecer á la familia á la cual pertenece el hijo; para ellos es éste un derecho de la sangre; es decir, un derecho

1 Valette, interpretando á Proudhón, *Tratado de las personas*, tomo II, p. 122, nota a.
2 Marcadé, art. 330, núm. 3, t. II, p. 34.

que les es personal, independientemente de la calidad de heredero; ejercitan la acción de reclamación de estado no como un derecho pecuniario sino como un derecho moral; derivan su derecho no de la sucesión del padre sino de la sangre que él les ha transmitido. Nada más justo; pero falta saber si los autores del Código Napoleón han consagrado esa doctrina. Esta es la primera cuestión que el interprete debe hacerse; ahora bien, los textos tanto como la intención del legislador están oposición con la doctrina de Marcadé. Los arts. 328, 329 y 330, únicos que tratan de la acción de reclamación de estado, no hablan más que del *hijo* y no de los descendientes: ahora bien, la palabra *hijo* tiene en nuestro título un sentido limitado: se trata del hijo que reclama su filiación legítima; este hijo es aquel cuya filiación está probada por el acta de nacimiento ó la posesión de estado (arts. 319-321; este hijo es el que es admitido á probar su filiación por medio de testigos (arts. 323-325); la acción que le corresponde es la que el art. 328 declara imprescriptible, pero únicamente á su respecto. En cuanto á sus descendientes la ley no se ocupa de ellos con tal calidad sino que los comprende bajo la denominación general de *herederos*. Así, pues, únicamente como herederos es como pueden promover. Hemos dicho que tal es también el espíritu de la ley. La Corte de Metz, en sus observaciones sobre el proyecto del Código Civil, había pedido que se hiciese una distinción entre los herederos directos y los colaterales. Esta distinción no fué admitida. En presencia de los términos generales de la ley habría sido precisa una disposición especial, si el legislador hubiera querido colocar á los descendientes en una posesión diferente de la que otorga á los herederos en general. El silencio del Código es, pues, decisivo. Sin duda que esta doctrina confunde el derecho moral de los descendientes con sus derechos

pecuniarios; en tal sentido es injusta, puesto que priva á los descendientes de un derecho que deben á su nacimiento. Pero ¿qué acaso no existe un derecho superior al de unos pocos de individuos que están vulnerados por el sistema del Código? La paz de las familias, la necesidad de poner coto á los litigios sobre el estado de las personas, ¿no son un interés social superior al interés indivual? ¿Puede concebirse que el estado de los hombres se ponga eternamente en duda? ¿No equivaldría esto á favorecer á audaces aventureros, mucho más que á víctimas desventuradas de la crueldad de sus padres? Repitamos, con Bigot-Préameneu, que hay mayor número de personas excitadas por la codicia que padres desnaturalizados. Hé ahí el verdadero espíritu del Código; y, á nuestro juicio, esta doctrina es más útil y aun más moral que la que se le quería substituir (1).

469. La acción que pasa á los herederos es la del hijo, pero ya no tiene los mismos caracteres. Lo prueba lo que acabamos de decir. La ley no considera ya la acción como un derecho moral cuando son los herederos los que la ejercitan; por esto es que no la otorga á los descendientes por tal calidad: no la tienen sino á título de derecho pecuniario. También por esto la acción no pasa á los herederos cuando el hijo la ha renunciado ó cuando únicamente es probable que haya renunciado. De aquí resulta que los principios que rigen la acción del hijo no se aplican á la acción de los herederos. A su respecto la acción es un derecho pecuniario que es materia de comercio y que puede ser objeto de una transacción, de una renuncia. El art. 328 consagra una consecuencia de este principio cuando declara

1 Esta es la opinión general (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 362). Hay que agregar á Demante, *Curso analítico*, t. II, página 101, núm. 55 *bis*, 4.° La cuestión se halla resuelta en este sentido por una sentencia de la Corte de Casación de 9 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 185).

que la acción de reclamación de estado es imprescriptible respecto al hijo, lo que implica que es prescriptible respecto á los herederos. Podría decirse que este es un argumento sacado del silencio de la ley y que estos argumentos tienen escasísimo valor. Pero en este caso el silencio de la ley es decisivo. En efecto, por el derecho común toda acción es prescriptible. Se necesita, pues, un texto para que una acción no lo sea. Por el hecho solo de que la acción de los herederos no se declara imprescriptible queda bajo el dominio del derecho común. El espíritu de la ley no permite duda alguna sobre este punto. Se lee en las Observaciones del Tribunado (núm. 15): «El derecho que el hijo ejerce de tal manera es sagrado que la ley lo declara imprescriptible.» Sin embargo, dicha imprescriptibilidad sólo en su favor se establece, y el privilegio es puramente personal.

Se pregunta por qué lapso de tiempo la acción de los herederos prescribe. Y se contesta que, declarándola la ley imprescriptible sin fijar plazo especial, los herederos quedan por esto mismo bajo el dominio de la prescripción general de treinta años. El principio es incontestable, pero para aplicarlo no hay que perder de vista que la acción no corresponde á los herederos sino como derecho pecuniario; luego mientras no tengan interés alguno en promover no tienen acción. A decir verdad su acción es de petición de herencia, que se abre al abrirse la sucesión que ellos reclaman y que se les disputa. Así, pues, no se abre necesariamente con la muerte del hijo, porque no es una acción de reclamación de estado la que ellos ejercitan; reclaman la herencia á la cuál tienen derecho como herederos del hijo, y si se combate su derecho hacen valer el estado del hijo al que han heredado. Síguese de aquí que habrá tantas prescripciones como sucesiones á las que son llamados, no

pudiendo comenzarse á contar la prescripción de la petición de herencia sino desde el día que queda abierta la sucesión. Hay que agregar que la prescripción se suspenderá é interrumpirá por las causas generales que norman la suspensión y la interrupción de la prescripción.

470. ¿Los acreedores pueden intentar la acción de reclamación de estado á nombre de su deudor? Según los términos del art. 1166 los acreedores pueden ejercitar los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que son exclusivamente inherentes á la persona. Más adelante en el título *De las Obligaciones*, veremos que por *derechos exclusivamente inherentes á la persona* deben entenderse los derechos que son á la vez morales y pecuniarios, pero en los cuales el elemento moral supera al pecuniario. Aplicando este principio á la acción de reclamación de estado debe resolverse, sin vacilar, que cuando pertenece á los herederos sus acreedores pueden ejercitarla; en efecto, no es tanto la acción de reclamación de estado cuanto la de petición de herencia la que los herederos ejercitan; ellos no tienen la acción sino en virtud de un interés pecuniario; esto decide la cuestión.

Respecto al hijo la acción de reclamación de estado es esencialmente moral; preciso es, pues, decidir en principio que los acredores no pueden intentarla en nombre de aquél. ¿Quiere esto decir que jamás puedan prevalecerse de estado de su deudor? Así se ha preteddido (1), pero esto el demasiado absurdo; el estado no es un derecho exclusivamente moral, le son inherentes ciertos derechos pecuniarios de los que el hijo puede disponer y que puede renunciaa; si á ello renunciase con fraude de los derechos de

1 Durantón, t. III, p. 158, núm. 160. Sentencia de Amiéns de 10 de Abril de 1839 (Dalloz, en la palabra *Estado de las personas*, número 8.)

sus acreecores ciértamente que éstos tendrían derecho de atacar la renuncia como fraudulenta (1). Esto prueba ya que los acreedores tienen aceión en materia de estado, en virtud de los intereses pecuniarios que se mezclan. Si en el debate sobre una transacción que ellos atacan como fraudulenta se les opusiese que el hijo no tiene estado ¿no podrían ellos reclamar el estado á que su deudor tiene derecho? No conocemos principio alguno que á ello se oponga. El derecho que ellos ejercitan es pecuniario, y si invocan el estado de su deudor no es como derecho moral sino únicamente como medio de defensa, y este derecho constituye tambien el objeto de una convención pecuniaria, y la convención no es válida sino con aquel título. Todo el debate es, pues, pecuniario, y el elemento moral no es más que el accesorio. ¿No es esto decisivo?

Supongamos ahora que los acreedores intenten, en nombre de su deudor, una acción de petición de herencia. El demandado combate el estado del hijo, en cuyo nombre los acreedores reclaman la sucesión. ¿Puéden en este caso reclamar el estado del hijo en apoyo de su acción? Existe la misma razón para resolver en su favor, como en el caso precedente. El debate es pecuniario y el estado figura en el como medio y no como fin. Los acreedores se hallan en la misma posición que los herederos del hijo, si éstos pueden, en apoyo de una petición de herencia, reclamar el estado del hijo ¿por qué los acreedores no habían de poder? Se dirá que los herederos obran después de la muerte del hijo, mientras que los acreedores obran en vida de éste; y que si el hijo no promueve manifiesta con su silencio que no tiene derecho ó que renuncia á él y que, por lo mismo,

1 Una sentencia de la Corte de Casación de 6 de Julio de 1836 reconoce á los acreedores el derecho de intervenir en la instancia sobre una cuestión de estado en caso de fraude (Dalloz, en la palabra *Intervención*, núm. 45).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sus acreedores no pueden promover. Sin duda que el hijo puede renunciar á los derechos pecuniarios qne son inherentes al estado, y si renuncia á ellos sus acreedores no tienen más acción qne la pauliana; pero no basta con el silencio del hijo para que se repute que renuncie; la ley establece presunciones de renuncia respecao á los herederos del hijo y no las establece respecto á los acreedores.

La opinión que acabamos de asentar fué sostenida en el antiguo derecho por D'Aguesseau; la profesan la mayor parte de los autores bajo el imperio del Código Napoleón (1). Hay, sin embargo, ciertas vacilaciones en la doctrina que provienen de la redacción un poco vaga del art. 1166 y de la interpretación todavía más vaga que se le da. Para demostrar cuán necesario es establecer principios ciertos en esta materia, como en toda la ciencia del derecho, citaremos lo que dice Demolombe: Siendo la ley vaga este estimable jurisconsulto no haya otra cosa mejor que hacer que imitar á la ley; dice, pues, que la cuestión de saber si un derecho es inherente á la persona del deudor es una cuestión de apreciación que los magistrados resolverán según el carácter particular del derecho de que se trata: ¿cuál es este carácter? Esta es precisamente la dificultad. Demolombe agrega que los magistrados examinarán si el ejercicio del derecho para los acreedores presenta más ó menos ventajas ó inconvenientes; lastima más ó menos las conveniencias, las costumbres, el interés privado y el público (2). Con principios formulados de tal manera los jueces son árbitros para hacer lo que quieran; ¿para qué entónces escribir sobre el derecho?

1 D'Aguesseau, Alegato VI (Obras, t. II, p. 120). Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 350.
2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V, p. 265, núm. 328

Núm. 2.—Competencia.

471. El art. 326 dice que «los tribunales civiles son únicos competentes para resolver sobre las reclamaciones de estado.» Este artículo deroga el derecho común. Es de principio que el juez, competente para resolver sobre la demanda principal, lo es para resolver sobre las cuestiones incidentales á que da lugar la demanda. Este principio recibe excepción cuando se trata de una cuestión de estado. Los tribunales de comercio, los jueces de paz, los tribunales criminales, no pueden conocer ni aun incidentalmente (1). Así era ya en el antiguo derecho respecto á las jurisdicciones excepcionales, tales como los tribunales de comercio. La gravedad de las cuestiones de estado, que interesan no sólo á los individuos sino á las familias y á la sociedad entera, explica esa derogación. Pero el Código va más lejos. Según los términos del art. 327 la acción criminal contra un delito de supresión de estado no puede comenzar sino después del fallo definitivo sobre la cuestión de estado. Aquí hay más que una derogación del derecho común, hay innovación, y tal como se la interpreta la innovación está lejos de ser feliz.

El hijo puede verse privado de su estado por un delito que se llama crimen de supresión de estado. Todo delito da lugar á dos acciones: la acción civil y la acción pública. Perteneciendo la acción civil á la parte vulnerada puede llevarse ante el tribunal civil ó ante el tribunal criminal que conoce de la acción pública. Este principio se aplica hasta en materia de estado: cuando los cónyuges han si-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Cuestiones de estado*, pfo 1, núms. 2, 3 y 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sus acreedores no pueden promover. Sin duda que el hijo puede renunciar á los derechos pecuniarios qne son inherentes al estado, y si renuncia á ellos sus acreedores no tienen más acción qne la pauliana; pero no basta con el silencio del hijo para que se repute que renuncie; la ley establece presunciones de renuncia respecao á los herederos del hijo y no las establece respecto á los acreedores.

La opinión que acabamos de asentar fué sostenida en el antiguo derecho por D'Aguesseau; la profesan la mayor parte de los autores bajo el imperio del Código Napoleón (1). Hay, sin embargo, ciertas vacilaciones en la doctrina que provienen de la redacción un poco vaga del art. 1166 y de la interpretación todavía más vaga que se le da. Para demostrar cuán necesario es establecer principios ciertos en esta materia, como en toda la ciencia del derecho, citaremos lo que dice Demolombe: Siendo la ley vaga este estimable jurisconsulto no haya otra cosa mejor que hacer que imitar á la ley; dice, pues, que la cuestión de saber si un derecho es inherente á la persona del deudor es una cuestión de apreciación que los magistrados resolverán según el carácter particular del derecho de que se trata: ¿cuál es este carácter? Esta es precisamente la dificultad. Demolombe agrega que los magistrados examinarán si el ejercicio del derecho para los acreedores presenta más ó menos ventajas ó inconvenientes; lastima más ó menos las conveniencias, las costumbres, el interés privado y el público (2). Con principios formulados de tal manera los jueces son árbitros para hacer lo que quieran; ¿para qué entónces escribir sobre el derecho?

1 D'Aguesseau, Alegato VI (Obras, t. II, p. 120). Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 350.
2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. V, p. 265, núm. 328

Núm. 2.—Competencia.

471. El art. 326 dice que «los tribunales civiles son únicos competentes para resolver sobre las reclamaciones de estado.» Este artículo deroga el derecho común. Es de principio que el juez, competente para resolver sobre la demanda principal, lo es para resolver sobre las cuestiones incidentales á que da lugar la demanda. Este principio recibe excepción cuando se trata de una cuestión de estado. Los tribunales de comercio, los jueces de paz, los tribunales criminales, no pueden conocer ni aun incidentalmente (1). Así era ya en el antiguo derecho respecto á las jurisdicciones excepcionales, tales como los tribunales de comercio. La gravedad de las cuestiones de estado, que interesan no sólo á los individuos sino á las familias y á la sociedad entera, explica esa derogación. Pero el Código va más lejos. Según los términos del art. 327 la acción criminal contra un delito de supresión de estado no puede comenzar sino después del fallo definitivo sobre la cuestión de estado. Aquí hay más que una derogación del derecho común, hay innovación, y tal como se la interpreta la innovación está lejos de ser feliz.

El hijo puede verse privado de su estado por un delito que se llama crimen de supresión de estado. Todo delito da lugar á dos acciones: la acción civil y la acción pública. Perteneciendo la acción civil á la parte vulnerada puede llevarse ante el tribunal civil ó ante el tribunal criminal que conoce de la acción pública. Este principio se aplica hasta en materia de estado: cuando los cónyuges han si-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Cuestiones de estado*, pfo 1, núms. 2, 3 y 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

do privados, por un delito, de la prueba de la celebración de su matrimonio, pueden proceder como acabamos de decirlo. Por el contrario, las *reclamaciones de estado* no pueden llevarse sino ante los tribunales civiles. Esto es una derogación del derecho común y una innovación. Los oradores del Gobierno y del Tribunado nos dan la razón de esto. En el derecho antiguo, así como en el Código de Napoleón, la prueba testimonial no era admitida, en materia de filiación, sino cuando había un principio de prueba por escrito; mientras que ante los tribunales criminales la prueba testimonial se admite sin condición ninguna. De ahí los abusos. El que no tenía principios de prueba por escrito no podía reclamar su estado ante los tribunales civiles. ¿Qué hacía entonces? Presentaba querella de supresión de estado ante los tribunales criminales. Esto era eludir una prescripción destinada á proteger á las familias contra el riesgo de los falsos testimonios. Amenudo el crimen denunciado era imaginario, y no era más que el medio fraudulento de probar el estado sin principio de prueba por escrito. Para poner coto á semejante abuso los autores del Código Civil decidieron que las acciones de reclamación de estado no podrían llevarse ante los tribunales criminales y que debían juzgarse por los civiles (1).

Contra esta teoría del Código Civil se ha hecho una objeción muy justa, y es que descansa en un error (2). No es cierto que en los tribunales criminales se admita la prueba testimonial sin ninguna condición cuando se trata de probar un derecho jurídico que, según el derecho común, no puede establecerse sino por medio de una prueba escrita; tal es, por ejemplo, la violación de un depósito. Antes de

1 Duveyrier, *Discursos*, núm. 27. Bigot-Préameneu, *Exposición de Motivos*. núm. 32 (Locré, t. III, ps. 132 y 90).

2 Valette sobre Proudhón, *Del estado de las personas*, t. II, p. 91, nota.

probar la violación del depósito hay que probar que ha habido depósito; y esta prueba no puede rendirse con testigos si el valor de la cosa depositada pasa de quinientos francos, ni ante los tribunales criminales, ni ante los civiles. El legislador habría podido y debido admitir el mismo principio para las cuestiones de estado; con esto habría evitado un abuso de otro género que resulta de la innovación que ha consagrado, como lo veremos más adelante.

472. Resulta del sistema adoptado por el Código Napoleón una primera consecuencia que es evidente, y es que en las cuestiones de filiación lo civil obliga á lo criminal en materia de estado. Sábese que en general lo criminal obliga á lo civil en cuestión de estado. Según el derecho común el que es vulnerado por un delito puede presentar su acción ante el tribunal civil; por su parte el Ministerio Público presenta la suya ante el tribunal criminal. En este caso el tribunal civil no puede decidir sobre la cuestión civil sino después que el tribunal criminal ha resuelto sobre la acción pública; entretanto debe sobreseer. Esto es lo que se expresa por el adagio de que lo criminal obliga á lo civil en estado. Cuando se trata de filiación, al contrario, el tribunal criminal es el que debía sobreseer hasta que el civil haya decidido la cuestión llevada á su examen. Esto es una consecuencia lógica de la competencia exclusiva que el Código de Napoleón atribuye á los tribunales civiles en las cuestiones de filiación. Cuando se trata de un delito ordinario la decisión del tribunal criminal prejuzga lo del civil porque el interés de la sociedad, comprometido en la persecución del delito, domina al interés privado comprometido en el litigio civil. En materia de filiación hay también un interés general en causa, que en la instancia civil es el reposo de las familias. Este interés es tan grande que supera al social. Por esta razón es por lo que lo civil

obliga á lo criminal en cuestiones de estado. Sin duda que la sociedad se halla interesada en que se castigue un crimen tan grave como el de la supresión de estado, pero todavía está más interesada en que los falsos testimonios no lleven el disturbio al seno de la familias. Este interés es más poderoso y es también más general; porque no debemos olvidar que hay menos padres desnaturalizados capaces de suprimir el estado de sus hijos que aventureros que intenten burlar á la justicia y alterar el estado de las familias, si se les permitiese fundar su usurpación en el crédito peligroso de los testimonios.

