

hecho que se deja á la apreciación del juez, como ya lo hemos dicho al tratar de los fines de no recibir (números 213 y 214).

271. ¿En qué forma puede ó debe hacerse la demanda reconvenicional? Según el derecho común basta con una acción simple (cód. de proced., art. 337). Pero ya se sabe que las reglas generales de procedimientos no son aplicables en materia de divorcio. La demanda reconvenicional es una verdadera acción de divorcio; ahora bien, e ta clase de acciones están sujetas á formas especiales, formas de orden público que necesariamente deben observarse porque tienden á impedir el divorcio, multiplicando las tentativas y las ocasiones de reconciliar á los esposos. Se objeta que habiendo tenido lugar estas tentativas sin resultado, es inútil repetir las. El tribunal de Bruselas responde en un fallo muy bien motivado, que la demanda reconvenicional cambia completamente la posición del actor en el divorcio, porque se torna á su vez en demandado y, como tal, puede tener interés en que el divorcio no se pronuncie; importa, pues, poner en presencia á las partes ante el juez conciliador (1). Esto decide la cuestión.

272. ¿Cuándo debe formularse la demanda reconvenicional? Como ninguna restricción hay en la ley debe resolverse que se puede formular en cualquier estado de la causa; el juez no puede oponer un fin de no recibir que no está escrito en los textos. Existe una sentencia contraria de la corte de Colonia que ha desechado una demanda reconvenicional por ser posterior al fallo de admisión (2). Esto es

1 Sentencia de 12 de Junio de 1852, confirmada en apelación el 7 de Agosto (*Pasicrisia*, 1852, 2, 239).

2 Sentencia de 30 de Mayo de 1833 (*Belgica judicial*, t. XVII, p. 1379). En sentido contrario Arntz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p. 281, núm. 498. Arntz es el único autor que trata especialmente de las demandas reconvenicionales en materia de separación de cuerpo.

enteramente arbitrario. Sólo hay un fin de no recibir que resulta de la fuerza de los casos. Después de pronunciado el divorcio conseguido por el actor, ya no puede tratarse de una demanda reconvenicional, en primer lugar, porque ya no hay instancia, y en segundo lugar, porque no puede pedirse la disolución de un matrimonio que ya no existe.

### SECCION III.—Del divorcio por consentimiento mutuo.

#### § 1. PRINCIPIOS GENERALES

273. Ateniéndose á las declaraciones que se hicieron en el consejo de Estado el nombre de divorcio por consentimiento mutuo respondería muy mal al pensamiento que tuvo el legislador al organizar este divorcio. Portalis dice y repite que el matrimonio no es un contrato ordinario que se disuelve por el concurso de voluntades. Dice y repite que el matrimonio se contrae con un espíritu de perpetuidad. De ahí infiere Portalis que no puede quebrantarse por la sola voluntad de las partes, y que no puede serlo sino por causas legítimas y verificadas (1). Por esto la comisión encargada de la redacción de un proyecto no admitía el divorcio por consentimiento mutuo (2). ¿Qué es, pues, el divorcio que el código Napoleón llama por consentimiento mutuo?

Portalis contesta que el consentimiento mutuo, tal como la ley lo organiza, es la prueba de otra *causa legítima* (3). ¿Cuáles son estas causas? ¿Y por qué el legislador no exige que se prueben directamente? ¿por qué se contenta con el

1 Sesión de 24 Vendimiario, año X, núm. 53 (Loché, t. II, p. 489).

2 Portalis, Discurso preliminar, núm. 53 (Loché, t. I, ps. 169 y siguientes).

3 Sesión del Consejo de Estado, de 6 Nivoso, año X, núm. 13 (Loché, t. II, p. 5, 31).

consentimiento mutuo? No existen más causas legítimas que las que el código Napoleón llama causas determinadas, el adulterio, los excesos, las sevicias y las injurias graves. Si alguna de estas causas existe, puede probarse directamente, y ¿por qué la ley se contenta con la prueba indirecta, ó por mejor decir, con la presunción que resulta del consentimiento mutuo? Treilhard se explica en la Exposición de Motivos. Hay dos de estas causas que el cónyuge ofendido no puede sacar á luz: los excesos y el adulterio. La palabra vaga de excesos oculta un atentado á la vida. ¿Cómo se quiere que un cónyuge alegue una causa de divorcio que, si quedare probada, llevaría al cadalso al otro? La publicidad sería tan fatal para el inocente y para toda la familia tanto como para el culpable. Lo mismo sucede con el adulterio; no porque la pena sea tan grave sino que, según nuestras costumbres, el marido que acusa á su mujer de adulterio se cubre de ridículo y de ignominia. ¿No sería un bien si, en semejante caso, se pudiera verificar el divorcio sin ruido ni escándalo? Para obtener este resultado es por lo que los autores del código han admitido el divorcio por consentimiento mutuo. Han trazado tal manera de consentimiento, dice Treilhard, prescripto tales condiciones y requerido tales privaciones, en una palabra, han vendido tan caro el divorcio, si puede decirse, que sólo aquellos á quienes es absolutamente necesario pueden intentar comprarlo.

