

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).

nunciados ante el Cuerpo Legislativo no se hallan más que frases; escuchemos á Gillet, el Orador del Tribunal: «La ley dice á los esposos: No desdeñéis en el Otoño lo que encanta vuestra Primavera. ¿En qué otra parte hallaríais la misma constancia y comunes recuerdos? No rechacéis, pues, el yugo á que estáis acostumbrados (1).» Hé aquí lo que muy bien puede llamarse *verba et voces*, un vano sentido de palabras.

278. El art. 278 exige una cuarta condición; dice «que en ningún caso sería suficiente el consentimiento mutuo de los cónyuges si no está autorizado por sus padres ó por sus otros ascendientes vivos, según las reglas prescriptas por el artículo 150 en el título del *Matrimonio*.» Tiene razón Treilhard al decir que esta conclusión ofrece una garantía contra el abuso del divorcio: «Cuando dos familias enteras cuyos intereses y afectos casi siempre son contrarios se reúnen para atestiguar sobre la necesidad del divorcio es muy difícil que el divorcio no sea, en efecto, indispensable (2).» Estas palabras de la Exposición de Motivos nos dan á conocer el espíritu de la ley, y nosotros ayudaremos á resolver las dificultades á que da lugar su aplicación.

La ley exige también el consentimiento de los padres ó de los ascendientes para la validez del matrimonio. Pero es grande la diferencia entre los principios que rigen la formación del matrimonio y los que norman su disolución. Si se trata de contraer matrimonio los futuros esposos no tienen necesidad del consentimiento de sus padres ó de sus ascendientes sino cuando son menores, y este consentimiento se exige, sobre todo, para cubrir su incapacidad; el hijo mayor de veinticinco años, la hija mayor de veintiuno, pueden

1 Discurso de Gillet núm. 13 (Loaré, t. II, p. 603).
2 Exposición de motivos, núm. 23 (Loaré, t. II, p. 559).

casarse sin el consentimiento de sus ascendientes. Otra cosa es cuando se trata de disolver el matrimonio. Ya no es con motivo de la incapacidad de su edad por lo que los esposos deben conseguir el consentimiento de los ascendientes, porque son mayores, no pudiendo tener lugar el divorcio sino cuando el marido tiene veinticinco años y la mujer veintiuno. Si la ley quiere que las dos familias intervengan es para tener una garantía de que existe una causa seria que legitime la disolución del matrimonio.

El objeto diferente que tiene la ley en las dos hipótesis nos explica los principios diferentes que ella sigue. Exige que los padres y madres de los dos esposos autoricen el divorcio. ¿Qué debe decidirse si hay disenso entre el padre y la madre de uno de los consortes? ¿Debe aplicarse el art. 148, por cuyos términos basta con el consentimiento del padre? La Corte de Lieja así lo había decidido, pero el fallo fué casado á requisitoria de Merlin (1). Este es un error evidente. El art. 278 exige la autorización de los padres y no agrega, como lo hace el art. 148, que en caso de disenso sea suficiente la autorización del padre. Esto decide la cuestión. No puede decirse que hay lugar á aplicar por analogía la disposición del art. 148 en el caso del divorcio porque no hay ninguna analogía; hay, por el contrario, profundas diferencias. Acabamos de señalarlas; hay que añadir una más que es capital: y es que la ley favorece el matrimonio, mientras que no admite el divorcio sino como una triste necesidad. Hay más: el divorcio por mutuo consentimiento es todavía más desfavorable que el divorcio por causa determinada porque puede encubrir un divorcio sin causa; y para impedir este grave abuso la ley exige el concurso de los ascendientes de las dos familias;

1 Sentencia de 3 Octubre de 1810 (Merlin, *Questions de derecho*, en la palabra *Divorcio*, pfo. VII, t. V, p. 341).

si la madre se rehusa á autorizar el divorcio hay que creer que no hay causa legitima; por lo tanto, debe desecharse el divorcio.

En cuanto á los abuelos se presenta una cuestión análoga, pero que es más dudosa. Según los términos del artículo 150 si hay desentimiento entre el abuelo y la abuela de la misma línea es suficiente el consentimiento del abuelo, y si hay disentimiento entre las dos líneas esta división trae consigo el consentimiento. ¿Debe aplicarse esta disposición en materia de divorcio? Veríase uno tentado á creerlo al leer en el texto del art. 278 que los ascendientes vivos deben autorizar el divorcio, según las reglas prescriptas por el art. 150 (1).

Ahora bien, entre estas reglas se hallan las concernientes al disentimiento, sea del abuelo y de la abuela, sea de las dos líneas. Sin embargo, la opinión contraria prevalece y se funda en los trabajos preparatorios del Código Civil. La disposición primitiva del art. 150 estaba concebida así: «En ningún caso será bastante el consentimiento mutuo de los cónyuges si no está autorizado por sus padres ó madres, ó por sus otros ascendientes vivos si aquéllos han muerto.» Cuando se sometió el proyecto al Tribunal de Sección de Legislación observó que esta redacción era demasiado vaga porque podía hacer creer que si existían abuelos y bisabuelos todos debían autorizar el divorcio. La intención del legislador era conformarse con el consentimiento de los más próximos. Para expresar mejor el fin de la ley el Tribunal propuso que se agregase: «Esta autorización se obtendrá conforme á las reglas prescriptas por el art. 7 (el 150 actual) en el título del Matrimonio.» El Tribunal cuidó de agregar que esta adición tenía por objeto desvanecer toda incertidumbre acerca del *orden*, se-