El Código Civil sigue otros principios en materia de matrimonio, y á primera vista podría creerse que hay contradicción entre las diversas disposicianes de la ley. Esta permite que la celebración del matrimonio se pruebe por medio de un procedimiento criminal, y admite como prueba l s simples testimonios (1). Proudhón ha explicado muy bien los motivos de esta diferencia. Recordemos desde luego que los cónyuges no pueden, en principio, probar su matrimonio sino por el acta de celebración inscripta en los registros del estado civil; el que destruyese este título suprimiría el estado de aquéllos; era, pues, preciso autorizarlos á que estableciesen que fueron privados de su título por medio de un crimen. Esto equivale á decir que los cónyuges, en cuanto á la prueba, deben permanecer dentro del derecho común. No pasa lo mismo con la filiación; á falta de acta de nacimiento el hijo no puede invocar la posesión; así, pues, no se suprime enteramente su estado al suprimir su título. Para que haya supresión de estado hay que suponer que el hijo no tenga ni título ni posesión. Pero en este caso todas las probabilidades están en su contra, y además la prueba que puede rendir es la más difícil de todas las pruebas: la preñez se disimula, el parto se hace en secreto y la identidad sin posesión es casi quimérica. El legislador tenía, pues, las más graves razones para hacer á un lado los testimonios y, en consecuencia, los procedimientos criminales, una vez admitida la preocupación de que la prueba testimonial se admite sin límites cuando se trata de probar un delito. Mientras que el matrimonio se haya rodeado de la mayor publicidad, se anuncia de antemano y todos saben cuándo ha de tener verificativo. Se celebra públicamente en las casas consistoriales, en presencia de testigos. El fraude es casi imposible; si se hallasen falsos testigos serían desmentidos por los verdaderos (1).

1 Véase este tomo, núm. 16.

473. Una segunda consecuencia se deriva del sistema consagrado por el Código Napoleón, y es que la acción del Ministerio Público depende de la acción civil. Según el derecho común el Ministerio Público promueve sin que tenga que preocuparse por la acción civil. El promueve por el interés de la sociedad y debe, pues, estar enteramente libre. En materia de filiación, por el contrario, se admite que el Ministerio Público no puede promover en tanto que la parte lesionada no ha hecho que el tribunal civil juzgue la cuestión de estado. Esta doctrina está consagrada por una jurisprudencia constante, á la que la doctrina se ha afiliado. Puede parecer inútil combatirla y ninguna pretensión tenemos de hacerla cambiar. Pero nuestro objeto es establecer los verdaderos principios en pró y en contra de nosotros, sin inquietarnos por la práctica. Aquí, por otra parte, tenemos en nuestro favor una autoridad que equilibra la de la jurisprudencia. Merlín ha sostenido que la acción del Ministerio Público estaba, á la verdad, encadenada cuando el tribunal civil conoce de la cuestión de estado, pero que

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. II, págs. 97 y siguientes.

queda libre para promover cuando no hay acción instaurada en los tribunales civiles (1).

A primera vista la cuestión parece resuelta por el texto del Código: «La acción criminal, dice el art. 327, no puede comenzar sino después del juicio definitivo sobre la cuestión de estado.» Esta disposición es general y absoluta, dice la Corte de Casación; que se entienda por acción *criminal* la acción pública derivada del delito ó la acción civil, una y otra no pueden llevarse ante los tribunales de represión sino después de pronunciado el fallo por el tribunal civil. Hay que decir más: el art. 327 se aplica de una manera principal y especial al Ministerio Público porque sólo él tiene el derecho para ejercitar la acción pública (2). Merlín habia contestado anticipadamente á esta objeción, y, á nuestro juicio, la respuesta es perentoria. ¿Qué objeto tiene el art. 327? Decidir, por derogación del derecho común, que lo civil obliga á lo criminal en cuestiones de estado. Pero para que la acción civil detenga ó suspenda la acción criminal se necesita que haya una acción civil; lo criminal no puede quedar estacionario por la nada. Tal es también el sentido natural del texto. El Ministerio Público, dice la ley, no puede empezar su acción sino *después del fallo sobre la cuestión de estado*. Es, pues, preciso que haya una *cuestión de estado* y que el tribunal civil conozca de ella si no se trata de *juzgarla*: Si no hay entablado proceso no hay cuestión de estado; luego no estamos ya dentro del texto; por lo tanto, no hay lugar á detener la acción pública.

Si hubiese alguna duda sobre el sentido del texto los

1 Véase la requisitoria de Merlín en sus *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Cuestión de estado*, pfo. 1, t. II, ps. 250 y siguientes.
2 Sentencia de casación de 10 Messidor, año XVI (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 369, 3.°)

trabajos preparatorios la desvanecerían. Bigot-Préameneu dice que el objeto del art. 327 es prevenir las *querellas fraudulentas* que se llevaban ante los tribunales criminales para hacer que se resolviesen las cuestiones por medio de simples testimonios; y agrega que sería de temerse que *la acción criminal no se intentase de buena fe*, que no tuviese como fin de eludir la regla del derecho civil, el cual, en materia de cuestiones de estado, aparta como muy peligrosa la simple prueba por testigos (1). Es de toda evidencia que el Orador del Gobierno no quiere hablar más que de la acción civil que el reclamante quería llevar ante el tribunal criminal; porque del Ministerio Público no puede ciertamente decirse que presente una *querella*, y menos puede decirse que ésta es *fraudulenta*, ni que obra de *mala fe* para eludir la ley civil. Todas estas expresiones no reciben aplicación sino á la acción civil: prueba de que el legislador no pensó en la acción que el Ministerio Público pudiese intentar, cuando no hubiese proceso civil sobre una cuestión de estado.

Duveyrier es igualmente explícito en su excelente discurso. No dice una sola palabra de la acción del Ministerio Público; señala el abuso á que habia dado lugar el derecho común que en otro tiempo se seguía. Presentábase querella ante los tribunales criminales cuando ante los civiles no habría sido uno admitido á la requisición; mientras que en lo criminal todo se resolvía por testimonios. Supuesto que el objeto de la reclamación es *puramente civil* preciso es que el tribunal civil la decida conforme á los principios del derecho civil. Hé aquí por qué los autores del Código han establecido para este caso *una disposición contraria al derecho común*; es decir, al principio de que la parte civil puede promover ante el tribunal criminal (2). Tal es la

1 *Exposición de Motivos*, núm. 22 (Locré, t. III, p. 90).
2 Duveyrier, *Discursos*, núm. 27 (Locré, t. III, p. 132).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

interpretación oficial de la ley, por la cual se ve que ésta no prevee el caso en que el Ministerio Público promueva sin que exista una acción civil.

Se pretende, no obstante, que los trabajos preparatorios decidieron la cuestión contra la opinión de Merlin. El proyecto del Código Civil establecia que el hijo víctima de una supresión de estado no podía reclamar sino por la vía civil, aun contra los autores del crimen, salvo que el Ministerio Público intentase de oficio lo criminal, cuando hubiere lugar. Así, pues, el proyecto admitía que la acción pública se intentase independientemente de la acción civil, pero exigía un principio de prueba por escrito; el examen de esta prueba formaba una cuestión perjudicial acerca de la cual debía resolverse previamente. El proyecto agregaba que el fallo, sea perjudicial, sea sobre el fondo de la cuestión, no podía pronunciarse sino en presencia de las partes que tuviesen derechos adquiridos en el momento de la acusación. La acción pública, normada y restringida de tal manera, suspendía toda diligencia iniciada en lo civil. Este sistema no ha sido admitido; luego, se dice, no puede ponerse en duda que el tribunal haya rechazado la opinión de Merlin. Creemos que la conclusión no es lógica. El proyecto mantenía el antiguo principio de que lo criminal obliga á lo civil en estado, agregando garantías que hacían imposible todo abuso; mientras que el Código Civil asienta el principio de que lo civil obliga á lo criminal. Pero de esto á rehusar al Ministerio Público el derecho de promover cuando no existe ningún proceso civil hay mucha distancia. Habría que probar que el nuevo principio es incompatible con el ejercicio de la acción criminal, aun cuando el hijo ó sus herederos no suscitasen ninguna cuestión de estado; habría que probar que tal fué la intención de los autores del Código.

Ahora bien, acabamos de escuchar á los oradores del Gobierno y del Tribunado; ellos no preveen más que el caso en que la parte civil quisiera defraudar las prescripciones que rigen la prueba. Ni aun siquiera preveen la cuestión que estamos agitando, ni tampoco la prevee el texto. La cuestión se suscitó en el Consejo de Estado. Jolivet criticó la disposición, demasiado absoluta á su modo de ver, del proyecto. De aquí podría concluirse, dice él, que la acción de la justicia criminal está paralizada cuando ha habido supresión de estado y que, no obstante, no hay litigio sobre la cuestión de estado. Treilhard contestó: *Este caso no es el del artículo que supone una cuestión de estado* (1). La ley, pues, no comprende sino el caso en que entre las partes civiles se discute una cuestión de estado y no el caso en que las partes civiles se callan; así es que no puede, cuando las partes civiles guardan silencio, atar las manos al Ministerio Público.

No invocaremos nosotros, contra la doctrina consagrada por la jurisprudencia, la impunidad que á los culpables asegura. La Corte de Casación contesta, y con razón, que tales consideraciones son de la competencia del legislador y que no atañe á los tribunales apreciar la sabiduría de las leyes sino que su deber es respetarlas y hacer que se ejecuten sus disposiciones (2).

474. ¿Puede el hijo proceder por la vía de falso incidente antes del fallo de la cuestión de estado? Se ha fallado por la Corte de Casación que el hijo no podía promover la acción de falsedad contra su acta de nacimiento (3).

1 Sesión del Consejo de Estado de 29 Fructidor, año X, núm. 15 (Locré, t. III, p. 18).

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz y los autores que éste cita (en la palabra *Paternidad*, núms. 368 y 369)

3 Sentencia de 28 de Mayo de 1809 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 365, 5.°)

Danielo, que ejercía las funciones del Ministerio Público, ha dejado perfectamente establecida esta opinión (1). ¿Cuál es el objeto del art. 327? El legislador ha querido impedir que la prueba de la filiación no se haga, ni aun indirectamente, por medio de testigos sin que haya un principio de prueba por escrito. Ahora bien, si al hijo se le permitiese alegar de falsa su acta de nacimiento en una acción civil aquella disposición quedaría eludida. En efecto, la prueba de lo falso se rinde civilmente *tanto por títulos como por testigos* (Código de Procedimientos, art. 232). ¿Y cuál sería el objeto de esta prueba? Es cierto que el objeto aparente de la accion de falso incidente es únicamente establecer la falsedad de los nombres en los cuales el hijo quedó inscripto en el acta de nacimiento; pero puede tener por verdadero objeto probar la filiación. En efecto, la parte civil casi nunca tiene interés en inscribirse en falso contra su acta de nacimiento con la única mira de hacer que se pronuncie la falsedad material del acta Porque ¿qué resultaría de ello? Que el reclamante ha nacido de padres desconocidos. ¿Y qué interés puede tener el de probar que los padres indicados en su acta de nacimiento son séres imaginarios? Tendrá, pues, otro interés oculto en probar indirectamente su verdadera filiación por testigos y sin principio de prueba por escrito, y es precisamente en virtud de este interés por lo que debe rehusársele la inscripción en falso.

475. ¿Puede el hijo demandar daños y perjuicios por supresión de estado si el estado no se ha comprobado previamente según las reglas establecidas por el Código Civil? Se ha fallado que la acción de daños y perjuicios no es de

1 La requisitoria de Danielo se halla en Merlín, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Cuestión de estado*, pfo. 3.°, t. XII, p. 257.

recibirse (1). Esta acción no es otra cosa que la acción civil surgiendo de un delito, luego es una acción criminal en el sentido del art. 327. Ahora bien, la acción criminal no puede principiar sino después del fallo definitivo sobre la cuestión de estado. El hijo dirá en vano que él no reclama su estado; no por esto la cuestión que suscita deja de ser una cuestión de estado, y los debates podrían conducir indirectamente á la prueba de la filiación por medio de testigos. En efecto, según los términos del art. 1348 la prueba testimonial es admisible, sin ningún principio de prueba por escrito, cuando se trata de obligaciones que nacen de un delito. El hijo podría, pues, producir testimonios que estableciesen que fué inscripto con falsos nombres, y que, en consecuencia, probasen su verdadera filiación. Por lo mismo hay lugar á atenerse á la prohibición pronunciada por el art. 327.

476. Siendo el art. 327 una derogación del derecho común es importante determinar de una manera precisa los casos á los cuales se aplica. El texto parece hablar de un caso único: el delito de supresión de estado. Pero no hay delito especial de *supresión* de estado; hay delitos de diversa naturaleza que tienden á privar á un hijo de su estado. Tales son: la falsedad cometida en la redacción del acta de nacimiento, las falsas declaraciones depuestas por los comparecientes, la substracción, destrucción ó robo de registros. En todos estos casos podría llegarse, por la vía criminal, á probar la filiación del hijo por medio de testigos, sin principios de prueba por escrito. Por lo mismo, estamos dentro del texto como dentro del espíritu del art. 327. Vamos á recoger las decisiones judiciales pasadas en esta materia tan difícil como importante.

1 Sentencia de París de 20 de Febrero de 1810 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, num, 336.

Un magistrado es acusado de haber, por medio de procedimientos químicos, hecho desaparecer de los registros del estado civil tres actas que en ellos habían sido legalmente inscriptas y de haberlas substituído por una acta falsa de matrimonio entre él y una mujer que jamás existió, una acta falsa de nacimiento de su hijo, que en realidad había nacido de un comercio adulterino que él mantenía con una mujer casada, y, por último, una acta falsa comprobante del fallecimiento de su pretendida mujer. Aquí tenemos un crimen de falsedad en documentos auténticos (Código Penal de 1810, art. 147). ¿Hay lugar en este caso á la aplicación del art. 327? Fallado afirmativamente por la Corte de Casación (1). Merlín habaía tratado de establecer una diferencia entre el acta de nacimiento y las de matrimonio y defunción. Cierto es que si sólo se hubiese tratado de actas de matrimonio el art. 327 había sido inaplicable; pero en el caso las tres falsificaciones tenían un solo y mismo objeto: el de fabricar una filiación en beneficio de un hijo adulterino; luego patentemente se trataba de una cuestión de filiación y, por lo tanto, el art. 327 debia aplicarse, es decir, que, según la jurisprudencia de la Corte de Casasión, el Ministerio Público no podía perseguir el crimen de falsedad en tanto que en lo civil no quedase resuelta la cuestión de estado. Ahora bien, en el caso no había proceso civil, y no podría haberlo mientras viviese el magistrado culpable. ¡Estábale, pues, asegurada la impunidad! Merlín tenía, pues, sobrada razón para clamar contra el escándalo.

Una soltera hace inscribir á un hijo extraño, que se había procurado con noventa francos, como hijo natural suyo; esperaba con esto vencer la oposición del padre del hombre con el cual vivía en concubinato; éste consentía en casarse con ella, pero el padre negaba su consentimiento. El Ministerio Público la persiguió de oficio. La Corte de Casación resolvió que había motivo para aplicar el art. 327. (1) Esta es la jurisprudencia de la Suprema Corte cuando la declaración falsa constituye una falsedad de la que resulta una supresión de estado. (2)

1 Sentencia de 30 de Marzo de 1813 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 369, 5.°) Merlín, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Cuestión de estado*, pfo. 2° [t. XII, p. 264).

Resulta de estas sentencias que el delito de suposición de parte se halla comprendido en los términos generales del art. 327. En efecto, no puede atribuirse un estado falso á un hijo sin suprimir su estado verdadero. Resulta, además, de la jurisprudencia que los hechos conexos con la supresión de estado no pueden proseguirse aisladamente por el Ministerio Público en tanto que la cuestión de estado no haya sido fallada en lo civil; por lo mismo que los hechos son conexos los que no se relacionasen directamente con la supresión de estado conducirían, sin embargo, á la prueba indirecta de la filiación por medio de testigos si se admitiese la substanciación criminal. Por lo mismo debe aplicarse el art. 327. (3)

477. Del principio de que el art. 327 es aplicable cuando el estado del hijo debe ser prejuzgado por el resultado de las diligencias criminales se sigue que no hay lugar á aplicar esa disposición en los casos en que la acción criminal no prejuzga el estado del hijo. Luego cuando no se discute el estado del hijo no puede tratarse del art. 327 por la sencillísima razón de que no puede nacer cuestión de estado; luego no puede haber juicio sobre la cuestión de es-

1 Sentencias de 25 Floreal, año X, y de 2 de Marzo de 1809 (Dalloz, en las palabras *Falso*, núm. 272, y *Paternidad*, núm. 369, IV).
2 Sentencias de 21 de Agosto de 1812 y de 24 de Julio de 1823 [Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 369, 6.°]; de 19 de Julio de 1840 [Dalloz, 1840, 5, 199, núm. 3].
3 Sentencia de París de 10 de Enero de 1851 (Dalloz 1851, 2, 27).

tado como el texto lo supone; tampoco puede tratarse de defraudar la ley civil, supuesto que no había motivo para aplicar la ley civil.

Así es que sin necesidad de decirlo el delito de exposición de infante no cae bajo la aplicación del art. 327. El estado del hijo no es materia de la causa cuando se persigue aquel delito; la acción criminal queda, pues, extraña á la cuestión de estado; tiene únicamente por objeto castigar al que ha expuesto á un niño á la muerte abandonándolo; el castigo del culpable no prejuzgará en nada la filiación de tal niño. (1)

El art. 345 del Código Penal de 1810 castiga con la reclusión á los que son culpables de robo, ocultación ó supresión de infante. Este crimen por sí mismo no tiene por objeto suprimir el estado del hijo; su filiación, una vez que se pruebe la supresión, puede ser muy cierta; por lo mismo, no hay motivo para aplicar el art. 327. La Corte de Casación así lo resolvió en varias ocasiones. (2) Sin embargo, la supresión de estado puede acompañar al crimen de supresión de infante.

