

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 establece 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 absolu-

1 Sentencia de 29 de Junio de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, 2, 174).

ción del cónyuge. 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.

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 Treillard, *Exposición de motivos*, núm. 26 (Loché, t. II, p. 150).
P. de D. T. MO III—40

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. Únicamente 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 23 de Diciembre de 1807 (Daloz, 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? Zachariae 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 sólo 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 punto 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 dirigirse; 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 deman-

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).

da 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 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.º y 1.º).

2 Sentencia de París de 18 de Febrero de 1886 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 448, 2º).

al presidente en aptitud de hacer á las partes observaciones á propósito 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 Paris 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, 286).

2 Sentencia de 14 de Marzo de 1806 (*Dalloz*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 448, 4.º)

3 Sentencia precitada de 9 de Febrero de 1853.

4 Arntz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p. 215, núm. 412. *De molombe*, 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 una 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 oponerse á que el tribunal se ilustre?

¿Puede el actor articular nuevos hechos acaecidos después de que presentó su demanda al presidente? No, 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 rehusa 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 deshonor 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 Paris (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. 535, 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 estuviere 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 prohíbe á las partes que se hagan asistir de abogados y de consejos (art. 877). El código civil no prohíbe 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 prohíbe 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 pres-

1 Sentencia de 6 de Abril de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 119).

cribe 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 testigos 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 discutíó 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 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Separación d cuerpo*, núm. 488, y Villequet, *Del divorcio*, p. 172. Compárese la sentencia de la corte de casación de Bélgica de 29 de Febrero de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 1, 307).

ley diga 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 facultad.

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 compensación, 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). Ciertamente 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.º] y sentencia de París de 27 de Mayo de 1813 (*ibid.*, 2.º)