

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 inadmisibile. 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. 23) 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 Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. 1º, p. 259, nota 20.

2 Sentencia de 20 de Abril de 1832, *Pasicrisia*, 1822, p. 112.

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 rogatorias 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 oí-

1 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 475, 1.º y 2.º

2 Sentencia de Bruselas, de 7 de Enero de 1833 (*Jurisprudencia*, 1833, 2, 268).

dos 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.

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 consecuencia, 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 (*Pasi crisis*, 1833, 2, 75). Sentencia de Poitiers, de 21 de Enero de 1833 (Daloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 253).

2 Sentencia de 9 de Enero de 1824 (Daloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 193, 3º), y sentencia de París, de 15 de Marzo de 1841.

gos las observaciones y las interpelaciones que juzguen oportunas, sin que, no obstante, 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. ¿Habrá nulidad si se hubiesen observado los arts. 271 y 272 del código de procedimientos? Nó, ciertamente, 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 averiguación? (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 juzgase por sentencia de Gante, de 2 de Abril de 1813 y de Lyon de 18 de Abril de 1810 (Daloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 474).

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 forma especial para las averiguaciones en el procedimiento de divorcio, no hay lugar á recurrir al código de procedimientos; por lo menòs 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 prohíbe 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 (Daloz, 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).

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 aplicación 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 tienen 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 proyecto primitivo que no admitía al marido pedir el divorcio por sevicias é 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.

rando á los cónyuges 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 por 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).

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). Ciertamente 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 había 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 prescritas 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 había de ser nulo? ¿y por qué el demandado no había 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, 153).

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 recurso 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 podría pronunciarse y, por consiguiente, los esposos podrían contraer una nueva unión; y si la Corte casase el fallo que admitió el divorcio subsistiría el primer matrimonio: de donde resultaría que el mismo hombre se encontraría con dos mujeres, ó la misma mujer con dos maridos á la vez. Por la misma razón la reparatoria 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 día 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 lamentables 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 había 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 podría 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 (Loeré, 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 podría 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 notificación 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.