El caso se ha presentado en uno de los procesos que la Corte de Casación tuvo que resolver. Había habido suposición del nacimiento de un niño que la reo no había parido; había habido inscripción por medio de falsedad de una acta de nacimiento que probaba que la reo había parido un niño que no había nacido de ella. Estos dos hechos implicaban evidentemente una cuestión de estado y, en consecuencia, el art. 327 era aplicable. Pero anteriormente á tales hechos habían robado y ocultado á un niño; este crimen era distinto é independiente de la supresión del estado de este niño; había, pues, motivo para admitir la acción pú-

1 Esto fué ya reconocido en el Consejo de Estado. Toullier, t. II, núm. 906, p. 124, Demolombe, t. 5.°, p. 253, núm. 275.

2 Véanse las sentencias en Dalloz.

blica por el crimen de la supresión de infante; en esta instancia no podía tratarse de la filiación, luego la decisión no prejuzgaba el estado del hijo y, en consecuencia, no había lugar á la aplicación del art. 327. (1) No basta que la cuestión de filiación se ligue incidentalmente con el crimen de supresión de infante en el sentido de que el hijo haya sido suprimido para destruir su filiación; los dos crímenes no por eso dejan de ser distintos y el juicio que comprueba la supresión de infante en nada prejuzga la filiación de ese niño. Luego no estamos ni dentro del texto ni dentro del espíritu de la ley. (2) El art 345 del Código Penal de 1810 castiga también con la reclusión la suposición de un hijo á una mujer que no ha parido. Puede ser que este crimen no implique una supresión de estado. El marido, en complicidad con su mujer, supone á ésta un hijo, sin que ella haya parido, con el objeto de hacer que se revoque una donación otorgada por su mujer antes del matrimonio. El rinde, en consecuencia, una falsa declaración de nacimiento y, en seguida, una falsa declaración de defunción. ¿Podía el Ministerio Público perseguir? Ciertamente que sí, porque no había niño y no podía tratarse de la supresión de estado de un hijo que jamás había existido. (3)

El marido hace que se inscriba como vivo á un hijo que realmente nació de su mujer, pero que murió al ser dado á luz. ¿Esta falsa declaración está regida por el art 327? Evidentemente que nó, porque la filiación es cierta y, por tanto, jamás puede elevarse una cuestión de estado. El único objeto del debate, si se lleva ante el tribunal criminal,

1 Sentencia de casación de 1.° de Octubre de 1842 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, p. 280).

2 Sentencia de casación de 20 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1867, 5, 162).

3 Sentencia de la Corte de Casación de 7 de Abril de 1831 [Dalloz, en la palabra *Actas del estado civil*, núm. 505).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

es saber si el hijo nació muerto ó vivo. Luego no hay lugar para aplicar el art. 327. (1)

El marido, galeote evadido y casado con nombre falso, hace inscribir á su hijo con ese mismo nombre. Perseguido por tal capítulo la Corte de Gante lo absuelve de la aplicación del art. 327, habiendo tomado el padre falsos nombres en el acta de nacimiento. La sentencia fué casada, y con razón. No podía elevarse cuestión de estado en el caso de que se trata por la excelente razón de que la filiación del hijo era cierta; en efecto, la indicación del nombre de la madre era exacta y, por lo mismo, el hijo tenía por padre al marido de la madre, por más que el marido figurase con falsos nombres en el acta de nacimiento. (2)

Hemos dicho que la ley mantiene los principios de derecho común para el matrimonio. El Ministerio Público puede, pues, perseguir los delitos concernientes al estado de los cónyuges sin que haya lugar á oponerle la disposición excepcional del art. 327. Esto no ofrece duda alguna. ¿Pero qué debe resolverse si el juicio sobre el estado de los cónyuges es de tal naturaleza que influya sobre el estado de los hijos arrebatándoles la legitimidad? Se falló que en este caso había motivo para aplicar el art. 327. (3) Este es un error evidente. Por *cuestión de estado* el art. 327 quiere dar á entender una instancia concerniente á la filiación del hijo, lo que supone que el matrimonio consta. Cuando la celebración del matrimonio es el objeto del debate ya no se trata de filiación, luego ya no se está dentro

1 Sentencia de la Corte de Casación de 8 de Julio de 1824 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 371, 3.°)

2 Sentencia de la Corte de Casación de Bélgica de 29 de Enero de 1836 (*Jurisprudencia del siglo XIX*, 1836, t. 114).

3 Sentencia de Grenoble de 9 de Diciembre de 1822 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 374).

de los términos de la ley, y como ella es enteramente exorbitante del derecho común no se la puede extender.

Núm 3. ¿A qué acciones se aplican los principios sobre la reclamación de estado?

478. La acción de reclamación de estado está regida por principios particulares; por regla general no corresponde más que al hijo; respecto á él es imprescriptible y no puede ser objeto de una convención y no puede entablarse sino ante los tribunales civiles. Importa, pues, determinar cuáles son los caracteres que distinguen la acción de reclamación de estado. La expresión indica cuál es su objeto; el estado del hijo; es decir, su filiación. ¿Cuándo hay lugar á esta filiación? El artículo contesta implícitamente á nuestra pregunta: «Nadie, dice la ley, puede reclamar un estado contrario al que le dan su título de nacimiento y la posesión conforme á este título.» Síguese de aquí que el que tiene una acta de nacimiento, pero contraria á su posesión, puede reclamar. Puede también hacerlo si hay una acta de nacimiento sin posesión; el art. 323 lo dice: el hijo puede haber sido inscripto con falsos nombres y tiene derecho á reclamar su filiación verdadera. El hijo puede también tener una posesión sin título, sea que no tenga acta de nacimiento, sea que haya sido inscripto como nacido de padres desconocidos. Finalmente, el hijo que no tiene ni título ni posesión puede reclamar su estado, lo que expresa el artículo 323.

Para que haya lugar para aplicar los principios que rigen las cuestiones de estado no es preciso que el hijo sea la parte que demanda; si él defiende una acción de contienda de estado dirigida en contra suya se vuelve actor oponien-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

es saber si el hijo nació muerto ó vivo. Luego no hay lugar para aplicar el art. 327. (1)

El marido, galeote evadido y casado con nombre falso, hace inscribir á su hijo con ese mismo nombre. Perseguido por tal capítulo la Corte de Gante lo absuelve de la aplicación del art. 327, habiendo tomado el padre falsos nombres en el acta de nacimiento. La sentencia fué casada, y con razón. No podía elevarse cuestión de estado en el caso de que se trata por la excelente razón de que la filiación del hijo era cierta; en efecto, la indicación del nombre de la madre era exacta y, por lo mismo, el hijo tenía por padre al marido de la madre, por más que el marido figurase con falsos nombres en el acta de nacimiento. (2)

Hemos dicho que la ley mantiene los principios de derecho común para el matrimonio. El Ministerio Público puede, pues, perseguir los delitos concernientes al estado de los cónyuges sin que haya lugar á oponerle la disposición excepcional del art. 327. Esto no ofrece duda alguna. ¿Pero qué debe resolverse si el juicio sobre el estado de los cónyuges es de tal naturaleza que influya sobre el estado de los hijos arrebatándoles la legitimidad? Se falló que en este caso había motivo para aplicar el art. 327. (3) Este es un error evidente. Por *cuestión de estado* el art. 327 quiere dar á entender una instancia concerniente á la filiación del hijo, lo que supone que el matrimonio consta. Cuando la celebración del matrimonio es el objeto del debate ya no se trata de filiación, luego ya no se está dentro

1 Sentencia de la Corte de Casación de 8 de Julio de 1824 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 371, 3.°)

2 Sentencia de la Corte de Casación de Bélgica de 29 de Enero de 1836 (*Jurisprudencia del siglo XIX*, 1836, t. 114).

3 Sentencia de Grenoble de 9 de Diciembre de 1822 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 374).

de los términos de la ley, y como ella es enteramente exorbitante del derecho común no se la puede extender.

Núm 3. ¿A qué acciones se aplican los principios sobre la reclamación de estado?

478. La acción de reclamación de estado está regida por principios particulares; por regla general no corresponde más que al hijo; respecto á él es imprescriptible y no puede ser objeto de una convención y no puede entablarse sino ante los tribunales civiles. Importa, pues, determinar cuáles son los caracteres que distinguen la acción de reclamación de estado. La expresión indica cuál es su objeto; el estado del hijo; es decir, su filiación. ¿Cuándo hay lugar á esta filiación? El artículo contesta implícitamente á nuestra pregunta: «Nadie, dice la ley, puede reclamar un estado contrario al que le dan su título de nacimiento y la posesión conforme á este título.» Síguese de aquí que el que tiene una acta de nacimiento, pero contraria á su posesión, puede reclamar. Puede también hacerlo si hay una acta de nacimiento sin posesión; el art. 323 lo dice: el hijo puede haber sido inscripto con falsos nombres y tiene derecho á reclamar su filiación verdadera. El hijo puede también tener una posesión sin título, sea que no tenga acta de nacimiento, sea que haya sido inscripto como nacido de padres desconocidos. Finalmente, el hijo que no tiene ni título ni posesión puede reclamar su estado, lo que expresa el artículo 323.

Para que haya lugar para aplicar los principios que rigen las cuestiones de estado no es preciso que el hijo sea la parte que demanda; si él defiende una acción de contienda de estado dirigida en contra suya se vuelve actor oponien-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

do su estado. Por otra parte, el debate por sí mismo suscita una cuestión de estado, por lo que el art. 322 la pone en la misma línea que la reclamación decidiendo que nadie puede disputar el estado de quien tiene una posesión de acuerdo con su título de nacimiento. Así, pues, hay lugar á la contienda sobre el estado en los mismos casos en que el hijo puede reclamar su estado, y en todas hipótesis el objeto de litigio es una cuestión de estado. Por aplicación de estos principios la Corte de Casación ha resuelto que había una cuestión de estado y una verdadera reclamación de éste cuando el actor exigía que el hijo abandonase el nombre que llevaba oponiéndole su acta de nacimiento; el hijo nada reclamaba, disfrutaba del estado que se le negaba; pero como su título era contrario á su posesión había lugar á debatir su estado; por lo mismo, al defender él reclamaba realmente un estado contrario á su título, lo que constituía una reclamación de estado. (1)

479. Cuando no hay reclamación de estado los principios que la rigen naturalmente son inaplicables. Un hijo muere en posesión de su estado de hijo legítimo. Después de su muerte se entabla un debate entre el legatario universal del padre y los descendientes del hijo acerca de la legitimidad de éste. El legatario opone á los herederos que habiendo muerto el hijo después de la edad de veintiséis años sin haber reclamado ellos estaban en su derecho. Se ha juzgado que el art. 329 no era aplicable. (2) En efecto, no había lugar para que el hijo reclamase un estado que poseía, porque no se reclama lo que uno posee. Podía, es cierto, suscitarse un debate acerca del estado de tal niño si

1 Sentencia de 10 Messidor. año XII (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 365, 4.°) Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Cuestión de estado*, pfo. I, t. XII, p. 251.

2 Sentencia de Pau de 9 de Mayo de 1729 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 252).

su posesión hubiese sido contraria á su acta de nacimiento, pero no tenía título; el hijo podía, pues, invocar el art. 320 y sostener que su filiación legítima quedaba establecida por la posesión de estado. En vano el legatario oponía á los descendientes del hijo que éste había muerto sin reclamar; la respuesta de los demandados era perentoria: no había lugar á reclamar, luego su defensa tampoco era una reclamación de estado.

480. El hijo tiene un título, pero irregular. Puede pedir su rectificación; esto no es reclamar un estado, porque aquí todavía el hijo no puede reclamar lo que ya posee. El título solo, como la posesión sola, establece la filiación legítima, y cuando la filiación queda establecida no hay lugar á reclamarla. En vano se opondría que el acta irregular no es un título, porque esto no es cierto en el sistema del Código Civil; las irregularidades no anulan el acta sino que únicamente motivan una rectificación, y ésta, lejos de remover el título, lo consolida. Esta es la opinión de todos los autores, y el mismo principio no puede originar duda alguna. En cuanto á la aplicación del principio hay que distinguir si las irregularidades son concernientes á la indicación de la madre ó á la del padre.

Si hay errores materiales en el nombre de la madre sin que sea incierta la maternidad únicamente hay lugar á rectificar dichas irregularidades. La acción no será una reclamación de estado porque el hijo lo tiene desde el momento en que el acta de nacimiento da á conocer á su madre. Pero si los errores fuesen tales que la maternidad fuere incierta entonces el hijo no tiene título, y si se trata de rectificación la acción tiene realmente por objeto su filiación materna; luego es una reclamación de estado. (1)

1 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. III, pfo. 545 *bis*, páginas 618 y siguientes, y notas 7 y 10.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Si la filiación paterna está mal indicada cualesquiera que sean las irregularidades ellas no alteran el título; ya hemos dado la razón (núm. 398). El acta de nacimiento no tiene por objeto indicar la filiación paterna, y así es que sus errores á este respecto son indiferentes. Es suficiente con que la maternidad sea cierta para que la paternidad también lo sea, supuesto que se trata de la filiación de hijos legítimos; el padre puede únicamente desconocer al hijo, pero la acción de desconocimiento está regida por principios especiales y no hay que confundirla con las acciones que tienen por objeto reclamar ó debatir el estado.

La Corte de París y la de Casación resolvieron esta última cuestión en sentido diverso en el siguiente caso. (1) Un hijo está inscripto en los registros del estado civil como nacido de padre y madre casados; en realidad la madre tenía otro marido que no era el padre designado. Los herederos del hijo promueven la rectificación del acta de nacimiento. Se les opone el art. 329, por cuyos términos los herederos no pueden intentar la reclamación de estado cuando el hijo ha fallecido después de la edad de veintiséis años sin haber reclamado. ¿Era esta una acción de reclamación de estado. Nó, según los principios que hemos dejado establecidos? La maternidad era cierta, por lo que el acta de nacimiento probaba desde luego la filiación legítima y hasta la paterna, con la excepción de que el padre desconociera al hijo. No había desconocimiento, luego el hijo tenía un título casi incontestable y, en consecuencia, nada tenía que reclamar. Supuesto que nada había que reclamar no había lugar á reclamación de estado. Esta es la decisión de la Corte de París.

La Corte de Casación ha resuelto que la rectificación de-

1 Sentencias de París de 10 de Diciembre de 1852 y de la Corte de Casación de 9 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 185).

mandada no tenía más objeto y más resultado posibles que atribuir al hijo difunto un estado diferente del que le habían dado durante toda su vida su acta de nacimiento y la posesión; que, en consecuencia, la acción con el nombre de rectificación sería una verdadera reclamación de estado. La sentencia de la Corte supone que el acta de nacimiento establecía la filiación paterna; ahora bien, el acta nunca prueba la paternidad, aun cuando la indique exactamente; en el acta de que se trata el acta indicaba una paternidad adulterina; la declaración de una paternidad diferente que la del marido de la madre no habría debido ser recibida por el oficial público, y recibida no puede oponerse al hijo, que tiene el derecho de invocar la presunción de paternidad legítima establecida por el art. 312 hasta que el marido de su madre lo haya hecho á un lado por el desconocimiento. Síguese de aquí que tal niño era legítimo, y su estado estaba probado por medio de título; hay, pues, que decir que nada tenía él que reclamar y que, por lo tanto, no había lugar á una reclamación de estado ni á la aplicación del art. 329.

481. El hijo tiene un título, pero se discute su identidad. Se pregunta si la acción ó la excepción es una reclamación de estado. La cuestión es dudosa. Puede decirse que ese hijo tiene un estado comprobado por su título y que, por consiguiente, no reclama estado; el objeto de su acción no es el que se le atribuya un estado sino que tiende á probar que el estado manifestado por el acta de nacimiento le corresponde. En principio debe resolverse que la acción del hijo no es una reclamación de estado. Esto nos parece incontestable si la acción realmente no tiene más objeto que probar la identidad. Pero puede suceder que un individuo sin título se prevalga de una acta de nacimiento que no es la suya para probar por medio de tes

tigos su pretendida identidad, eludiendo de este modo las condiciones rigurosas que la ley exige para la prueba de la filiación por testigos. En este caso la acción tendría por verdadero objeto reclamar un estado y, en consecuencia, habría lugar á aplicar los principios que rigen la acción de reclamación de estado. (1)

§ II.—De la acción de denegación de estado.

482. La ley no dice cuándo hay lugar á la acción de denegación de estado, únicamente dice que cuando no puede ponerse en duda el estado de una persona es cuando tiene una posesión conforme á su título de posesión (art. 322). Síguese de esto que el estado puede ser discutido cuando sólo descansa en una de esas dos pruebas: el acta de nacimiento ó la posesión de estado. Es necesario, por lo menos, que el hijo tenga en su favor ó la posesión ó un título para que haya lugar á discutir su estado; si él no tiene ni título ni posesión entonces tampoco tiene estado y no puede ser materia de discusión lo que no existe. Así, pues, no puede intentarse acción contra el que no tiene estado; pero sí se puede oponerse á la acción de reclamación de estado formulada por el hijo que no tuviese ni título ni posesión y que solicitase rendir prueba de su filiación por medio de testigos; así lo dice el art. 325.

Hay un caso en el cual la acción de denegación de estado toma el nombre de contienda de legitimidad: cuando el hijo nace trescientos días después de la disolución del matrimonio su legitimidad puede ser denegada. Esta acción está regida por principios especiales que ya hemos expuesto (núms. 460 463).

1 Durantón, t. III, p. 151, núm. 152. Demolombe, t. V, p. 216, núm. 237. Zachariae, t. III, pfo. 545 *bis*, p. 620.

483. ¿Quién puede intentar la acción de denegación de estado? La ley no limita el ejercicio de esta acción á ciertas personas, como lo hace para la acción de reclamación de estado. De esto hay que inferir que esta acción permanece bajo el dominio del derecho común. Ahora bien, es de principio que todos los que tienen interés pueden promover. Este interés debe ser, en general, nato y actual; es decir, un interés pecuniario. Pero existen también casos en que es suficiente un interés moral, y tales son los debates sobre el estado de las personas. El estado, antes que todo, es un derecho moral. Por esto es que la ley concede únicamente al hijo la acción de reclamación de estado. Pero cuando se trata de denegar el estado todo miembro de la familia á la cual un individuo pretende pertenecer tiene derecho á rechazar dicha pretensión. Puede hacerlo, evidentemente, cuando el interés es pecuniario; lo puede también si el interés es moral. Tal es el caso en que un individuo tome el nombre y los títulos de una familia. Todo miembro de ésta puede disputarle este derecho aun cuando no se jugase ningún interés de dinero. No hay duda alguna sobre este punto. (1)

La acción de denegación de estado difiere, bajo este respecto, del desconocimiento por el cual se discute el estado del hijo concebido ó nacido durante el matrimonio. Esta última acción no corresponde, en principio, más que al marido; jamás á los miembros de la familia, ni aun á los más cercanos, á título de parientes; únicamente la tienen bajo ciertas condiciones, en calidad de herederos. Todo pariente, al contrario, puede disputar el estado que una persona pretende tener; pero, entiéndase bien, á menos que ésta, por su acta de nacimiento, pruebe que fué concebido ó que

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Cuestiones de estado*, pfo. III, art. 2, núm. 6. Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Nombre*, núms. 10 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tigos su pretendida identidad, eludiendo de este modo las condiciones rigurosas que la ley exige para la prueba de la filiación por testigos. En este caso la acción tendría por verdadero objeto reclamar un estado y, en consecuencia, habría lugar á aplicar los principios que rigen la acción de reclamación de estado. (1)

§ II.—De la acción de denegación de estado.

