

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) Ciertamente 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 renunciaba 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 (Daloz, 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 pro-

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.

mover 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.

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. 1.

ellos no discuten la cuestión; limitanse 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 objeción 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; así, 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 1823, Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 857 1º; de Rouen, 18 de Noviembre de 1865 y de la corte de casación del 12 de Febrero de 1823, 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 París, 23 de Febrero de 1849, Dalloz, 1849, 2, 135; de Bruselas, 1º de Junio de 1857 *Paucrisia*, 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, decidiase que la confirmación no tenía efecto sino desde el día 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 autorización, y por lo mismo no podía tener valor sino en el porvenir. (3) Tal teoría 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. 345, 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 permitir á 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 seres, 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. Nos preguntamos: ¿es un mal? ¿es un medio necesario para remediar un mal; si es un remedio necesario uno; dicese ree señalarse como esencialmente malo. (3)

1 Villegnet, "del Consejo de Estado del 16 vendimiario, año X, número 2. Portals, discurso 482).
2 "del Consejo de Estado de 16 vendimiario, año X, p. 168).
3 "Exposición de motivos, núm. 7 (Loaré, 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 seres 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 disenso 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 (Loaré, t. II, páginas 564 y siguientes).

anen? 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 separación tiene sobre el divorcio? Treillard 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 que tan condenados al celibato forzado; es decir, que se les coloca en un estado en que la inmeralidad 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 conyuge, porque continúa llevando su nombre, porque es su marido ó su mujer quien lo cubre de deshonor. ¿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 crimen 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 (Loaré, t. I, p. 168)
2 Sesión del consejo de Estado del 14 vendimiario, año X, número 5 (Loaré, 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 prohíben; la ley debe, pues, permitirlo, á fin de que puedan usarlo aquellos cuyas creencias lo autorizan." Nó, 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 mutuamente 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 debe 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 mútuo. 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 así 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,