

divorcio la acción jamás podría intentarse. Esto equivale a transformar una causa de suspensión en un caso de imprescriptibilidad, lo que es inadmisibile.

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 si quiera 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 de-

1 Massot, *De la separación de cuerpo*, p. 72, núm. 8.

recho 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 Demolombe, t. IV, p. 428. Sentencia de Colmar de 16 de Febrero de 1832 (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 89. 1.º, y de París de 21 de Agosto de 1841 (Daloz en la palabra *Minoría*, núm. 237, 3.º)



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.

uêlto. Se pregunta si la acción intentada puede ser seguida 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 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 matrimonio; 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 querrela. 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 querrela 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 (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 229).

2 Véanse las sentencias en Daloz, 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.