482. La ley no dice cuándo hay lugar á la acción de denegación de estado, únicamente dice que cuando no puede ponerse en duda el estado de una persona es cuando tiene una posesión conforme á su título de posesión (art. 322). Síguese de esto que el estado puede ser discutido cuando sólo descansa en una de esas dos pruebas: el acta de nacimiento ó la posesión de estado. Es necesario, por lo menos, que el hijo tenga en su favor ó la posesión ó un título para que haya lugar á discutir su estado; si él no tiene ni título ni posesión entonces tampoco tiene estado y no puede ser materia de discusión lo que no existe. Así, pues, no puede intentarse acción contra el que no tiene estado; pero sí se puede oponerse á la acción de reclamación de estado formulada por el hijo que no tuviese ni título ni posesión y que solicitase rendir prueba de su filiación por medio de testigos; así lo dice el art. 325.

Hay un caso en el cual la acción de denegación de estado toma el nombre de contienda de legitimidad: cuando el hijo nace trescientos días después de la disolución del matrimonio su legitimidad puede ser denegada. Esta acción está regida por principios especiales que ya hemos expuesto (núms. 460 463).

1 Durantón, t. III, p. 151, núm. 152. Demolombe, t. V, p. 216, núm. 237. Zachariae, t. III, pfo. 545 *bis*, p. 620.

483. ¿Quién puede intentar la acción de denegación de estado? La ley no limita el ejercicio de esta acción á ciertas personas, como lo hace para la acción de reclamación de estado. De esto hay que inferir que esta acción permanece bajo el dominio del derecho común. Ahora bien, es de principio que todos los que tienen interés pueden promover. Este interés debe ser, en general, nato y actual; es decir, un interés pecuniario. Pero existen también casos en que es suficiente un interés moral, y tales son los debates sobre el estado de las personas. El estado, antes que todo, es un derecho moral. Por esto es que la ley concede únicamente al hijo la acción de reclamación de estado. Pero cuando se trata de denegar el estado todo miembro de la familia á la cual un individuo pretende pertenecer tiene derecho á rechazar dicha pretensión. Puede hacerlo, evidentemente, cuando el interés es pecuniario; lo puede también si el interés es moral. Tal es el caso en que un individuo tome el nombre y los títulos de una familia. Todo miembro de ésta puede disputarle este derecho aun cuando no se jugase ningún interés de dinero. No hay duda alguna sobre este punto. (1)

La acción de denegación de estado difiere, bajo este respecto, del desconocimiento por el cual se discute el estado del hijo concebido ó nacido durante el matrimonio. Esta última acción no corresponde, en principio, más que al marido; jamás á los miembros de la familia, ni aun á los más cercanos, á título de parientes; únicamente la tienen bajo ciertas condiciones, en calidad de herederos. Todo pariente, al contrario, puede disputar el estado que una persona pretende tener; pero, entiéndase bien, á menos que ésta, por su acta de nacimiento, pruebe que fué concebido ó que

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Cuestiones de estado*, pfo. III, art. 2, núm. 6. Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Nombre*, núms. 10 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nació de una mujer casada durante el matrimonio; en este caso su legitimidad no puede ser atacada sino por el desconocimiento del marido y, si hay lugar, de sus herederos. Fuera del caso de desconocimiento todo pariente puede disputar el estado de su hermano, por más que tal debate implique la deshonra de su madre; la ley no concede excepción ó fin de no recibir fundado en la inmovilidad de la acción; estas consideraciones son del dominio de la moral y no del derecho. Así lo ha fallado la Corte de Douai. (1)

484. La acción de denegación de estado suscita una cuestión de estado ó, por mejor decir, tiene por objeto el estado que se pone en tela de juicio. Dicha acción implica, pues, necesariamente una cuestión de estado. Síguese de aquí que deben aplicarse á esta acción los principios que rigen las acciones concernientes al estado de las personas. (2) El estado está fuera del comercio y por ello no puede ser materia de una convención (art. 1128). Una consecuencia evidente de este principio es que el que ha reconocido el derecho de debatir el estado de una persona, el que ha reconocido su legitimidad, puede, sin embargo, intentar la acción de denegación; en efecto, toda renuncia, todo reconocimiento en materia de estado lleva el sello de nulidad radical, supuesto que carece de objeto; es un acto más que nulo, no tiene existencia á los ojos de la ley, y, por lo tanto, no puede producir ningún efecto. (3)

Esta doctrina, enseñada por todos los autores, (4) ha sido combatida por un magistrado cuyo nombre goza de grande autoridad. Troplong sostiene que la transacción favora-

1 Sentencia de 8 de Mayo de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 163).
2 Véase núms. 426–430.
3 Tal es la doctrina generalmente aceptada; la establecemos en el título *De las Obligaciones*.
4 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Fracciones*, pfo. V. Durantón, t. III, pfo. 98, núm 102. Zachariae, t. III, p. 665, pfo. 547 *bis*. Demolombe, t. V, p. 306, núm. 332.

ble al estado de la persona puede siempre oponerse á quien la ha consentido; el reconocimiento del estado produce, á su juicio, un fin de no recibir insuperable. (1) Las convenciones sobre el estado serían, pues, válidas ó nulas, según que consolidasen el estado ó que lo atacasen. ¡Vaya una extraña teoría! Digamos el calificativo: es una herejía jurídica que está en oposición con los principios más elementales. ¿El estado, considerado como derecho moral, está ó nó en comercio? ¿Acaso se vende ó se compra el parentesco, la sangre, la estirpe? El estado está, pues, fuera del comercio. Por lo mismo, débese aplicar el art. 1128, concebido con términos de los más restrictivos, «únicamente las cosas que son materia de comercio pueden ser objeto de convenciones.»

El principio es absoluto: no hay lugar á distinguir si la convención es favorable al estado ó si le es desfavorable. Tales distinciones se comprenderían en labios del legislador; en él podría sacrificar un principio de derecho á la paz de las familias. En cuanto al intérprete está ligado por los principios, está encadenado por los textos, no tiene que preocuparse por los intereses generales ni por la tranquilidad de las familias. Los principios, y únicamente los principios, esa es su misión. Troplong invoca textos, pero textos que son excepciones. Hay una de éstas en materia de filiación: se puede oponer á la acción de desconocimiento el reconocimiento que el marido ha hecho de la legitimidad del hijo (art. 314, y antes núms. 377 y 381). Pero pueden extenderse las excepciones, y ¿quién no sabe que el desconocimiento es una acción enteramente excepcional? Esto decide la cuestión. Los principios son tan evidentes que no se concibe que haya un disentimiento en la doctrina y la jurisprudencia. Solamente una restricción hay que oponer

1 Troplong, *De las transacciones*, art. 2045, núms. 69 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

enfrente de esta decisión, y de antemano ya lo hemos hecho. El estado considerado como derecho moral es lo que está fuera del comercio; las ventajas pecuniarias que la ley le relaciona ciertamente que están en el comercio y, por lo mismo, pueden ser objeto de convenciones y transacciones; pero los efectos de éstas no pasan del límite de los contratos; siguen siendo extraños al estado propiamente dicho.

Un hijo reconoce á su hermana como legítima y como tal la admite á participar de la herencia materna. Después de la muerte de aquél sus herederos niegan el estado de la hermana. Se les opone el reconocimiento del padre de ésta. La Corte de Casación hizo á un lado este fin de no recibir por motivo de que «las convencienes privadas nada pueden en objetos del orden público.» En vano se objetaba que los herederos no podían tener más derechos que su autor. Sin duda que ellos no hubieran podido combatir la partición por el difunto consentida; pero apesar del reconocimiento de éste el hermano habría podido poner á discusión el estado de su hermana y, por lo mismo, sus herederos tenían el mismo derecho. (1) Así lo resolvió la Corte de Orleáns en un caso en que se invocaba á favor de un hijo adulterino el acta de partición á la que había concurrido como hijo legítimo; la sentencia mantuvo la partición, pero anuló el reconocimiento. En este debate sostúvose que los dos hechos jurídicos eran indivisibles; que el hijo no había sido admitido á la participación sino en calidad de hijo legítimo; que si por la secuela de la acción el hijo era declarado adulterino el acta de participación debía también anularse. La Corte rechazó esta indivisibilidad imaginaria: nada es tan distinto como el estado, derecho moral

1 Sentencia de Bourges de 15 de Mayo de 1809 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 461).

y las sucesiones á las cuales es uno llamado en virtud de su estado. (1)

La jurisprudencia de la Corte de Casación es contraria á nuestra opinión; citaremos la sentencia más reciente. Ordinariamente se dice que la Corte de Casación pasa por encima de las pasiones que se agitan ante los tribunales destinados á juzgar las cuestiones de hecho. Nada de esto, y es imposible que así sea El magistrado jamás logra abstraerse, como los autores que manejan los principios á guisa de fórmulas matemáticas; necesariamente tiene que experimentar la influencia de los hechos. Ahora bien, en las contiendas de estado los hechos casi son siempre favorables al hijo cuyo estado se halla atacado por motivos de interés, aun cuando los mismos que lo disputan lo hayan reconocido en otro tiempo. En el caso juzgado en 1849 por la Corte Suprema un favor extraordinario alegaba en pró del hijo cuyos hermanos disputaban la legitimidad. La madre, casada con un emigrado, fué salvada del cadalso por el hombre á quien ella se entregó y con quien después se casó. El hijo nacido de este comercio, adulterino, es cierto, fué siempre reconocido como legítimo por sus hermanos y hermanas nacidas en el seno del matrimonio; y ¡cómo habrían pensado en discutir la legitimidad de quien era su bienhechor y á quien debían su fortuna! No obstante, acabaron por combatir el estado del bastardo adulterino. La Corte de Aix los rechazó y la Corte de Casación sostuvo la sentencia. (2) Apenas si nos atrevemos á levantar la voz contra tales decisiones. Pero nuestro trabajo no tiene más

1 Sentencia de Orleáns de 6 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 387 3.°)

2 Sentencia de 28 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1850, 1, 113). Hay otras sentencias en el mismo sentido, pronunciadas por la Corte de Casación y por algunas cortes de apelación. Véase la nota de Dalloz, *Colección periódica*, 1850, 1, p. 113; y Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Paternidad*, núm. 388.

objeto que mantener los principios en todo su rigor. En este terreno nada tan débil como la jurisprudencia de la Corte de Casación. Descansa en la distinción que Troplong enseña. La Corte enseña que nadie puede abandonar un estado que á la ley debe mientras que el orden público esté interesado en imponer silencio á los herederos que, por un interés pecuniario, quieren combatir una legitimidad voluntariamente reconocida y con conocimiento de causa. La Corte infiere de allí que el reconocimiento extiende sus efectos al estado civil del hijo tanto como á los derechos que son su atributo y consecuencia. ¡De modo que el estado de las personas cambiaría de naturaleza según que se reclame ó que se combata! ¡Ese estado está fuera del comercio cuando el hijo es el que lo reclama y es materia de comercio cuando se le disputa! ¡Luego un solo y mismo derecho estaría á la vez en el comercio y fuera de él! Nos parece que el error es palpable.

485. ¿Es imprescriptible la acción de denegación? Si se admitiese la doctrina de la Corte de Casación que acabamos de combatir habría que decidir que la acción es prescriptible; en efecto, si puede renunciarse ó discutir el estado también puede renunciarse á ello no promoviendo. Desde el momento en que el estado puede ser objeto de convenciones, de transacciones, puede también adquirirse por medio de la prescripción. Sin embargo, todos los autores enseñan lo contrario, y con razón. El estado nunca está en el comercio, así es que no puede adquirirse ni perderse por la prescripción. Cierto es que el Código Civil declara únicamente imprescriptible la acción de reclamación de estado, de donde podría inferirse que la acción de denegación es prescriptible. Pero este razonamiento, basado en el silencio de la ley, debe rechazarse porque está en oposición con los principios. Aquí se ve cómo la argumentación llamada *a*

contrario, es mala. Si la ley declara imprescriptible la reclamación de estado y si no dice lo mismo de la denegación de estado es porque para la reclamación había que hacer una distinción entre el hijo y sus herederos, mientras que para la denegación no hay diferencia que establecer en el sentido de que siempre se dirige al hijo, porque se trata de discutir el estado considerado como derecho moral y sólo el hijo posee un estado propiamente dicho. La ley no tenía necesidad de agregar que la acción de denegación es imprescriptible; esto resulta suficientemente del principio de que el estado está fuera del comercio. (1)

Hay, á este respecto, una diferencia entre la acción de denegación de estado y la acción de desconocimiento. Esta debe intentarse en un plazo muy breve. En el número 444 hemos dado la razón. Este plazo es más bien una confesión que una prescripción en el sentido de que el marido no desconoce inmediatamente al hijo por el mismo hecho, lo reconoce como legítimo, y habiéndolo reconocido se concibe que no se le admita á desconocerlo.

La jurisprudencia está conforme con la doctrina. Se ha fallado que la disposición del art. 322 que declara que no se puede combatir el estado de aquel que tiene una posesión conforme á su título de nacimiento no impide que se combata la legitimidad probando que no ha habido matrimonio, es imprescriptible. En efecto, el art. 322, como ya lo hemos dicho (núm. 413), sólo se refiere á la filiación y supone que el matrimonio consta, supuesto que únicamente los hijos que nacen de padres casados son los que pueden invocar la posesión de estado y el acta de nacimiento como prueba de su filiación. Así, pues, puede siempre sostenerse que no hay matrimonio, y esta acción es imprescriptible. No hay un texto que lo diga, pero no era nece-

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. V, p. 304, núm 328.

sario. Así como lo expresa la Corte de Agén no siendo materia de comercio del estado de los hombres no podria adquirirse ni perderse por la prescripción. (1)

No es necesario decir que los derechos pecuniarios, talas como los de sucesión, pueden tanto adquirise como perderse por la prescripción. La acción de petición de herencia prescribe en treinta años; después de este plazo se puede combatir el estado del hijo que ha recogido la sucesión, pero aun cuando se admita la acción conservará los bienes que por prescripción ha adquirido.

486. Los arts. 326 y 327, que norman la competencia en materia de reclamación de estado ¿son aplicables á la acción por la cual se combate el estado del hijo? Sí, y sin duda alguna. Cierto es que el art. 326 no habla más que de le reclamación de estado, pero el 327 emplea la expresión general de *cuestiones de estado*. Por otra parte, las dos acciones se confunden en realidad. Si el hijo reclama un estado es porque hay alguno que se lo disputa; y si se le disputa se defendería reclamándolo. Y, por lo mismo, la competencia debe ser la misma para la denegación y para la reclamación de estado. Esto no da lugar á duda alguna.

§ III.—De la cosa juzgada en materia de estado.

487. Hay cosa juzgada, según los términos del art. 1351, cuando lo que se demanda en la segunda instancia es lo mismo que lo que se resolvió en el primer proceso, y cuando la demanda se funda en la misma causa y se formula entre las mismas partes. Estos principios se aplican á los juicios emitidos en materia de estado. Pero hay alguna dificultad acerca del punto de saber cuándo es la misma cosa demandada. Veamos un caso que se ha presentado ante la Corte de Casación. Algunos colaterales persiguen el abandono de los bienes de los cuales se había apoderado el hijo del difunto, según ellos bajo la falsa calidad de hijo legítimo cuando el padre había fallecido célibe. Juicio por defecto, que decide que el hijo es legítimo del difunto y que con tal calidad es su único heredero. Este juicio no es atacado. Cinco años más tarde los mismos colaterales formulan una nueva demanda que tiende á que se prohiba al hijo que en lo sucesivo tome el nombre y la calidad de hijo legítimo del difunto. El tribunal declara su demanda inadmisible, fundándose en la cosa juzgada. En virtud de la apelación la Corte de París desecha la excepción de cosa juzgada en atención á que el primer fallo no había resuelto sino sobre la reclamación de identidad y no sobre el estado del hijo. La sentencia fué anulada por violación del art. 1351 acerca de la autoridad de cosa juzgada. (1) Aparentemente la Corte de París tenía razón. Los colaterales habían pedido el abandono de los bienes, no habían combatido la legitimidad. Pero la cuestión de estado forzosamente fué planteada ante el tribunal, puesto que no habría podido pronunciarse el abandono sino cuando el hijo hubiese sido declarado ilegítimo; así es que el tribunal comenzó por resolver la cuestión de legitimidad. Y una vez declarado legítimo el hijo tenía él, en verdad, el derecho de tomar el nombre y la calidad de su padre. Luego la nueva demanda estaba ya resuelta por el primer fallo.

Resulta de aquí una consecuencia muy importante y es que una vez resuelta la cuestión de estado hay cosa juzgada no sólo en cuanto al estado sino también respecto á

1 Sentencia de la Corte de Agén de 19 de Enero de 1864 Dalloz, 1865, 2, 16.

1 Sentencia de casación de 15 de Junio de 1818 (Dalloz, en la palabra *Prternidad*, núm. 390).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sario. Así como lo expresa la Corte de Agén no siendo materia de comercio del estado de los hombres no podria adquirirse ni perderse por la prescripción. (1)

No es necesario decir que los derechos pecuniarios, talas como los de sucesión, pueden tanto adquirise como perderse por la prescripción. La acción de petición de herencia prescribe en treinta años; después de este plazo se puede combatir el estado del hijo que ha recogido la sucesión, pero aun cuando se admita la acción conservará los bienes que por prescripción ha adquirido.

486. Los arts. 326 y 327, que norman la competencia en materia de reclamación de estado ¿son aplicables á la acción por la cual se combate el estado del hijo? Sí, y sin duda alguna. Cierto es que el art. 326 no habla más que de le reclamación de estado, pero el 327 emplea la expresión general de *cuestiones de estado*. Por otra parte, las dos acciones se confunden en realidad. Si el hijo reclama un estado es porque hay alguno que se lo disputa; y si se le disputa se defendería reclamándolo. Y, por lo mismo, la competencia debe ser la misma para la denegación y para la reclamación de estado. Esto no da lugar á duda alguna.

§ III.—De la cosa juzgada en materia de estado.