274. El divorcio por consentimiento mutuo encontró muchos contradictores en el sano de Consejo de Estado. Napoleón lo defendió con instancia. Confesó que las únicas causas que legitiman el divorcio son las que el código admite como causas determinadas. ¡Pero qué desgracia el verse forzado á exponerlas y á revelar hasta los detalles más íntimos y secretos del interior doméstico! En el sistema del código, agregaba el primer cónsul, el consentimiento mu-

tuo no es la *causa* del divorcio sino un *signo* de que el divorcio se haya hecho necesario. Así es que el tribunal pronunciará el divorcio no porque haya un consentimiento mutuo sino *cuando* haya un consentimiento mutuo; se detendrá ante este signo y no profundizará las causas reales que pueden haber acarreado la ruptura entre los esposos.

Los partidarios del consentimiento mutuo suponían que muy rara vez habría una demanda de divorcio fundada en el adulterio. Para esto, dice Réal, sería preciso que el hombre hubiese perdido todo género de vergüenza. ¿Qué sucedería, pues, si se rehusase el divorcio por consentimiento mutuo? Sería rehusar el uso del divorcio á casi la totalidad de los ciudadanos, y, sin embargo, el divorcio es un derecho desde el momento en que existe una causa tan legítima como el adulterio. En este sentido el divorcio por consentimiento mutuo es el complemento necesario del divorcio por causa determinada. Si éste es legítimo el otro es una necesidad. (1)

275. Si la realidad correspondiese á la teoría podríamos detenernos aquí: el divorcio por consentimiento mutuo quedaría justificado. Pero los hechos casi no han correspondido á las previsiones del legislador. Las acusaciones las más escandalosas de adulterio, querellas todavía más vergonzosas, han resonado en los tribunales á la clara luz de la publicidad. Así, pues, no se teme el escándalo, y hasta puede decirse que se busca. ¿Qué son, pues, los divorcios por consentimiento mutuo? Se verifican sin que haya una causa determinada de divorcio en el sentido legal; la única y verdadera causa que induce á los esposos á divorciarse es una recíproca incompatibilidad de indoles. Ni

1 Sesión del Consejo de Estado de 24 Vendimiario, año X, número 25 (Loché, t. II, p. 497).

se puede decir que al romper su unión por el único motivo de que les pesa la vida común violan el espíritu de la ley sino el texto; la causa de incompatibilidad está realmente escrita en la ley y condena todo el sistema.

El art. 233 establece: «El consentimiento mutuo y perseverante de los cónyuges, expresado de la manera prescripta por la ley, probará suficientemente que la *vida común les es insoportable*. ¿Por qué les es insoportable la vida común? Acaso porque hay una causa determinada que los esposos deban ocultar, excesos, un adulterio, una de esas vergonzosas injurias con que no queremos manchar nuestra pluma. Así se pretende, y tal es la doctrina del Primer Cónsul y de los hombres más eminentes del Consejo de Estado. Pero examinemos las condiciones que, según se dice, deben revelar que hay una causa perentoria de divorcio. El marido debe tener veinticinco años y la mujer veintiuno. ¿Antes de estas edades no puede haber una causa legítima de divorcio? ¿el adulterio? ¿las sevicias? ¿los mismos excesos? ¿Por qué, pues, no permitirles que rompan su unión? Es preciso, responde Treilhard, dejar á los cónyuges tiempo para *conocerse y experimentarse*; no debe recibirse su consentimiento en tanto que pueda suponerse que es una consecuencia de la *ligereza de la edad*. Lo preguntamos: ¿Qué cosa es la ley, qué tienen de común esos motivos con una causa determinada de divorcio? La verdadera causa indicada por el texto y por el espíritu de la ley es la incompatibilidad de índole. Treilhard hasta dijo estas palabras: ¿Por qué ya no se admite el divorcio después de veinte años de matrimonio? ¿Acaso no pueda haber causa determinada de divorcio después de veinte años? ¿Quién se atrevería á sostenerlo? ¿Por qué, pues, el legislador no lo permite? Porque, dice el Orador del Gobierno, la prolongada y pacífica cohabitación de los cónyu-

ges atestigua la compatibilidad de sus caracteres (1). Así, pues, la incompatibilidad de humor es la que la ley consagra al admitir el divorcio por consentimiento mutuo.

