

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 primeramente por uno de los dos esposos, y si el otro hubiese convenido y le fuere asentido en la separación. Una demanda relativa á la religión y á la moral es también una demanda. El texto del artículo es aplicable, y el espíritu de la ley no deja lugar á duda, y si el actor reconvenido podía pedir el divorcio se pronunciará, á su elección, y, como debe suponerse, no equivale esto á posescrúpulos religiosos. Esto resuelve el problema. Hay aún más. ¿N

mo al autorizar la separación presentada ante el tribunal de Bruselas, el actor originario pidió y obtuvo el divorcio, con reto verificativo. Fundado en esto, el autor originario quiso 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 puede 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 (*Belgica 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 á 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 (Daloz, en la palabra *pater-*

nidad, núm. 421.
3 Sentencia de 4 de Abril de 1821 (Daloz, en la palabra *Carta*
misiva, núm. 24, 2°).

tercera persona no puede ser producida en juicio, cuando ha sido sustraída 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 Besangón 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 (Daloz, 1862, 1, 522).

2 Sentencia de 30 de Diciembre de 1862, Daloz, 1863, 2, 63.

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 cuerpo*, núm. 43, 2º; 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.*, 1860, 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 cartas contienen injurias, ultrajes, son por sí mismas una causa de divorcio; porque la injuria puede ser verbal ó por escrito. Ciertamente 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 de 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 inmediatamente 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 Merlin, *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. p. de D. TOMO III—37

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^o) 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. 1, p. 216. Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1, p. 502. Esta es la opinión general.

2 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpos*, núm. 260.

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 Merlin, que concilia los diversos principios sobre la materia. Se ha fallado, en materia de divorcio, que las confesiones del demandado debían tomarse en consideración para establecer los hechos alegados por la parte que demanda; que cuando dichas confesiones contribuían 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 había 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 cuestiones 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 apli-

1 Sentencias de 6 de Junio de 1856 (Dalloz, 1853, 1, 244) y de 29 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 515).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Juramento*, pfo. II, art. II, número 6. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpos*, número 262.

carse el mismo principio al juramento supletorio? Estè 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). Merlin 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 Merlin. 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 inadmisibile.

§ 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, desvian 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.