487. Hay cosa juzgada, según los términos del art. 1351, cuando lo que se demanda en la segunda instancia es lo mismo que lo que se resolvió en el primer proceso, y cuando la demanda se funda en la misma causa y se formula entre las mismas partes. Estos principios se aplican á los juicios emitidos en materia de estado. Pero hay alguna dificultad acerca del punto de saber cuándo es la misma cosa demandada. Veamos un caso que se ha presentado ante la Corte de Casación. Algunos colaterales persiguen el abandono de los bienes de los cuales se había apoderado el hijo del difunto, según ellos bajo la falsa calidad de hijo legítimo cuando el padre había fallecido célibe. Juicio por defecto, que decide que el hijo es legítimo del difunto y que con tal calidad es su único heredero. Este juicio no es atacado. Cinco años más tarde los mismos colaterales formulan una nueva demanda que tiende á que se prohiba al hijo que en lo sucesivo tome el nombre y la calidad de hijo legítimo del difunto. El tribunal declara su demanda inadmisible, fundándose en la cosa juzgada. En virtud de la apelación la Corte de París desecha la excepción de cosa juzgada en atención á que el primer fallo no había resuelto sino sobre la reclamación de identidad y no sobre el estado del hijo. La sentencia fué anulada por violación del art. 1351 acerca de la autoridad de cosa juzgada. (1) Aparentemente la Corte de París tenía razón. Los colaterales habían pedido el abandono de los bienes, no habían combatido la legitimidad. Pero la cuestión de estado forzosamente fué planteada ante el tribunal, puesto que no habría podido pronunciarse el abandono sino cuando el hijo hubiese sido declarado ilegítimo; así es que el tribunal comenzó por resolver la cuestión de legitimidad. Y una vez declarado legítimo el hijo tenía él, en verdad, el derecho de tomar el nombre y la calidad de su padre. Luego la nueva demanda estaba ya resuelta por el primer fallo.

Resulta de aquí una consecuencia muy importante y es que una vez resuelta la cuestión de estado hay cosa juzgada no sólo en cuanto al estado sino también respecto á

1 Sentencia de la Corte de Agén de 19 de Enero de 1864 Dalloz, 1865, 2, 16.

1 Sentencia de casación de 15 de Junio de 1818 (Dalloz, en la palabra *Prternidad*, núm. 390).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

todos los derechos que derivan del estado. Esto es muy lógico. Porque si el hijo podía reclamar las sucesiones que vienen á abrirse después que un primer fallo lo hubiese declarado ilegítimo el segundo fallo estaría en oposición con el primero, suponiendo que admitiese la petición de herencia; en efecto, no podría admitirla sino declarando legítimo al hijo, siendo así que el primer fallo lo declaró ilegítimo. Ahora bien, precisamente esta contradicción de resoluciones judiciales es lo que el legislador ha querido evitar estableciendo la excepción de cosa juzgada. Esto está también fundado en la razón; así como lo expresa la Corte de París en una causa célebre (1) los intereses diversos y sucesivos que se fundan en una cuestión de estado no pueden autorizar á que esta acción se vuelva á presentar indefinidamente ante la justicia; cuando ha sido discutida y resuelta respecto al nombre de familia esta cuestión no puede ser propuesta de nuevo respecto á los derechos hereditarios ó respecto á otro interés cualquiera que pudiese sobrevenir; en efecto, esto equivaldría á eternizar los debates sobre las cuestiones las más irritantes, siendo así que la ley quiere ponerles coto proclamando el principio de que la cosa juzgada es la expresión de la verdad.

488. Supuesto que la cosa juzgada en materia de estado descansa en los mismos principios que la cosa juzgada en general hay que aplicar también estos principios en cuanto á los efectos que aquélla produce. La cuestión, no obstante, está muy controvertida. Trátase de saber si los juicios pronunciados en materia de estado tienen únicamente efecto respecto á los que son partes en la causa ó si lo tienen respecto á todos. La respuesta la hallamos en el texto del art. 1351: la autoridad de la cosa juzgada sólo tiene lugar

1 Sentencia de 1° de Julio de 1861, negocio de la Sra. Elisa Pátterson y Gerónimo Bonaparte (Dalloz, 1861, 2, 148).

entre las partes. ¿Hay una excepción á esta regla general en las cuestiones de estado? Una excepción exige un texto y sólo el legislador puede crear excepciones á los principios que él mismo ha establecido. La dificultad se reduce, pues, á saber si hay una excepción al art. 1351 en nuestro Código Civil. Sólo una disposición existe que prevea el caso de un fallo pronunciado en materia de estado, y esta única disposición aplica la regla general sobre los efectos de la cosa juzgada: es el art. 100 el que establece: «El juicio de rectificación no podrá, en tiempo ninguno, oponerse á las partes interesadas que no lo hubiesen requerido ó que no hubiesen sido citadas.» Esto es decisivo, á nuestro juicio.

Se objeta que la doctrina admite una excepción á los efectos de la cosa juzgada en materia de estado, por más que dicha excepción no se halle consagrada por ningún texto. Nosotros hemos enseñado, con todo el mundo, que el fallo rendido acerca del desconocimiento del marido es de ley para toda la familia. ¿Por qué se admite esa excepción aunque no esté escrita en la ley? Es, se dice, una aplicación del principio de que los fallos pronunciados con el *contradictor legítimo* tienen efectos respecto á todas las partes interesadas. Ahora bien, este principio debe aplicarse no sólo al desconocimiento sino á todas las cuestiones de estado.

La teoría del *contradictor legítimo* viene del antiguo derecho; Argentré la profesaba, pero siempre ha seguido siendo incierta; nunca se ha logrado determinar con precisión á quién se reputa como *contradictor legítimo* en materia de estado. D'Argentré dice que es el que tiene el *primitivo y principal interés*. Toullier, gran partidario de esta doctrina, confiesa que ésta es un poco vaga. (1)

1 Toullier, t. X, núm. 219. D'Argentré, *Dictamen sobre las particiones de los nobles*, cuestión 29, núm. 7.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pero, vaga ó no, trátase de saber si el Código Napoleón ha mantenido la antigua doctrina. Si fuese un principio que emanace de la autoridad de la cosa juzgada se podría admitirlo por más que no esté formulado en nuestros textos. Pero los mismos autores que enseñan esta opinión dicen que esto es una excepción á los principios. (1) Esto decide ya á medias la cuestión. Introducir una excepción en la ley equivale á hacerla y, por lo mismo, pasarse de los límites señalados á la misión y al poder del intérprete. En este caso es cierto que los intérpretes hacen la ley, y para convencerse basta leer las condiciones que ellos exigen para que el fallo se repute pronunciado contra el contradictor legítimo. En primer lugar se necesita que se halla pronunciado con un contradictor legítimo; y ni la palabra ni la idea se encuentran en el Código Civil. ¿Quién nos dirá, pues, qué cosa es el *contradictor legítimo*? Los autores, cuando el legislador solo tendría el derecho de hablar. Segunda condición: el fallo no debe ser por defecto. Esta es una nueva denegación del derecho común, una nueva excepción á una excepción sin ningún texto. Tercera condición: no debe haber colusión entre las partes del litigio. Y preguntamos: ¿quién autoriza á los intérpretes á prescribir tales condiciones? ¿No es esto una función del legislador?

Se invocan algunas leyes romanas. Aun cuando hubiesen consagrado la teoría del *legítimo contradictor* no tendrían autoridad, supuesto que están abrogadas con todo el antiguo derecho, á menos que se demuestre que la voluntad del legislador fué la de mantenerlas. Pero Merlín ha probado que los antiguos jurisconsultos interpretaron mal los textos que citan, (2) y Savigny está de acuerdo. (3)

1 Toullier, t. X, núm. 216. Bonnier, *De las pruebas*, núm. 703.
2 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Cuestión de estado*, pfo. III, art. 1°, núm. 3, t. XXVI, p. 264.
3 Savigny, *Tratado de derecho romano*, t, VI, ps. 478 y siguientes, (traducción de Guenoux).

Las leyes romanas aplican los principios sobre la cosa juzgada á las cuestiones de estado. Ellas admiten únicamente dos excepciones. Una de ellas es concerniente al desconocimiento. Los autores del Código Napoleón la han consagrado implícitamente dando al marido solo el derecho de desconocer al hijo, de donde se infiere que lo que ha sido juzgado con el marido hace ley para todos. Pero cuando se trata de una acción diferente del desconocimiento toda parte interesada puede controvertir y, por lo mismo, no hay motivo para extender á estas acciones lo que para el desconocimiento se admite; por el contrario, debe decirse que cada cual tiene el derecho de hacer valer su interés; que, en consecuencia, cada cual no representa más que á sí mismo, lo que es decisivo en materia de cosa juzgada.

Nuestra conclusión es que la doctrina del *contradictor legítimo* es extraña al derecho romano, extraña al Código Civil. Nosotros añadimos que el legislador francés ha hecho muy bien en no reproducir la teoría de los antiguos intérpretes, porque tal teoría es falsa. Ella es falsa bajo el punto de vista de los principios que rigen la cosa juzgada, y lo es bajo el punto de vista del estado de las personas. Si la cosa juzgada es la expresión de la verdad es porque aquellos á cuyo respecto tiene efecto el fallo han sido escuchados, han hecho valer sus derechos ó, por lo menos, se han visto representados por los que son partes en el litigio. La cuestión se reduce á saber si en materia de estado un solo miembro de la familia tiene calidad para representar á la familia entera. ¿De quién tendrían los pretendidos *contradictores legítimos* este poder? ¿De la ley? Esta enmudece y su silencio es suficiente para rechazar tales pretensiones. ¿De la Naturaleza? Está da á cada hombre un derecho individual, derecho que debe á la sangre, derecho que no puede transmitir ni comunicar; de donde se sigue que cada

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cual no representa más que á sí mismo y ninguna facultad tiene para representar á la familia. (1)

Se ha hecho una objeción contra la doctrina de Merlin que acabamos de resumir. El estado, se dice es indivisible, nadie puede ser á la vez legítimo é ilegítimo; sin embargo, resultará de los efectos de la cosa juzgada, si se aplican al estado, que el mismo individuo será legítimo respecto á tal ó cual miembro de la familia ó ilegítimo respecto á otro. Sin duda que el estado es indivisible; lo es cuando no cabe incertidumbre ni debate sobre la legitimidad de quien lo posee y ejercita los derechos que la ley liga con aquél. Pero desde el momento en que hay debate el estado se fundará en un fallo, y si de la esencia de los fallos es que sean la expresión de la verdad no lo son, sin embargo, sino entre las partes en el litigio. Y, por lo mismo, el estado no existe sino respecto á los que han figurado en el litigio. En esto no hay nada especial á las cuestiones de estado; este es un principio general. La verdad, ciertamente, que es indivisible, porque es absoluta en esencia; lo que no impide que se divida cuando resulta de un juicio. Es inútil que por más tiempo nos detengamos en esta objeción, supuesto que los autores mismos del Código Civil la han rechazado resolviendo que el juicio de rectificación de una acta del estado civil no puede oponerse á los que no han sido parte en el litigio.

489. En la aplicación del principio los partidarios de ambas opiniones se hallan á veces de acuerdo; lo más amenudo se dividen. Así todos advierten que el fallo que declara á un individuo hijo legítimo de una mujer casada no

1 Tal es la doctrina de Merlín, *Répertorio*, en la palabra *Cuestión de estado*, pfo. III, art. I, núms. 2–11, y art. 2, núms. 2–5, seguido por Zachariae y Demolombe; la mayor parte de los autores adoptan la opinión contraria (Véase Zachariae, pfo 547 *bis*, t. III, p. 607, nota 23. Demolombe, t. V, ps. 285 y siguientes, núms, 307 y siguientes, y Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 271).

puede oponerse el marido de esta mujer si él no ha sido parte en un litigio. No pasa lo mismo cuando el hijo intenta una acción de reclamación de estado contra uno de sus padres y que pierde el pleito. Una sentencia de la Corte de Casación ha admitido la cosa juzgada en el siguiente caso. El hijo promueve reclamación contra su padre después del fallecimiento de su madre y pierde el pleito. Más tarde, habiendo fallecido uno de los hijos del matrimonio, aquél renovó su demanda presentándose á la partición de la herencia recogida por el padre y la hermana del difunto. El Tribunal y la Corte de Burdeos hicieron á un lado la acción de aquél por la excepción de la cosa juzgada. La Corte se funda en la indivisibilidad del estado é invoca la teoría del *contradictor legítimo*. Al recurso de casación interviene una sentencia de denegación. Pero la Corte no motivó su resolución sobre la indivisibilidad del estado ni sobre la doctrina del legítimo contradictor. La sentencia comienza por establecer como principio que el hijo que reclama su estado sin tener título ni posesión debe establecer la maternidad de la mujer y la paternidad del marido. Esto es ya desde luego inexacto; el hijo jamás puede probar la paternidad, supuesto que la presunción del art. 312 le hace veces de prueba. De esto la sentencia deduce que es absolutamente inadmisible que el hijo que á una reclamación de esta naturaleza no ha puesto esa causa más que al marido se haya por esto mismo reservado la facultad de reproducirla contra la mujer ó los hijos; sin entrar en el debate de la indivisibilidad y del contradictor legítimo, dice la Corte, no puede volverse jurídica sino por el hecho de aquel mismo que reclama la *doble filiación*, la cual puede ella sola terminar en la legitimidad; la cuestión puede dividirse de tal suerte que el hijo siga siendo admitido á llamarse el hijo del matrimonio después de haberse juz-

gado entre él y uno de los cónyuges que él no era hijo de uno de éstos. Nadie, continúa la sentencia, puede ser autorizado á declinar las consecuencias necesarias de lá situación que él ha creado: proceder contra el marido solo es bl...ptar anticipadamente como definitiva y absoluta la reso...ción que se trata de intervenir.

Aquí tenemos una nueva teoría que funda la indivisibilidad en el hecho de que el hijo intente su acción de reclamación contra uno solo de los cónyuges. Esta teoría nos parece aún menos admisible que la antigua. La autoridad de la cosa juzgada se basa en la identidad de las personas que han sido partes en la causa y de aquellas á quienes se opone el fallo.

En el caso que nos ocupa esta identidad no existía, al menos para el hijo nacido del matrimonio, la hermana del reclamante. Esta no había figurado en la causa, luego no podía invocar el beneficio del juicio. Respecto al padre se había resuelto que el reclamante no era su hijo; pero esto no se había resuelto respecto á la madre y á sus hijos, siendo así que se trataba de una sucesión materna. La Corte admite, pues, una excepción á la cosa juzgada y busca la razón de esta excepción en el hecho del reclamante. ¿Y del hecho del acto depende la autoridad de la cosa juzgada? ¿Puede él de su propia cuenta hacer que el beneficio del fallo aproveche á personas que no han figurado en la causa? Trátase de saber si el fallo es la verdad; en vano el actor declararía que el fallo por intervenir sea la verdad en provecho de todos; si se ha fallado contra él esta declaración es inoperante. El no podría hacerla en perjuicio de terceros y tampoco puede hacerla en su beneficio.

La sentencia añade que la acción del hijo que después de haber perdido en su reclamación contra su padre la renueve contra su madre ó sus herederos sería la investigación de una maternidad adulterina. Este punto es dudoso. La jurisprudencia admite que no es de recibirse la acción del hijo cuando tenga por resultado comprobar una filiación adulterina. (1) El hijo pide que se le reconozca como hijo legítimo de su madre; puede hacerlo porque el juicio interpuesto con el marido no tiene ningún efecto respecto á la mujer. El derecho del hijo queda, pues, íntegro. ¿Pero el ejercicio de este derecho no vendrá á parar necesariamente en una filiación adulterina? Nó, únicamente cuando el segundo juicio declare al actor hijo de la mujer es cuando el marido podrá oponerle el fallo que declare que el hijo no es suyo. Habrá dos fallos que reunidos establecerán que el hijo nacido de la mujer no tiene por padre al marido de su madre; será, pues, adulterino, pero no de una manera absoluta, supuesto que el fallo pronunciado con el padre no tiene efecto sino á su respecto. En definitiva creemos nosotros que la acción del hijo no debería ser apartada sino cuando los hechos que él invoca probasen á la vez que es hijo de tal mujer y que no es hijo del marido de aquélla. No puede hacerse á un lado la acción cuando esa prueba resulta de un fallo pasado con el padre solo.

490. ¿El fallo pasado con padre y madre forma cosa juzgada respecto á los hijos? Hay que distinguir, porque los hijos tienen una doble calidad: son herederos y son miembros de la familia á la cual pertenecen por la sangre. Como herederos están necesariamente representados por el padre en los juicios en que éste ha sido parte, porque no tienen más derecho á la herencia del padre que el que tienen del difunto como sucesores universales; luego si se ha declarado á un hijo legítimo del difunto los herederos deben aceptarlo á la sucesión de su padre. Pero en cuanto á los demás derechos que les corresponden como miem-

1 Véase el tomo IV de estos *Principios*, núms. 150-152.

bros de la familia ya no están representados por el padre sino que tienen un derecho propio; esto fué lo que la Corte de Casación resolvió en términos formales: «Los hijos, dice ella adquieren al nacer de un matrimonio legítimo derechos propios y personales que no deben confundirse con los que pueden corresponderles como herederos en la sucesión de sus autores; respecto á estos últimos derechos los hijos están obligados á cumplir todos los compromisos de sus autores y, en consecuencia, se hallan ligados por los fallos en que éstos intervinieren. Pero de otro modo pasan las cosas respecto á los derechos adquiridos á los hijos por el derecho sólo de su nacimiento en matrimonio legítimo; en cuanto á estos derechos sus autores no pueden obligarlos ni representarlos en las substancias en que estos hijos no han sido citados personalmente.» (1) El caso era que había un hijo originario de un matrimonio legítimo: otro hijo nacido fuera del matrimonio consigue contra el padre un fallo que lo declara legítimo, como nacido de un pretendido matrimonio de su padre con otra mujer. Este fallo tiene contra el hijo nacido del primer lecho la autoridad de la cosa juzgada en cuanto á la sucesión del padre, pero no relativamente al nombre y al parentesco, ni, en consecuencia, en cuanto á las sucesionea que llegaran á abrirse después de la muerte del padre. (2)

¿No debe distinguirse en la aplicación de estos principios á los hijos nacidos antes del fallo y los que nacen después que éste se pronunció? Merlín hace esta distinción y resuelve que los miembros de una familia que no habían nacido todavía en el momento en que se pronunció contra los autores de sus días un fallo pasado en fuerza de cosa

1 Sentencia de Casación de 9 de Mayo de 1821 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 273).
2 Demolombe, t. V, ps 296 y siguientes, núm. 231.

juzgada, el cual ha hecho entrar á esta familia un extraño, no pueden retornar contra dicho fallo, porque no pueden, conforme á su nacimiento, pretender exclusivamente á derechos de familia que antes de su nacimiento estaban admitidos por otros. (1)

¿Y esta resolución se halla en harmonía con el rigor de los principios? Sin duda que el hijo que ha obtenido un fallo por el cual se le declara legítimo tiene adquirido un derecho á la legitimidad, pero ¿contra quién? Contra el padre, y solamente contra el padre, supuesto que él solo figuraba en la causa. ¿Con qué título este fallo había de tener efecto contra los hijos que nacen posteriormente? No había más que un sólo motivo para resolverlo así, y es si el padre representase á sus hijos. El no representa á los que están nacidos: ¿por qué? Porque ellos deben su derecho á su sangre. ¿Y acaso los hijos que están por nacer no tienen la misma sangre? ¿Qué no todos los hijos son de la misma estirpe? ¿El derecho que á la raza deben puede modificarse por un juicio en el cual no han sido partes?