276. En el Consejo de Estado se confesó que la incompatibilidad de humor es una causa de divorcio en el sistema del Código (2) cuando es recíproca. ¿Qué cosa es, pues, esa incompatibilidad del humor ó del carácter? Es, á decir verdad, el consentimiento contrario que viene á romper un contrato hecho por el concurso de las voluntades. Cuando hay una verdadera incompatibilidad de caracteres, dice Emmery, el matrimonio se convierte en un suplicio para ambos consortes; los dos tratan entonces de desvincularlo, y es cuando tiene lugar el consentimiento mutuo. Emmery suponía que una causa determinada había producido esa incompatibilidad de humor (3). Vana suposición que desmienten el mismo texto de la ley y las condiciones que ella establece. ¿Quién no conoce la volubilidad de las pasiones humanas, los choques y los disgustos que resultan de la falta de indulgencia? Estas son las verdaderas causas de la incompatibilidad de humor. Lo que equivale á decir, como Tronchet lo ha hecho notar, que el divorcio por consentimiento mutuo arruina la estabilidad del matrimonio (4). En efecto, esto es la consagración de la teoría funesta que asimila el matrimonio á un contrato ordinario y permite disolverle, así como se ha formado, por el consentimiento solo de las partes contrayentes. Sin duda alguna que hay formalidades y condiciones más difíciles de llenar para disolver el matrimonio que para disolver un contrato ordinario; pero es bastante para conseguir el fin que

1 Treilhard, *Exposición de Motivos*, núm. 23 (Loché, t. II, p. 569).

2 Véanse las observaciones de Begnier y de Emmery, sesión de 6 Nivoso, año X, núm. 11 (Loché, t. II, p. 528).

3 Sesión de 16 Vendimiario, año X, núm. 13 (Loché, t. II, p. 485).

4 Sesión de 24 Vendimiario, año X, núm. 11 (Loché, t. II, p. 493).

se proponen que los cónyuges tengan una voluntad perseverante. En este sentido, y Treilhard lo confiesa, no hay más que una diferencia de nombre entre la incompatibilidad de humor y el consentimiento mutuo (1). En vano se dice que cuando hay incompatibilidad de humor hay también causas reales de ese recíproco disgusto: la mala conducta, los malos tratamientos, las injurias. Nada puede garantizar que esto sea así; depende de los cónyuges, sin que haya ninguna causa legítima de divorcio, romper su unión; tal es la observación del Ministro de Justicia, y ella condena el sistema del Código (2).

Venimos á parar en esta conclusión: que el divorcio por consentimiento mutuo no es, como lo deseaba el Primer Cónsul, como lo deseaba Portalis, una consecuencia y una dependencia del divorcio por causas determinadas; esto puede ser, pero también puede no ser; puede suceder que no haya más causa de divorcio que la incompatibilidad de humor, la ligereza de carácter, la inconstancia de las afecciones humanas. Es, en definitiva, un divorcio sin causa (3), y el divorcio sin causa es un atentado al matrimonio, un atentado al orden social. Esperamos que algún día desaparecerá de nuestro Código.

## § II.—De las condiciones.

277. El Código Napoleón exige rigurosas condiciones para el divorcio por consentimiento mutuo y prescribe numerosas formalidades con el fin que ya hemos indicado. Ya conocemos la primera condición y el motivo que se le ha dado: «El consentimiento de los cónyuges, dice el ar-

1 *Exposición de Motivos*, núm. 22 (Loaré, t. II, p. 568).

2 Sesión de 16 Vendimiario, año X, núm. 12 (Loaré, t. II, p. 483).

3 Tal es la expresión de Boulay, sesión de 24 Vendimiario, año X, núm. 25 (Loaré, t. II, p. 499).

tículo 275, no se admitirá si el marido tiene menos de veinticinco años ó si la mujer es menor de veintiuno.» Además de la razón alegada por Treilhard puede agregarse que sólo á esta edad los consortes pudieron casarse sin el consentimiento de sus ascendientes; parece, pues, justo no permitirles que rompan un contrato cuando no habrían podido formarlo. Pero este motivo no justifica la condición más que el otro, bajo el punto de vista de la teoría del Código. Si se supone que hay una causa oculta que legitime el divorcio poco importa la edad de los consortes y su incapacidad.

Pasa lo mismo con la segunda condición: «No se admitirá el consentimiento mutuo sino después de dos años de matrimonio (art. 276).» Tres años no tienen ya razón de ser en el sistema de las causas ocultas. No podrá haber divorcio por consentimiento mutuo después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga cuarenta y cinco años (art. 277).» El Primer Cónsul decía muy bien que el divorcio por consentimiento mutuo no debía limitarse ni por la duración del matrimonio ni por la edad de los cónyuges. ¿Qué contestó Emmery? «La incompatibilidad de carácter sería la causa real de esta clase de divorcios, y no es razonable admitirla después de que los esposos han vivido veinte años en buena inteligencia.» Sea, pero entonces sería preciso inscribir en la ley que el divorcio tenía lugar por incompatibilidad de humor. Y aun así, en esta doctrina no se comprende por qué la mujer de más de cuarenta y cinco años de edad no podía divorciarse. Esta condición no tiene verdaderamente razón de ser, por lo que se suprimió desde la primera votación (1), y se produjeron después, sin que se sepa la razón. Cuando se consultan los discursos pro-

1 Sesión del Consejo de Estado de 14 Nivoso, año X (Loaré, tomo II, p. 538, núm. 16).