1 Esta es la opinión de M. Willequet, *Del divorcio*, p. 196.

gún el cual los padres deben ser llamados á consentir; parece conveniente, dice, que este *orden* sea el mismo para el divorcio que para el matrimonio; es decir, que el abuelo y la abuela reemplacen al padre y á la madre difuntos y que los bisabuelos sólo vengan á falta de abuelos. Resulta de esto que remitiendo á las *reglas* establecidas por el artículo 150 el Tribunal no pensaba más que en el *orden* por el cual los ascendientes deben autorizar el divorcio; no se trató de los principios que rigen el disentimiento. Y no se puede suponer que los autores del Código hayan aplicado al divorcio disposiciones que no se han admitido sino en razón del favor de que goza el matrimonio (1). Puede agregarse que el texto de los arts. 278 y 283 confirma esta interpretación. Al hablar de los ascendientes la ley agrega siempre la palabra *vivos*; ¿no es esto marcar que *todos los que vivan* deben consentir del mismo modo que los padres y madres deben autorizar el divorcio para que pueda verificarse? Desde el momento en que haya un ascendiente de los llamados á consentir que rehuse su autorización se debe suponer que no hay causa grave que justifique el divorcio.

Si uno de los ascendientes citados para consentir ha muerto los esposos deben producir el acta de defunción. Sobre este punto, sin embargo, el legislador rebaja su severidad. El art. 283 dice: «Se presumirá que los padres, madres, abuelos y abuelas de los esposos están vivos hasta la representación de las actas que comprueban su defunción.» Resulta de aquí que no se presumen vivos los bisabuelos; los esposos no deben, pues, producir las actas de fallecimiento de aquéllos, lo que á veces habría sido imposible. Pero la ley retorna á su sistema de rigor cuando se

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Divorcio*, pfo. VII (t. V, p. 342).

trata del modo de probar la defunción. Exige actas levantadas por el oficial del estado civil. Si no se ha llevado registro ó si los registros se han perdido los esposos pueden invocar el beneficio del art. 46: este es el derecho común y no un favor. Pero no pueden prevalerse de la opinión del Consejo de Estado del 4 Termidor, año XIII, que dispensa á los futuros esposos de producir las actas de defunción de los padres y las madres cuando los abuelos atestiguan dicha defunción, y que se conforma con un testimonio por juramento cuando todos los ascendientes han fallecido. Estas disposiciones no pueden aplicarse al divorcio, por la sola razón de que no se han introducido sino por el favor que el matrimonio merece.

El art. 283 añade un rigor nuevo al prescribir que los ascendientes den su autorización en una declaración auténtica; y el legislador cuida de precisar lo que esa declaración debe contener: deben decir que, por causas que les son conocidas, autorizan á Fulano ó Zutano, hijo ó hija, nieto ó nieta, casado ó casada con Fulano ó Zutano, para pedir el divorcio y consentirlo. Todo es de rigor en esta materia. Así, pues, una autorización verbal recibida por el juez sería insuficiente, lo mismo que una declaración que no contuviese las declaraciones prescriptas por la ley.

Por último, la ley no se conforma con el consentimiento dado una vez, como en materia de matrimonio. Quiere que los cónyuges renueven tres ocasiones su propio consentimiento; y tan á menudo como están obligados á declarar que persisten en su declaración deben también volver á presentar la prueba por acto público de que sus padres, madres ú otros ascendientes vivos persisten en su primera determinación (art. 285). Se preguntó al Consejo de Estado cuál era el objeto de estos consentimientos repetidos; Emmerly contestó que la formalidad daba á los ascendien-

tes el medio de corregir un consentimiento otorgado por sorpresa ó demasiado fácilmente (1).

§ III.—*De las medidas preliminares.*

279. Los esposos, dice el art. 279, están obligados á hacer previamente inventario y estimación de todos sus bienes muebles é inmuebles. Esta obligación tiene por objeto asegurar la ejecución fiel del art. 305 que atribuye á los hijos la propiedad de la mitad de los bienes de cada uno de los dos esposos desde el día de su primera declaración. Como el inventario se hace por el interés de los hijos se ha deducido que podían ellos intervenir, sea personalmente si son mayores, sea por medio de un tutor especial que se discerniese á los hijos menores (2). Esto nos parece muy dudoso. La ley no da este derecho á los hijos y, por consecuencia, no impone á los esposos la obligación de convocarlos para el inventario. Y en esta materia todo es de rigor; si las prescripciones de la ley deben observarse al pie de la letra en cambio no es permitido al intérprete agregarles nada. El legislador tenta, por otra parte, una excelente razón para no exigir la presencia de los hijos. ¿No sería odioso que los hijos viniesen á investigar los actos ya tan severos que sus padres están obligados á llevar á cabo? La ley no quiere que los hijos sean testigos contra los padres, ni aun en caso de divorcio. Tampoco puede ser que asuman el papel de vigilantes. El respeto que deben á sus padres los aleja del triste procedimiento en que los autores de sus días se hallan envueltos:

1 Sesión del Consejo de Estado del 22 Fructidor, año X, núm. 14 (Loché, t. II, p. 548).

2 Willequet, *Del divorcio*, pfo. 201. núm. 5. Arnz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p. 254, núm. 451.