Cierto es que en el derecho antiguo d'Argentré resolvió que si un fallo declaraba que el padre no era noble los hijos nacidos antes del juicio no estaban ligados por la sentencia del juez, mientras que ésta podía oponerse á los hijos nacidos posteriormente. (2) Los nobles habrían podido reclamar contra esta decisión; bajo el punto de vista de sus preocupaciones tienen ellos la nobleza por raza y, ¿el juicio puede cambiar la sangre? Comprendemos nosotros que la opinión de los jurisconsultos sea diferente. La nobleza es un beneficio de la ley; luego el juez puede declarar que tal persona jamás ha disfrutado de ese beneficio y, por consi-

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Cuestión de Estado*, pfo. III, art. 2, núm. 3. (t XXVI, 281).
2 D'Argentré, *Dictamen sobre las particiones de los nobles*, capítulo XXXIX, núm. 6.

guiente, los hijos que de él nazcan después del fallo no serán nobles. Sin embargo, nosotros preferiríamos la opinión contraria. El fallo jamás despoja de un derecho ni hace más que declarar que este derecho no ha existido, y esta declaración no forma cosa juzgada sino respecto á los que han sido partes en la causa.

491. Un hijo nace durante la ausencia del marido de su madre; sus parientes paternos lo desconocen, mientras que los maternos lo reconocen como legítimo. El desconocimiento se acepta por un fallo que adquiere fuerza de cosa juzgada. Más tarde los parientes maternos disputan también la legitimidad del hijo y sostienen que nació después de la muerte del padre. La Corte de Angérs rechaza la demanda de éstos fundándose en el reconocimiento que habían hecho de la legitimidad del hijo; en el fondo decidió que ellos no probaban la muerte del marido. Recurso de casación. Los demandantes sostienen que la Corte ha violado la autoridad de la cosa juzgada habiéndose pronunciado el fallo con los contradictores legítimos del hijo. Este recurso no fué admitido. Sin explicarse en términos formales sobre la teoría del contradictor legítimo la Corte de Casación resolvió que el fallo dado en provecho de los parientes por la línea paterna no tenía la autoridad de la cosa juzgada en provecho de los parientes de la línea materna que no habían sido partes en aquel juicio. (1)

492. Por aplicación de los mismos principios debe resolverse que el fallo pronunciado sobre una reclamación de estado con algunos miembros de la familia ningún efecto tiene respecto a los parientes que en él no han figurado, aun cuando los dos cónyuges de quienes el hijo pretende ser oriundo hayan sido partes en el litigio. En esta hipótesis es sobre todo como se sostiene que los cónyuges son contradictores legítimos del hijo, y lo que con ellos se ha fallado lo ha sido con toda la familia. Esto sería cierto si los cónyuges tuviesen solos el derecho de combatir la legitimidad del hijo, así como el marido es el único que tiene derecho á desconocerlo. Pero ese derecho corresponde á toda parte interesada; luego todo pariente tiene un derecho que le es particular, derecho que puede sostener en justicia y del que no se le puede privar por razón de que otros parientes hayan usado de su derecho, aun cuando fuesen los cónyuges de los que el reclamante se clama hijo.

A primera vista el derecho parece estar en este punto en oposición con el buen sentido. Recordemos que el estado del hijo puede ser combatido si él no tiene la doble prueba de la posesión y del título. Luego puede serlo cuando el hijo tiene en su favor la posesión. Ahora bien, la posesión se ha considerado siempre como la más fuerte de las pruebas. Si apesar de la posesión el estado del hijo puede ser combatido hay que admitir con mayor razón la contienda cuando el hijo tiene en su favor un fallo. Es cierto que éste es la expresión de la verdad. Pero esto es una ficción; por esto es que la ley cuida de circunscribir los efectos dentro de estrechos límites. Con motivo de que una persona ha sido parte en el litigio es por lo que puede oponérsele el fallo pronunciado después de que ante todas las jurisdicciones ha hecho valer sus derechos ó sus pretensiones. Por esto mismo sería inicuo dar efecto al fallo respecto á aquellos que no han figurado en el litigio. Sin duda que hay inconvenientes en que el estado de la misma persona pueda ser objeto de numerosas contiendas si no han figurado en la causa todas las partes interesadas; pero tales inconvenientes se deben á la naturaleza de los juicios; más vale aceptarlos que dar efecto á los fallos res-

1 Sentencia de 28 de Junio de 1824 [Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 276].

pecto á aquellos que no han sido partes en el litigio; esto sería más que un inconveniente, sería una injusticia. (1)

493. Zachariæ admite una excepción á los principios que rigen la cosa juzgada: él enseña que los miembros de la familia que no habian nacido cuando el fallo se pronunció están en él representados por la totalidad de los miembros actualmente existentes. Nosotros hemos encontrado ya esta doctrina en otro caso y la hemos combatido (núm. 490). Creemos que está en contradicción con los principios rigurosos de la cosa juzgada. Esa pretendida representación en nada se funda. Los hijos que nacen después del fallo están representados por sus autores en su calidad de herederos; es decir, en cuanto á los derechos pecuniarios que han sido objeto del litigio; pero no han sido representados, y ni pueden serlo en cuanto á los derechos de familia que deben á la sangre y á la raza. Ellos, ciertamente, que tendrían derecho para combatir la legitimidad de un individuo que invocase la posesión de estado. Con mayor razón deben tener derecho para combatir las pretensiones de quien les opone un fallo. (2)

FIN DEL TOMO TERCERO.

1 Zachariæ, t. III, p. 668. y nota 26. Merlín, *Repertorio* en la palabra, *Cuestión de Estado*, pfo. III, art. 3.°, núm. 4, t. 62, p. 283.
2 Tal es la observación de Valette, acerca de Proudhón, t. II, página 113.

INDICE DE LAS MATERIAS

CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

TITULO V.

DEL MATRIMONIO *(Continuación)*.

CAPITULO IV.—NULIDAD DEL MATRIMONIO.

(Continuación).

SECCION V.—DE LA PRUEBA DEL MATRIMONIO.

§ 1.° *Del acta de celebración.*

Págs.
1 En principio el matrimonio no puede probarse sino por una acta de celebracion y no por la posesión de estado... 3
2-3 Sentido en el cual este principio es aplicable á tercero.. 5-6
4 El acta de celebracion es requisito únicamente para la prueba del matrimonio..... 7
5 Distincion entre las formalidades necesarias para la existencia ó la validez del matrimonio y las formas prescriptas para el acta de celebracion..... 8
6-7 La posesion de estado cubre los vicios del acta..... 11-15

§ 2.° *De la posesión de estado.*

8 Por qué la ley permite á los hijos que se prevalgan de la posesion de estado..... 17

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pecto á aquellos que no han sido partes en el litigio; esto sería más que un inconveniente, sería una injusticia. (1)

493. Zachariæ admite una excepción á los principios que rigen la cosa juzgada: él enseña que los miembros de la familia que no habian nacido cuando el fallo se pronunció están en él representados por la totalidad de los miembros actualmente existentes. Nosotros hemos encontrado ya esta doctrina en otro caso y la hemos combatido (núm. 490). Creemos que está en contradicción con los principios rigurosos de la cosa juzgada. Esa pretendida representación en nada se funda. Los hijos que nacen después del fallo están representados por sus autores en su calidad de herederos; es decir, en cuanto á los derechos pecuniarios que han sido objeto del litigio; pero no han sido representados, y ni pueden serlo en cuanto á los derechos de familia que deben á la sangre y á la raza. Ellos, ciertamente, que tendrían derecho para combatir la legitimidad de un individuo que invocase la posesión de estado. Con mayor razón deben tener derecho para combatir las pretensiones de quien les opone un fallo. (2)

FIN DEL TOMO TERCERO.

1 Zachariæ, t. III, p. 668. y nota 26. Merlín, *Repertorio* en la palabra, *Cuestión de Estado*, pfo. III, art. 3.°, núm. 4, t. 62, p. 283.
2 Tal es la observación de Valette, acerca de Proudhón, t. II, página 113.

INDICE DE LAS MATERIAS

CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

TITULO V.

DEL MATRIMONIO *(Continuación)*.

CAPITULO IV.—NULIDAD DEL MATRIMONIO.

(Continuación).

SECCION V.—DE LA PRUEBA DEL MATRIMONIO.

§ 1.° *Del acta de celebración.*

Págs.
1 En principio el matrimonio no puede probarse sino por una acta de celebracion y no por la posesión de estado... 3
2-3 Sentido en el cual este principio es aplicable á tercero.. 5-6
4 El acta de celebracion es requisito únicamente para la prueba del matrimonio..... 7
5 Distincion entre las formalidades necesarias para la existencia ó la validez del matrimonio y las formas prescriptas para el acta de celebracion..... 8
6-7 La posesion de estado cubre los vicios del acta..... 11-15

§ 2.° *De la posesión de estado.*

8 Por qué la ley permite á los hijos que se prevalgan de la posesion de estado..... 17

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Págs.

9 Con qué condiciones? Se necesita desde luego que padre y madre hayan fallecido 18
10 Quid si están ausentes ó en estado de demencia? 19
11 Segunda condicion: doble posesion de estado 21
12 Puede el hijo probar la posesion de estado por el acta de nacimiento? 22
13 Tercera condicion 23
14 Cuál es el efecto de la prueba rendida por el hijo? 24
15 Cual prueba puede oponerse á la que el hijo rinde? Crítica de la jurisprudencia 26

§ 3.° *De la prueba resultante de un procedimiento criminal.*

16 Principio 29
17 De la accion que corresponde al Ministerio Público 31
18 De la accion que corresponde á las partes interesadas 33
19 De la fuerza probatoria del juicio 36

SECCION VI.—DE LOS MATRIMONIOS CONTRAIDOS EN EL EXTRANJERO.

§ 1.° *Principios generales.*

20 Formas según las cuales puede celebrarse el matrimonio en el extranjero 37
21 Formalidad especial de las publicaciones en Francia 39
22 En dónde deben hacerse las publicaciones? 40
23 Es preciso que los futuros esposos tengan por lo menos seis meses de residencia en el extranjero 41
24 De las condiciones intrínsecas 42
25 Quid si las condiciones prescriptas por el art. 170 no se han observado? 42

§ II. *Sanción del art. 170.*

26 Es nulo el matrimonio cuando las condiciones prescriptas por el art. 170 no se han cumplido? 43
27–29 No hay nulidad en virtud del art. 170 45-47
30 Doctrina aceptada por la jurispradencia 50
31 Dificultad del texto 52
32 Quién puede pedir la nulidad? 52
33 Puede cubrirse la nulidad? 54

Págs.

§ 3.° *De la transcripción del acta de celebración.*

34 Debe transcribirse el acta cuando la recibe un agente diplomático? 57
35 Es fatal el plazo de tres meses? 57
36 38 Cuál es el efecto de la falta de transcripcion? 58-62

CAPITULO V.—DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

SECCION I.—DEL DEBER DE EDUCACION.

§ 1.° *De la naturaleza de la obligación.*

39 El deber de educacion se deriva de la paternidad y no del matrimonio 64
40 Incumbe á los padres naturales? 65
41 La obligacion de educacion da lugar á una accion? 68
42 Puede ser privado el padre de su poder de educacion? 72

§ 2.° *De los gastos de educación.*

43 La obligacion de educacion es solidaria é indivisible? 74
44 Cuando el hijo tiene bienes debe soportar los gastos de educacion? 77

§ 3.° *De la dote.*

45 El hijo no tiene accion contra sus padres para obtener una dote 79

SECCION II.—DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA.

§ 1.° *Principios generales.*

46 Qué se entiende por alimentos? Qué diferencia hay entre la obligacion alimenticia y el deber de educacion? 80
47 La obligacion alimenticia es una obligacion natural, pero no está sancionada sino en los casos previstos por la ley. 81
48 La deuda alimenticia es personal y no pasa á los herederos. 83
49 La deuda alimenticia es esencialmente alimenticia 86
50 Ella es de orden público. Consecuencias que de esto resultan 87
51 Estos principios no se aplican á las pensiones alimenticias constituidas sin necesidad 88

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Págs.

§ 2.° *¿Quién debe los alimentos?*

Núm. 1. De los cónyuges.

52 En principio los alimentos son ministrados en el domicilio conyugal..... 89
53 De la pension alimenticia en caso de divorcio ó de separacion de cuerpo..... 90
54–56 Se debe una pension al cónyuge separado de hecho?. 91–93
57 El marido está obligado á pagar una pension alimenticia á su mujer en todos los casos en que no cumple la obligacion prescripta por el art. 214..... 95

Núm. 2. De los parientes legítimos y de los aliados.

58–59 De los ascendientes y descendientes..... 96-97

Núm. 3. De los parientes naturales.

60 Los parientes naturales deben alimentos á sus hijos?..... 99
61 Los parientes adulterinos ó incestuosos tienen derecho á alimentos?..... 101
62 El hijo natural debe alimentos á los ascendientes de su padre y, reciprocamente, los ascendientes al hijo natural? 102
63 El padre natural debe alimentos á los descendientes legítimos de su hijo?..... 103

§ 3.° *¿De qué manera están obligados los deudores?*

Núm. 1. ¿Lo están todos concurrentemente?

64 En general se admite que están obligados sucesivamente. Objeciones contra este principio..... 104
65 Están obligados concurrentemente. Aplicaciones..... 106

Núm. 2. ¿La deuda alimenticia es solidaria ó indivisible?

66 No puede ser á la vez solidaria é indivisible..... 108
67 No es solidaria..... 109
68 No es indivisible..... 111

§ 4.° *De la acción alimenticia.*

Núm. 1. Condiciones.

69 El que reclama los alimentos debe ser menestoroso..... 115

Págs.

70 Quid si la necesidad es por su culpa?..... 115
71 Quid si tiene un capital inmueble ó si puede trabajar?..... 116
72 El actor debe probar que es menesteroso?..... 118

Núm. 2. Prestación de los alimentos.

73 El deudor debe pagar una pension alimenticia..... 119
74 Excepcion en favor del padre; se aplica al ascendiente?... 121

§ 5.° *¿Cuándo cesa la obligación alimenticia?*

75 Cesa cuando cesan las necesidades ó las facultades del que debe los alimentos. Puede intentar la accion en descargo? 122
76–78 La deuda cesa respecto á los aliados en los dos casos previstos por el art. 206..... 124–126

§ 6.° *De la repetición de los alimentos.*

79 Los alimentos pueden repetirse contra el que los ha recibido?..... 127
80 El que ha ministrado los alimentos tiene una accion contra la persona á la cual incumbe la deuda alimenticia?..... 127
81 Tiene una accion contra aquellos á quienes se han ministrado los alimentos?..... 130

CAPITULO VI.—DE LOS DERECHOS Y DE LOS DEBERES RESPECTIVOS DE LOS CÓNYUGES.

SECCION I.—DE LOS DEBERES COMUNES A AMBOS CÓNYUGES.

§ 1.° *Principios generales.*

82 Potestad marital. Principios de la desigualdad..... 133
83 Principios de la igualdad..... 135

§ 2.° *Deberes especiales.*

Núm. 1. Fidelidad, asistencia y auxilios.

84 Del deber de fidelidad. Desigualdad entre el marido y la mujer..... 137
85 De los deberes de asistencia y de auxilios..... 138

Núm. 2. Del deber de cohabitación.

86 La mujer debe habitar con su marido y seguirlo hasta el extranjero..... 139
87 Este deber está subordinado á la obligacion que incumbe al marido de recibir á su mujer..... 140
88 La obligacion del marido de recibir á su mujer es absoluta? 142

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Págs.
89 Cuál es la sancion del deber de cohabitacion? Los tribunales tienen un poder discrecional?..... 142
90 El marido puede negar los alimentos á su mujer..... 144
91 Puede tomar sus rentas?..... 144
92 Puede pedir daños y perjuicios?..... 145
93 Puede requerir la fuerza pública?..... 147
94 Puede ser obligado el marido á recibir á su mujer?..... 150

SECCION II.—DE LA INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA.

§ 1.° *Principios generales.*

95 Cuál es el fundamento de la incapacidad de la mujer casada?..... 151
96 Consecuencias que resultan del principio..... 153

§ 2.° *Extensión de la incapacidad.*

Núm. 1. De los actos extrajudiciales.

I. Regla general.

97 La mujer es incapaz de promover un acto jurídico sin autorizacion..... 155

II. Excepciones.

98 La mujer puede intentar los actos conservatorios sin autorizacion..... 157
99 La mujer puede, sin autorizacion, intentar los actos previstos por los arts. 226, 1096, 935 y 337..... 158
100 Puede ser tutora sin autorizacion marital?..... 159
101 En qué sentido está obligada por sus cuasicontratos?..... 160

Núm. 2. De los actos judiciales.

I. Regla general.

102 La incapacidad es más absoluta para las acciones judiciales que para los actos extrajudiciales..... 162
103 Cuándo debe otorgarse la autorizacion de comparecer en juicio?..... 164

II. Excepciones.—(a) En materia civil.

104 No hay más excepciones que las que están formalmente establecidas por la ley..... 165
105 Cuando la mujer litiga contra su marido tiene necesidad de autorizacion?..... 166

Págs.
106 Debe ser autorizada la mujer cuando contra ella se dirige un procedimiento de expropiacion?..... 167
107-108 Casos en los cuales la mujer puede litigar sin autorizacion del marido?..... 168

(b) En materia criminal.

109 Principio..... 169
110 La mujer puede defenderse de la accion civil sin autorizacion?..... 170

§ 3.° *De la autorización marital.*

Núm. 1. Principios generales.

111 La autorizacion es un consentimiento..... 171
112 Diferencia entre la autorizacion y el mandato..... 172

Núm. 2. Especialidad de la autorización

113 En qué sentido debe ser especial la autorizacion?..... 174
114 Aplicaciones del principio..... 177
115 Excepciones. 1.°, respecto á la administracion de los bienes de la mujer..... 178
116 2.°, de la mujer como comerciante público..... 180

Núm. 3. De la autorización expresa y tácita.

117 Cuándo hay autorizacion tácita y cuándo la hay expresa..... 182
118 La autorizacion expresa sólo por escrito puede probarse..... 184
119 El escrito puede estar bajo firma privada, aun cuando se trate de un acto solemne..... 185
120 Aplicacion del principio á la letra de cambio..... 186
121 De la autorizacion tácita. Qué se entiende por el concurso del marido al acto? Es suficiente la simple presencia?..... 187
122 Aplicacion del principio..... 188
123 Hay, además del concurso del marido en el acto, otros hechos que impliquen autorizacion tácita?..... 189
124 Aplicacion del principio..... 190
125 De la autorizacion en las instancias judiciales..... 192

§ 4.° *De la autorización de justicia.*

Núm. 1. Denegación del marido.

126 Por qué razón puede el juez conceder la autorizacion que el marido se niega á dar?..... 194

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Págs.

Núm. 2. Incapacidad.

I. Ausencia.

127 Qué debe entenderse por ausencia: la ausencia legal ó la falta de presencia?. 195

II. Minoría.

128 Cuándo el marido no puede autorizar á su mujer? 198
129 Quid si la mujer es menor?. 199

III. Interdicción.

130 Del marido incapacitado. Quid si se halla en estado de demencia sin estar incapacitado?. 200
131 Quid si la mujer es tutora de su marido incapacitado?. . . . 201
132 Quid si el marido se halla bajo consejo judicial?. 203

IV. Condena judicial.

133 Principio y motivo. 204

V. De los casos en que el marido está interesado.

134 El marido puede autorizar á la mujer cuando ésta contrata con terceros en interés del marido. 205

Núm. 3. Casos en los cuales el juez no puede autorizar.

135 Los tribunales, á denegacion del marido, pueden autorizar á la mujer para que ejerza cualquiera profesion. 206
136 Puede el juez autorizar á la mujer para que acepte el mandato de ejecutor testamentario?. 208
137 Puede el juez autorizar á la mujer para que comprometa?. 209

Núm. 4. Formas de la autorización.

138 Si la mujer es parte demandante y el marido está presente y es capaz. 209
139 Quid si la mujer es parte demandada?. 210
140 De los actos extrajudiciales. 210
141 La autorizacion judicial debe ser especial. 211

§ 5.° *Efectos de la autorización.*

Núm. 1. Respecto á la mujer.

142 Principio. 212

Págs.

143 Quid de los actos que son consecuencia de aquel por el cual la mujer está autorizada?. 213
144-146 Aplicacion del principio á los actos extrajudiciales. 214-216
147 Aplicacion del principio á las instancias judiciales. La mujer autorizada para litigar no puede transar ni desistirse en consentir. 217
148 La mujer autorizada para litigar no puede deferir el juramento ni aceptar el que se le difiere. Ella no puede hacer una confesion. 219
149 La mujer autorizada para litigar puede seguir todas las instancias sin nueva autorizacion?. 220
150 La autorizacion judicial se rige por los mismos principios que la autorizacion del marido. 223

Núm. 2. Respecto al marido.

151 Principio. El que autoriza no se obliga. 225
152 Excepciones que recibe el principio. 226
153 Tiene la autorizacion judicial un efecto respecto al marido? 228

§ 6.° *De la falta de autorización.*

Núm. 1. De la nulidad.

154 La falta de autorizacion acarrea una nulidad relativa. 229
155 Los terceros no pueden oponerla, sea que hayan contratado ó no con la mujer. 230
156 Estos principios se aplican á la mujer que comparece judicialmente sin autorizacion. 231
157 Los actos llevados á cabo por la mujer sin autorizacion son nulos de derecho. 232

Núm. 2. ¿Quién puede oponer la nulidad?

I. Del marido.

158 El marido puede pedir la nulidad durante el matrimonio en virtud de un interés moral, y después de la disolucion del matrimonio si tiene un interés pecuniario. 233

II. De la mujer.

159 Principio. 234
160 Si la mujer no ha declarado en el acta que es casada puede pedir la nulidad? ó si se ha declarado doncella ó viuda?. 234

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Págs.

161 Quid si la mujer ha empleado manejos fraudulentos para hacer creer que es doncella ó viuda?..... 236
162 Quid si la mujer ha sacado provecho del acto sin autorizacion?..... 237
163 Los acreedores y copartícipes en la causa de la mujer pueden oponer la nulidad. 239

III. De los herederos.

164 Los herederos de la mujer y del marido pueden oponer la nulidad..... 240

Núm. 3. De la confirmación.

165 De la confirmacion de la mujer..... 241
166 El marido puede confirmar durante el matrimonio y su confirmacion hace valido el acto respecto á la mujer.... 242
167 El marido, después de que se ha intentado la accion de nulidad, ya no puede confirmar..... 245
168 La confirmacion del marido tiene efecto retroactivo?..... 245
169 El marido puede confirmar después de la disolucion del matrimonio..... 245

CAPITULO VII.—De la disolucion del matrimonio.

170 Causas de disolucion. Derechos que los cónyuges tienen para contraer un nuevo matrimonio..... 247

TITULO VI.—del divorcio.

CAPITULO I.—Consideraciones generales.

§ I. *El divorcio y la separacion de cuerpo.*

171 El matrimonio, en principio, es indisoluble. La regla tiene excepciones 248
172 Necesidad del divorcio..... 250
173 Legitimidad de divorcio..... 250
174 El divorcio es preferible á la separacion de cuerpo..... 251

§ 2.° *El divorcio y las creencias religiosas.*

175 El legislador, según que las creencias religiosas autorizan ó condenan, debe permitir ó rechazar el divorcio?..... 254
176 El verdadero motivo que legitima el divorcio es independiente de las creencias religiosas..... 255

Págs.

CAPITULO II.—De las causas del divorcio.

177 Causas determinadas y consentimiento mutuo..... 257
178 Las causas de divorcio son de estricta interpretacion; en qué sentido..... 258

SECCION II.—DEL DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

§ 1.° *De las causas.*

Número 1. Del adulterio.

179 Diferencia entre el adulterio del marido y el de la mujer.. 259
180 Qué se entiende por *concubina?*..... 261
181 Qué se entiende por *guardar* á la concubina en la casa común?..... 262
182 Qué se entiende por *casa común?*..... 263
183 La concubina debe morar en la casa común?..... 264
184-185 Cuestiones de aplicacion..... 265-266

Núm. 2. Excesos y sevicias.

186 Qué se entiende por *excesos?*..... 267
187 Qué se entiende por *sevicias?*..... 268
188 Deben apreciarse los excesos y las sevicias conforme á la condicion de las personas?..... 268
189 Hay excesos ó sevicias cuando el cónyuge que los ha cometido está privado de la razón?..... 269

Núm. 3. Injurias graves.

190 Para que haya injuria se necesita desde luego que haya intencion dolosa..... 269
191 Se necesita, además, que la injuria no sea el ejercicio de un derecho..... 270
192 Se necesita, además, que la injuria sea posterior al matrimonio..... 272
193 Por último, se necesita que la injuria sea grave..... 273
194 Debe tenerse en cuenta la posicion social de los cónyuges para apreciar la gravedad de la injuria?..... 274
195 Es injuria grave que uno de los cónyuges se rehuse á cohabitar? 275

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Págs.
196 Es injuria grave que el marido se rehuse á proceder al casamiento religioso?. 277

Núm. 4. Condena á pena infamante.

197 Esta causa de divorcio está abrogada por el Código Penal belga..... 278

Núm. 5. Del caso del art. 310.

198 Motivos. Críticas de la ley..... 281
199 La mujer adúltera no puede solicitar el divorcio. El marido adúltero puede solicitarlo..... 283
200 El demandante originario no puede prevalerse del artículo 110. Consecuencias que de esto resultan.. 283

§ 2.° *De las pruebas de las causas determinadas.*

201 Prueba literal. En principio las cartas confidenciales no pueden producirse judicialmente..... 285
202 Son confidenciales todas las cartas dirigidas á terceras personas..... 286
203 Estos principios se aplican á la prueba de las causas determinadas de divorcio..... 287
204 Quid de las cartas que uno de los cónyuges escribe al otro? 289
205 La prueba testimonial y las presunciones son admisibles indefinidamente..... 290
206 La confesion sólo se admite excepcionalmente..... 290
207 No se admiten ni el juramento decisorio ni el supletorio.. 292

§ 3.° *De los fines de no recibir.*

208 Cuáles son los fines de no recibir?..... 293

Núm. 1. De la reconciliación.

209 Cuándo hay reconciliacion..... 294
210 Prueba de la reconciliacion..... 296
211 De la reconciliacion tácita..... 297
212 Efecto de la reconciliacion..... 297

Núm. 2. De la compensación.

213 No hay compensacion propiamente dicha. Si el cónyuge que demanda es también culpable el demandado podrá, por su parte, solicitar el divorcio..... 299

Págs.
214 Cuándo son los agravios del actor una excusa para el demandado y un obstáculo al divorcio?..... 301

Núm. 3. De la prescripción.

215 Es prescriptible la accion? Cuál es la duracion de la prescripcion?..... 305

§ 4.° *De la acción de divorcio.*

Núm. 1. ¿Quién puede intentarla?

216 La accion sólo á los cónyuges corresponde. No corresponde al tutor del cónyuge incapacitado. El incapaz podrá intentarla?..... 306
217 Los herederos del actor no pueden continuar la accion ni contra los herederos del demandado..... 308

Núm. 2. Competencia.

218 La accion debe llevarse ante los tribunales civiles..... 310
219 Cuál es el tribunal competente? Quid en el caso del artículo 310?..... 311
220 Quid si el hecho que constituye la causa del divorcio es un delito?..... 312

Núm. 3. Del procedimiento.

I. Principios generales.

221 El procedimiento está normado por el Código Civil. No se puede recurrir al Código de Procedimientos sino cuando en el civil haya vacíos..... 313
222 Las formas establecidas por el Código Civil deben observarse bajo pena de nulidad?..... 315
223 Estas formas son aplicables en el caso del art. 310..... 316

II. Medidas preliminares.

224 Entrega de la requisitoria al presidente..... 317
225 Ordenanza del presidente. Comunicacion al demandado... 318
226 Lo que debe contener la requisitoria bajo pena de nulidad. 318
227 El actor puede articular nuevos hechos posteriormente á su requisitoria? Quid si los hechos se han producido despues de haber otorgado la requisitoria?..... 320
228 Tentativa de conciliacion. Permiso de citar.. 323

III. La instancia judicial.

229 Citacion del demandado. Quid si no acude? No hay lugar

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Págs.
á oposicion en primera instancia..... 324
230 Nombramiento de testigos..... 325
231 Fines de no recibir. Juicio que admite la demanda..... 326
232 Segundo juicio que estatuye respecto del fondo y admite, si hay lugar, á las partes á la prueba..... 327

IV. La averiguación.

233 Cuándo debe el juez ordenar la averiguacion y acerca de cuáles hechos?..... 328
234 Quién puede ser testigo? El art. 251 es de estricta interpretacion..... 329
235 Cuándo deben proponerse los reproches?..... 331
236 Las declaraciones las recibe el tribunal que conoce de la demanda ó un tribunal especialmente comisionado?..... 332
237 Acerca de cuáles hechos debe oírse á las partes?..... 333
238 De las formas de la averiguacion..... 334
239 No hay lugar á aplicar las formas y las nulidades establecidas por el Código de Procedimientos..... 335
240 Clausura de la averiguacion..... 336
241 El tribunal puede prorrogarla..... 337

V. El fallo y la ejecución.

242 Informe del juez. Alegatos. Conclusiones del Ministerio Público..... 337
243 Fallo. En qué casos el juez puede pronunciar la separacion provisional?..... 338
244 Del fallo definitivo..... 339
245 De la apelacion. Es suspensiva..... 340
246 Cuáles son los fallos susceptibles de apelacion?..... 340
247 Del procedimiento de apelacion. De las pruebas que las partes pueden rendir..... 341
248 Puede el demandado consentir en el fallo que pronuncia el divorcio ó desistirse de apelacion que ha formulado?..... 342
249 Del recurso de casacion. No hay lugar á la requisitoria civil..... 344
250 De la ejecucion del fallo que admite el divorcio..... 343
251 Declaracion del divorcio..... 345

Págs.
§ 5.° *De las medidas provisionales á que puede dar lugar la demanda de divorcio por causa determinada.*

Núm. 1. Principios generales.

252 El matrimonio subsiste en principio con todas sus consecuencias..... 346
253 El marido común en bienes sigue siendo el árbitrio y señor de la comunidad. Quid si ejecuta actos con fraude de los derechos de la mujer?..... 346

Núm. 2. De los hijos.

254-255 De las medidas que el tribunal puede tomar. El presidente, como magistrado conciliador, tiene ese poder?..... 349-350
256 De las vías de ejecucion..... 351

Núm. 3. De la residencia provisional de la mujer.

257 La mujer puede abandonar el domicilio del marido. Debe intervenir el tribunal?..... 352
258 Puede el juez ordenar al marido que abandone el domicilio conyugal?..... 353
259 Quid si la mujer abandona el domicilio que se le ha designado?..... 354

Núm. 4. De la provisión alimenticia.

260 La mujer, si la necesita, puede pedir una provision alimenticia..... 355
261 Esta provision está regida por los principios generales sobre los alimentos..... 356
262 Quién fija la pension? Puede el presidente conceder una provision á título de medida urgente?..... 357
263 Puede la mujer pedir una provision si no abandona la casa? 357
264 Puede el marido pedir una provision?..... 358

Núm. 5. De las medidas de conservación.

265 La mujer puede requerir la oposicion de los sellos y el inventario. El marido, en este caso, conserva el derecho de enajenar los efectos inventariados?..... 359
266 Para requerir estas medidas necesita la mujer estar autorizada?..... 360

Págs.
267 El derecho establecido por el art 270 corresponde únicamente á la mujer común en bienes?..... 361
268 Puede la mujer requerir otras medidas que las previstas por el art. 270?..... 362
269 Puede el marido requerir estas medidas?..... 364

§ 4.° *De la demanda reconvencional en divorcio.*

270 Cuándo tiene lugar la demanda reconvencional?..... 365
271 En qué forma debe hacerse la demanda?..... 366
272 Cuándo debe formularse?..... 366

SECCION III.—DEL DIVORCIO POR CONSENTIMIENTO MUTUO.

§ 1.° *Principios generales.*

273 Teoría del divorcio por mutuo consentimiento..... 367
274-276 Crítica del sistema del Código Napoleón..... 368-371

§ 2.° *De las condiciones.*

277 Condiciones que se requieren en la persona de los cónyuges..... 372
278 Consentimiento de los ascendientes..... 374

§ 3.° *De las medidas preliminares.*

279 Inventario y estimacion de los bienes muebles é inmuebles. 379
280 Régimen de los derechos de los cónyuges..... 380
281 Convenciones sobre la custodia de los hijos, la residencia provisional de la mujer y la pension alimenticia que debe proporcionarle..... 380

§ 4.° *Del procedimiento.*

282 Tentativas de conciliacion..... 381
283 Formalidades prescriptas por la ley. Fallo..... 383
284 Todas las condiciones y todas las formas están prescriptas bajo pena de nulidad..... 383
285 Aplicacion y recurso de casacion..... 386
286 Declaracion del divorcio..... 387

CAPITULO III.—DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO.

SECCION I.—PRINCIPIOS GENERALES.

287 El divorcio rompe el matrimonio y hace cesar sus efectos. Subsisten los efectos ya producidos y que son de naturaleza á propósito para perpetrarse..... 389
288 El matrimonio no se disuelve y no cesa de producir sus efectos sino desde el momento en que el oficial del estado civil pronuncia el divorcio..... 391
289 Los esposos pueden contraer nuevo matrimonio, pero ya no pueden volver á reunirse..... 392

SECCION II.—EFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LOS CÓNYUGES.

§ 1.° *Del divorcio por causa determinada.*

290 Impedimentos al matrimonio resultantes del divorcio.... 394
291 Condena de la mujer culpable de adulterio..... 394

§ 2.° *Del divorcio por consentimiento mutuo.*

292 Impedimento al matrimonio..... 398

SECCION III.—EFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LOS HIJOS.

§ 1.° *Del divorcio por causa determinada.*

Núm. 1. Derechos de los padres.

293 A quién se confían los hijos?..... 398
294 Quién tiene la potestad paternal?..... 399

Núm. 2. Derechos de los hijos.

295 Los derechos legales y convencionales están mantenidos.. 403
296 Del usufructo legal que grava sus bienes. En qué casos y en provecho de quién se extingue en caso de divorcio?.. 404

§ 2.° *Del divorcio por mutuo consentimiento.*

297 A quién se confían los hijos? Quién ejerce la potestad paternal? Quién tiene el usufructo legal?..... 405
298 Derecho especial de los hijos establecido por el art. 305. Da lugar á la entrega y á la redaccion?..... 406
299 Hay lugar á transcripcion?..... 408
300 Del usufructo que la ley reserva á los cónyuges..... 409

SECCION IV.—EFECTOS PECUNIARIOS DEL DIVORCIO.

§ 1.° *Del divorcio por causa determinada.*

Núm. 1. Revocación de las liberalidades.

301 Disposiciones de los arts. 299 y 300. Motivos..... 410

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Págs.
302 No se incurre en caducidad sino cuando se ha pronunciado el divorcio..... 411
303 La revocacion no tiene lugar sino en el caso del art. 310.. 412
304 Todas las liberalidades son revocables, aun las que el testamento otorga..... 415
305 La caducidad tiene lugar de pleno derecho. En qué sentido puede el cónyuge renunciar á ella?..... 417
306 Tiene lugar la revocacion respecto á terceros?..... 418
307 Derechos del cónyuge que ha obtenido el divorcio. Las liberalidades revocables pueden volverse irrevocables?... 420

Núm. 2. De la pensión alimenticia.

308 El cónyuge que ha obtenido el divorcio tiene derecho á una pension alimenticia..... 422
309 Esta pension se rige por los principios generales sobre los alimentos..... 423
310 La pension aumenta, disminuye ó cesa con las necesidades. 424
311 Se extingue con la muerte del cónyuge deudor..... 426

§ 2.° *Divorcio por consentimiento mutuo.*

312 Referencia á los arts. 279 y 305..... 428

CAPITULO IV.—De la separacion de cuerpo.

SECCION I.—PRINCIPIOS GENERALES.

313 Principio de interpretacion. Se pueden, por analogía, aplicar á la separacion de cuerpo las disposiciones del Código Civil sobre el divorcio?..... 429

SECCION II.—DE LAS CAUSAS DE SEPARACION DE CUERPO.

§ 1.° *De las causas determinadas y del consentimiento mutuo.*

314 Por qué la ley no admite la separacion de cuerpo por consentimiento mutuo?..... 432
315 La demanda de divorcio puede convertirse en demanda de separacion de cuerpo y recíprocamente. El cónyuge que ha obtenido la separacion puede pedir además el divorcio por nueva causa..... 436
316 De la prueba. Es aplicable el art. 251?..... 438
317 De la reconciliacion y de los demás fines de no recibir.... 438

Págs.

SECCION II.—DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.

318 Principios de interpretacion..... 440

§ 1.° *De la residencia provisional de la mujer.*

319 El presidente la indica. Cuándo su ordenanza está sujeta á apelacion..... 441
320 El tribunal tiene el mismo derecho..... 442
321 De la provision..... 442
322 Es aplicable el art. 269 á la separacion de cuerpo?..... 443

§ 2.° *Medidas conservatorias.*

323 Puede la mujer tomar las medidas autorizadas por el artículo 270?..... 444
324 Puede prevalerse del art. 869 del Código de Procedimientos?..... 446
325 Ella puede invocar el art. 270..... 447

§ 3.° *De los hijos.*

326 Es aplicable el art. 267 á la separacion de cuerpo?..... 447

SECCION IV.—DEL PROCEDIMIENTO.

§ 1.° *De la demanda de separación.*

327 Principio general establecido por el art. 307..... 449
328 Tribunal competente. Autorizacion de la mujer..... 450
329 Tentativa de reconciliacion..... 451
330 De la requisitoria. Diferencias entre el divorcio y la separacion de cuerpo..... 452
331 La demanda debe ser pública..... 455
332 Competencia de las partes ante el presidente. Hay nulidad cuando están asistidas por consejos?..... 455
333 Quid si el actor ó el reo no comparecen?..... 456
334 El presidente puede ordenar un sobreseimiento?..... 457

§ 2.° *De la instrucción.*

335 Principio general. Aplicacion del principio á la publicidad de los debates..... 458
336 El tribunal debe ordenar una averiguacion?..... 459
337 Puede ordenar una separacion provisional?..... 359

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Págs.
338 El art. 235 es aplicable á la separacion de cuerpo? 460

§ 3.° *Del fallo.*

339 Publicidad del fallo que pronuncia la separacion de cuerpo 461
340 Vías de recurso. El recurso de casacion no es suspensivo.. 461
341 La separacion de cuerpo no la pronuncia el oficial del estado civil..... 462

§ 4.° *De las demandas reconvencionales.*

342 No se admiten en apelacion las demandas reconvencionales. 463
343 Están sometidas á la tentativa de conciliacion prescripta por el Código de Procedimientos?..... 463

SECCION V.—DE LOS EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPO.

§ 1.° *En cuanto á los cónyuges.*

344 Principio de interpretacion..... 465
345 La mujer tiene derecho á elegir domicilio. Es absoluto este derecho? En qué caso está limitado?..... 467
346 Del deber de fidelidad. Del adulterio del marido. El cónyuge adúltero puede reunirse con su cómplice?..... 470
347 Del deber de asistencia..... 472
348 De la obligacion alimenticia. El art. 301 es aplicable á la separacion de cuerpo?..... 472
349 De la condena de la mujer adúltera..... 475

§ 2.° *En cuanto á los hijos.*

350 Los arts. 302 y 305 son aplicables á la separacion de cuerpo?..... 474

§ 3.° *En cuanto á los bienes.*

351 La separacion de cuerpo implica separacion de bienes.... 481
352 El padre conserva la administracion y el goce de los bienes de sus hijos..... 482
353 Los esposos gozan del derecho de sucesion recíproca..... 484
354 El cónyuge contra el cual se ha pronunciado la separacion de cuerpo pierde las liberalidades que el otro le ha otorgado?..... 484
355 El cónyuge que ha obtenido la separacion puede pedir la revocacion por causa de ingratitud?..... 492
356 Si uno de los cónyuges muere durante la instancia puede

Págs.
ésta proseguirse ó contrariarse, al menos para normar los gastos?..... 492

SECCION VI.—CESACION DE LA SEPARACION DE CUERPO.

357 Cesa con la reunion voluntaria de los cónyuges..... 494
358 Efectos de la cesacion..... 495

TITULO VII.—DE LA PATERNIDAD Y DE LA FILIACION.

CAPITULO I.—PRINCIPIOS GENERALES.

359 Filiacion. Legitimidad. Elementos que la constituyen. Lo que el hijo debe probar para establecer su filiacion legítima..... 497
360 Prueba de la filiacion materna..... 498
361 Prueba de la filiacion paterna. Presunciones en las cuales la ley la establece..... 502
362 De la filiacion de los hijos naturales..... 511

CAPITULO II.—DE LA FILIACION PATERNA.

SECCION I.—DEL HIJO CONCEBIDO DURANTE EL MATRIMONIO.

363 Casos en los cuales el marido puede desconocer á ese hijo. Estos casos son de estricta interpretacion..... 520

§ 1.° *De la imposibilidad física de cohabitar.*

Núm 1. Del alejamiento.

364 Duracion del alejamiento. El hijo, pues, á su arbitrio puede prevalerse de la duracion más larga ó de la más corta de la preñez..... 521
365 Cuáles deben ser los caracteres del alejamiento para que dé lugar al desconocimiento?..... 522
366 La prision constituye alejamiento en el sentido legal? Quid del cautiverio de un prisionero de guerra?..... 524

Núm. 2. De la impotencia accidental.

367 La impotencia natural no es una causa de desconocimiento. 525
368 De la impotencia accidental. La enfermedad interna es una causa de desconocimiento?..... 527
369 Precisa que la impotencia accidental haya sobrevenido du-

Págs.
rante el matrimonio?..... 530

§ 2.° *De la imposibilidad moral de cohabitar.*

370 La imposibilidad moral sólo excepcionalmente se admite en el caso y con las condiciones previstos por el art. 313. 530
371 La primera condicion es el adulterio; preciso es que haya tenido lugar cuando la concepcion presunta del hijo..... 531
372 Segunda condicion. Quid si el embarazo se ha ocultado, pero si el nacimiento es público?..... 533
373 Tercera condicion. Prueba de la imposibilidad moral..... 537
374 La prueba del adulterio no debe rendirse por un juicio previo; la ocultacion debe probarse para que la demanda de desconocimiento, fundada en la imposibilidad moral, sea admisible..... 537
375 La prueba del adulterio debe ser directa, pero puede rendirse al mismo tiempo que la prueba de la imposibilidad moral..... 541
376 La separacion de cuerpo no es una causa de desconocimiento..... 543

§ 3.° *De los fines de no recibir.*

377 De la renuncia del marido..... 544
378 De la no viabilidad del hijo..... 546

SECCION II.—DEL HIJO CONCEBIDO ANTES DEL MATRIMONIO Y NACIDO DURANTE ÉL.

§ 1.° *Derecho de desconocimiento del marido.*

379 El padre tiene el derecho absoluto de desconocer al hijo.. 547
380 Fines de no recibir que el hijo puede oponer al padre.... 548
381 Se puede oponer al marido la confesion expresa ó tácita que ha hecho de su paternidad?..... 550
382 Quién debe rendir la prueba de los fines de no recibir?... 552
383 Cuando la prueba es débil puede el marido combatirla?... 554
384 Cuando el marido ha desconocido al hijo éste no puede combatir el desconocimiento probando la paternidad del marido, salvo en el caso del art. 340..... 555

§ 2.° *Del estado del hijo no desconocido.*

385 El hijo es legítimo y no legitimado. Así, pues, no hay lugar á aplicar los principios sobre la legitimacion de los hijos adulterinos é incestuosos..... 556

Págs.
SECCION III.—DEL HIJO CONCEBIDO DESPUES DEL MATRIMONIO.

386 El hijo concebido después del matrimonio no es ilegítimo en pleno derecho. Si no se discute su estado es legítimo. 561
387 Si hay debate el tribunal debe declararlo ilegítimo..... 562
388 Cuál es el estado del hijo en el caso de confesion de padre 565
389 Cuál es el estado del hijo nacido dentro de los trescientos días después de la disolucion del matrimonio, pero reconocido como hijo natural y después legitimado?..... 568

SECCION IV.—CÁLCULO DE LOS PLAZOS.

390 Del cálculo general adoptado fundado en la exclusion del *dies a quo*..... 571
391 Del sistema que cuenta los plazos por horas..... 573

CAPITULO III.—DE LA FILIACION MATERNA.

392 Las pruebas admitidas por la ley para establecer la filiacion de los hijos legítimos sólo prueban la filiacion materna..... 578

SECCION I.—DEL ACTA DE NACIMIENTO.

§ 1.° *De la filiación.*

393 Para que haga fe el acta debe estar inscripta en los registros del estado civil y se necesita que las demás condiciones requeridas para la existencia del acta se satisfagan 579
394 El acta de nacimiento prueba únicamente el parto y no hace fe sino hasta que se formule prueba en contrario..... 580
395 El acta de nacimiento no hace fe respecto á la legitimidad; tampoco respecto á la filiacion sino cuando el hijo ha sido concebido ó ha nacido en el matrimonio..... 582
396 Quid si la declaracion de nacimiento no se hace en el plazo prescripto por la ley?..... 583
397-398 Las irregularidades no impiden que el acta no pruebe el parto con tal que la filiacion materna esté claramente indicada..... 585 586

§ 2.° *De la identidad.*

399 La identidad se prueba por testigos. No se necesita posesion de estado..... 592
400 Se necesita un principio de prueba resultante de un escrito ó de hechos constantes?..... 592

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pág.
401 La prueba testimonial no es admisible si hay una acta de defuncion, salvo que el actor ataque esa acta por la inscripcion en falso 595
402 Es admisible la prueba testimonial cuando el acta de nacimiento la contradice la posesion de estado? 596

SECCION II.—DE LA POSESION DE ESTADO.

403 Definicion de la posesion de estado. Es restrictiva ó limitativa? 597
404 En qué consiste la prueba? Estriba en el parto? Puede dividirse? 599
405 La prueba se rinde por testigos sin que haya un principio de prueba por escrito. Debe establecer que la posesion es constante 602
406 El juez debe admitir la averiguacion? 604
407 La prueba por la posesion de estado se admite á falta de título. Cuando hay un título y una posesion contraria el título decide, salvo la aplicacion del art. 323 604
408 La posesion de estado prueba la filiacion, incluso la identidad, sin que pueda ser combatida, ni aun por el desconocimiento 606
409 La posesion no prueba la legitimidad, salvo en el caso del art. 197 y con las condiciones que éste determina 608
410 Del caso en que la posesion de estado concurre con el acta de nacimiento 609
411 La inscripcion en falso es admisible en el caso del art. 322? 611
412 Es uno admitido á probar que el hijo no es el que la madre ha dado á luz? 612
413 La doble prueba del art. 322 establece la filiacion, pero no la legitimidad 614

SECCION III.—DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

§ 1.° *Reglas generales.*

414 La ley deroga el derecho común respecto á la prueba testimonial. Por qué? 615
415 Si el hijo está inscripto con falsos nombres debe inscribirse en falso? 616
416 Puede recurrir á la prueba testimonial cuando tiene una posesion sin título? 617

Pág.
417 Del principio de prueba por escrito 618
418 De los indicios ó presunciones 621
419 El acta irregular de nacimiento constituye principio de prueba? 623
420 El demandado es admitido á rendir la prueba contraria por todas las vías de derecho 623
421 Cuando la maternidad está probada el demandado puede combatir la paternidad sin recurrir á la accion de desconocimiento 624
422 Efecto de los falsos que el hijo obtiene 625
423 Si la maternidad está probada y si el marido prueba que el hijo no es suyo éste será adulterino 627

§ 2.° *De las excepciones.*

424 Hay excepcion á las reglas generales cuando los cónyuges ó uno de ellos intentan la accion? 628
425 Hay excepcion en el caso previsto por el art. 46 630

CAPITULO IV.—DE LAS ACCIONES CONCERNIENTES A LA FILIACION.

SECCION I.—PRINCIPIOS GENERALES.

426 Qué es el *estado* y las cuestiones de estado? De las diversas acciones que constituyen cuestiones de estado 631
427 Naturaleza del *estado*. Consecuencias que de él resultan en cuanto á las acciones concernientes al estado considerado como derecho moral 635
428 Los intereses pecuniarios que se derivan del estado están regidos por el derecho común 637
429 El estado, como derecho moral, sólo al hijo pertenece. Los intereses pecuniarios pasan á los herederos y se rigen por el derecho común 638
430 Reglas especiales de procedimiento que rigen las cuestiones de estado 639

SECCION II.—DE LA ACCION DE DESCONOCIMIENTO.

§ 1. *¿Cuándo hay lugar á desconocimiento?*

431 Hay lugar al desconocimiento cuando la filiacion materna se halla establecida por el acta de nacimiento. No hay lugar á desconocimiento cuando el hijo prueba su filiacion por testigos 640
432 Quid si el acta de nacimiento es irregular? 642
433 Quid si no hay acta de nacimiento? 643
434 Quid si el hijo está inscripto con falsos nombres ó como nacido de padres desconocidos? 644

Págs.

§ 2.° *¿A quién corresponde la acción de desconocimiento?*

435 La accion, en principio, sólo al marido corresponde y, por excepcion, á los herederos..... 649
436 Sus acreedores no la tienen ni, si está incapacitado, su tutor..... 650
437 En qué casos y en qué sentido la accion corresponde á los herederos?..... 653
438 Pertenece á todos los sucesores universales..... 654
439 Los herederos pueden promover antes de ser perturbados cuando el hijo tiene un título ó la posesion de estado?... 655
440 Cuándo hay perturbacion?..... 658
441 Los herederos tienen la accion de desconocimiento en los mismos casos y bajo las mismas condiciones que el marido..... 659
442 La accion no corresponde á la madre ni al hijo, corresponde á las hijas legítimas si son herederos..... 660

§ 3.° *Competencia.*

443 La accion debe intentarse ante el tribunal del domicilio del marido ó ante el domicilio del tutor..... 661

§ 4.° *De los plazos.*

Núm. 1. De la duración de los plazos

444 El plazo es de un mes ó de dos meses. Por qué prescribe la ley un plazo tan corto?..... 662
445 Corresponde al marido probar las causas que prolongan el plazo?..... 665
446 La expiracion de los plazos acerca la caducidad del marido aun cuando éste ignore el nacimiento del hijo si no se le ha ocultado..... 666
447 El marido puede desconocer al hijo antes de su nacimiento ó antes que el hijo haya reclamado?..... 667
448 Los herederos tienen siempre un plazo de dos meses?..... 668

Núm. 2. Disposiciones generales concernientes á los plazos.

449 Cómo se computan los meses?..... 669
450 El plazo es una prescripcion suspensa por la minoría? Hay lugar á la interrupcion de la prescripcion?..... 669
451 Del acto extrajudicial del desconocimiento..... 671

§ 5. *Formas.*

452 La accion debe dirigirse contra un tutor *ad hoc*..... 672
453 Quién nombra á este tutor?..... 673

Págs.

454 Quid si el hijo es mayor ó si tiene un tutor?..... 674
455 La madre debe estar presente. Hay caducidad cuando no ha sido citada en el plazo prescripto para discernir al tutor?..... 675
456 El desconocimiento puede ejercitarse por un acto equivalente?..... 676

§ 6.° *Efectos del desconocimiento.*

457 Efectos del desconocimiento cuando es admitido y cuando es rechazado..... 677
458 Respecto á quién tiene efecto el fallo? Quid si solamente algunos herederos del marido han sido partes en la causa?..... 678
459 Puede el marido desistirse del fallo que admitió el desconocimiento?..... 681

SECCION III.—DE LA ACCION QUE COMBATE LA LEGITIMIDAD.

460 Cuándo hay lugar á la accion de contienda de legitimidad y por qué principio se rige?..... 682
461 Dentro de qué plazo debe intentarse la accion de contienda de legitimidad?..... 683
462 El que ha reconocido al hijo como legítimo puede aún discutir su legitimidad?..... 685
463 El fallo sólo tiene efecto entre los que han sido partes en la causa..... 686

SECCION IV.—DE LAS ACCIONES DE RECLAMACION Y DE CONTIENDA DE ESTADO.

§ 1.° *De la acción de reclamación de estado.*

Núm. 1. ¿A quién corresponde?

464 Corresponde al hijo. Cuando él la ejercita está regida por los principios de las cuestiones de estado..... 687
465-467 Cuándo los herederos pueden promover y cuándo nó?..... 688-693
468 Qué se entiende por heredero? Los descendientes del hijo están comprendidos entre los herederos ó pueden promover en su calidad de descendientes?..... 693
469 La accion de los herederos es prescriptible. Duracion de la prescripcion..... 696
470 Los acreedores pueden intentar la accion de reclamacion de estado?..... 698

Núm. 2. Competencia.

471 Competencia exclusiva de los tribunales civiles..... 701
472 En esta materia lo civil obliga á lo criminal en estado.... 703
473 Debe inferirse que el Ministerio Público no puede inten-

Págs.
tar la accion criminal cuando la parte civil guarda silencio?..... 705
474 Puede el hijo proceder por la vía de falso incidente civil antes del juicio de la cuestion de estado?..... 709
475 El hijo puede demandar daños y perjuicios por causa de supresion de estado antes del fallo sobre la cuestion de estado?..... 710
476 Aplicacion del art. 327. Es aplicable en todos los casos en que el estado de un hijo sea prejuzgado por el resultado de las diligencias criminales..... 711
477 Cuándo no es aplicable el art. 327?..... 713

Núm. 3. ¿A qué acciones se aplican los principios sobre reclamación de estado?

478 Cuándo hay lugar á la reclamacion de estado?..... 717
479 Cuando no hay lugar á reclamar el estado no pueden aplicarse los principios que rigen la reclamacion de estado . 718
480 Quid si el hijo tiene un título, pero irregular?..... 719
481 Quid si el hijo tiene un título, pero si su identidad es combatida?..... 721

§ 2.° *De la acción de contienda de estado.*

482 Cuándo hay lugar á esta accion?..... 722
483 Quién puede intentarla?..... 723
484 El que ha reconocido la legitimidad del hijo puede aún combatirla?..... 724
485 La accion es imprescriptible..... 728
486 Los arts. 326 y 327 se aplican á la contienda de estado... 730

§ 3.° *De la cosa juzgada en materia de estado.*

487 Cuándo hay cosa juzgada en materia de estado? Cuándo puede decirse que la cosa demandada es la misma?.... 730
488 Efectos de la cosa juzgada. De la teoría del *contradictor legítimo*. No está consagrada por el Código Napoleón ni por el derecho romano..... 732
489 El fallo pronunciado contra uno de los cónyuges forma cosa juzgada respecto al otro?..... 736
490 El fallo pronunciado contra el padre y la madre forma cosa juzgada respecto á los hijos?..... 739
491 El fallo pronunciado contra el hijo en provecho de los parientes paternos no puede invocarse por los maternos... 743
492 El fallo pronunciado contra los dos cónyuges de quienes el hijo se dice originario no forma cosa juzgada respecto á los que no han sido partes en la causa..... 743
493 Debe hacerse una excepcion para los miembros de la familia que no habían nacido cuando el fallo se verificó?..... 745

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS