

280. El art. 279 quiere además que los cónyuges arreglen sus respectivos derechos, sobre los cuales, agrega la ley, les es, no obstante, permitido que transijan. Este arreglo debe hacerse sin intervención del tribunal. Síguese de aquí que la mujer no necesita estar autorizada judicialmente para transar. Por otra parte, como el marido interviene en el acto como parte con eso sólo la autoriza. Esta es la aplicación de los principios generales sobre la autorización marital (1). Si los cónyuges no estuviesen acordes el divorcio no podría llevarse á cabo. Todo debe hacerse por el concurso de sus voluntades.

281. Por último, el art. 280 quiere que los esposos confirmen por escrito sus convenciones sobre los tres puntos siguientes: 1.º, á quién se han de confiar los hijos nacidos de su unión, sea durante el período de prueba, sea después de que el divorcio se pronuncie; 2.º, á qué casa deberá retirarse la mujer y residir durante las pruebas; 3.º, qué suma deberá pagar el marido á su mujer durante el mismo tiempo si ella no tiene rentas suficientes para subvenir á sus necesidades.

La mayor parte de estas medidas son provisionales. En el procedimiento de divorcio por causa determinada el tribunal las ordena. Cuando los cónyuges se divorcian por consentimiento mutuo todo deba hacerse conforme á su libre acuerdo. Sólo hay una medida que sea definitiva, la que se refiere á la guarda de los hijos; insistiremos en ello al tratar de los efectos del divorcio.

La ley exige que las convenciones de los cónyuges se confirmen por escrito, pero no dice que los escritos deben ser auténticos; los cónyuges pueden, pues, levantar actas bajo firma privada; estas actas adquieren el carácter de autenticidad por el depósito que de ellas deben hacer los es-

1 Véanse los pfo. 121 y 134 de este tomo.

posos, compareciendo personalmente, en manos del presidente del tribunal y de los notarios, de todo lo cual vamos á hablar (art. 283).

§ IV.—*Del procedimiento.*

282. El procedimiento comienza por una tentativa de conciliación, tentativa casi inútil, supuesto que el magistrado ignora la verdadera causa del divorcio que los cónyuges intentan. Estos deben presentarse juntos y personalmente ante el presidente del tribunal civil de su circunscripción; le declaran su voluntad en presencia de dos notarios traídos por ellos (art. 281). El juez hace á los dos esposos reunidos, y á cada uno en particular, en presencia de los notarios, aquellas representaciones y exhortaciones que estime convenientes. Da lectura al capítulo IV del título del Divorcio, que norma los efectos del divorcio, y les desarrolla todas las consecuencias del paso que van á dar. Si los cónyuges persisten en su resolución el presidente les da acta de que piden y consienten el divorcio. Los cónyuges deben depositar inmediatamente en manos de los notarios las actas prescriptas por los arts. 279 y 280 (núms. 279 y 281); además: 1.º, las actas de su nacimiento y de su matrimonio; 2.º, las actas de nacimiento y de defunción de todos los hijos nacidos de su matrimonio; 3.º, la autorización de los ascendientes de que hemos hablado (art. 283 y número 278 de este tomo). Se requiere la producción de estas actas á fin de que el tribunal que ha de admitir el divorcio pueda estar seguro de que se han cumplido las condiciones prescriptas por la ley.

Los notarios levantan acta detallada de todo lo que se ha dicho y hecho en esta primera comparecencia ante el presidente. Debe hacerse mención de la advertencia que el

magistrado hace á la mujer para que se retire, dentro de veinticuatro horas, á la casa convenida entre ella y su marido, y de residir allí hasta que se pronuncie el divorcio (art. 284).

Esta tentativa de reconciliación debe renovarse tres veces en la primera quincena de cada uno de los meses cuarto, séptimo y décimo que siguen. Las mismas formalidades deben observarse. Sin embargo, la ley dispensa á los esposos que reproduzcan las actas que, cuando la primera comparecencia, fueron depositadas en manos de los notarios, exceptuando las actas que comprueban el consentimiento de los ascendientes, y ya hemos dado la razón de esto (art. 285).

283. La ley prescribe una última tentativa de reconciliación. En la quincena del día en que fenezca el año, contado desde la primera declaración, los cónyuges, asistidos cada uno de los amigos, personas notables en la circunscripción, de cincuenta años de edad por lo menos, se presentan juntos y personalmente al presidente del tribunal. Ponen en sus manos los expedientes de las cuatro actas que comprueban su consentimiento mutuo, y de todos los documentos anexos. Después requieren del magistrado, cada uno separadamente, en presencia, no obstante, uno de otro y de los cuatro notables, la admisión del divorcio (art. 286).

En este momento interviene la tentativa de reconciliación. El juez y los asistentes, dice el art. 287, hacen sus observaciones á los esposos. Por asistentes deben entenderse los cuatro notables, que en cierto modo representan á la sociedad y que, en nombre de ella, tratan de prevenir la disolución del matrimonio. Si los cónyuges perseveran se les da acta de su requisición y de la entrega, hecha por ello, de las piezas que la apoyan. El escribano levanta una acta que deben firmar las partes, así como los cua-

tro asistentes, el juez y el escribano. El juez pone en seguida, al calce de esta acta, su auto, diciendo que en el plazo de tres días informará de todo ello al tribunal en la sala del consejo. El escribano traslada las piezas al Procurador del Rey, el cual hace por escrito sus conclusiones. Si encuentra que se han cumplido todos los requisitos legales, que se han observado todas las formalidades, concluirá en estos términos: *la ley permite*; en caso contrario dirá: *la ley impide*. El art. 289 repite sumariamente las condiciones y las formas que la ley prescribe, y el mismo artículo agrega que la prueba de su cumplimiento debe resultar de las piezas. No se ve que las partes sean llamadas para hacer sus observaciones sobre las conclusiones del ministerio público, ni por sí mismas, ni por medio de consejos. En efecto, no habiendo proceso no hay debate judicial. El consentimiento de las partes, dice el art. 233, expresado de al manera requerida por la ley, bajo las condiciones y después de las pruebas que aquella determina, es lo que disuelve el matrimonio. El Procurador del Rey no hace más que verificar las piezas y da sus conclusiones sin motivarlas. Así es que no hay debate posible (art. 289). El tribunal también se limita á verificar si las condiciones y las formas legales se han llenado; debe admitir el divorcio desde el momento en que el procedimiento sea regular, no tiene la misión de examinar si hay ó no una causa de divorcio: se presume que la causa existe desde el momento en que las condiciones y las formas han sido observadas con regularidad. Si admite el divorcio ni siquiera debe motivar su decisión; la ley no exige motivos sino cuando el tribunal declare que no hay lugar á admitir el divorcio (art. 290).

284. Aquí se presenta la cuestión capital en esta materia. ¿Cuándo debe el tribunal desechar el divorcio? El artículo 290 responde: Si las partes no han satisfecho las condi-

ciones y si no han llenado las formalidades determinadas por la ley. Todas las condiciones, todas las formalidades están, pues, prescriptas bajo pena de nulidad. Este principio riguroso está en armonía con el espíritu de la ley, como lo expresa la Corte de Casación: «la intención evidente del legislador ha sido erizar de dificultades el divorcio por consentimiento mutuo para hacerlo lo más raro que sea posible; está necesariamente dentro de su deseo que todas las formalidades que ha prescripto, como todas las condiciones que ha impuesto, se ejecuten con todo rigor.» De donde se sigue que la falta de observancia de una sola de esas formalidades ó de esas condiciones, cualquiera que ella sea, es bastante para acarrear la nulidad del divorcio (1)

La Corte de Casación aplicó este principio con extremo rigor; pero, fuerza es decirlo, tal rigor es la aspiración de la ley. Por los términos del art. 285 la declaración de los cónyuges debe renovarse en épocas fijas, en la primera quincena de cada uno de los meses cuarto, séptimo y décimo. Si se hace más pronto, aun cuando no haya más diferencia que un día, hay nulidad; de modo que, aun cuando se haya renovado la declaración, hay nulidad por el solo hecho de que la renovación no se haya verificado en los plazos prescriptos por la ley. La Corte de Casación prevee que le reprocharán que sea formalista hasta el absurdo; contesta anticipadamente á tal reproche diciendo que un solo medio hay para ejecutar la ley según su espíritu en una materia tan rigurosa, y es apoyarse estricta y severamente á la letra misma de su disposición. Esto es muy jurídico; pero no prueba todo ello en contra del divorcio por consentimiento mutuo? ¡Cómo! ¡porque la declaración se hace mañana en lugar de hacerla hoy no habrá ya causa legítima de divor-

1 Sentencia de 3 de Octubre de 1810 (Merlín, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Divorcio*, pfo. VII, t. V, p. 316).

ciol! ¡Y habrá causa legítima sólo porque se hayan observado regularmente todas las formas! Hé ahí, en verdad, presunciones á las que lo más á menudo desmentirán los hechos. ¡Y, sin embargo, tal es la única base en que descansa la ley.

La jurisprudencia ha seguido, y con razón, el sistema riguroso inaugurado por la Corte de Casación en 1810. Cuando la renovación de su declaración los cónyuges deben, en cada ocasión, volver á producir la prueba por acto público de que sus ascendientes persisten en su primera determinación (art. 285). En vano producirán la autorización ante el tribunal, el procedimiento es nulo por el hecho solo de que la producción del consentimiento de los ascendientes no tuvo lugar en las épocas prescriptas por la ley. Así lo ha fallado la Corte de Bruselas (1). En el caso de que tratamos estaba auténticamente comprobado que los ascendientes habian perseverado siempre en su consentimiento y, sin embargo, el procedimiento fué anulado porque la prueba de su perseverancia no se produjo cuando debió serlo. ¡Muy jurídico, pero también soberanamente absurdo! Las leyes son malas cuando en su aplicación van á parar en el absurdo.

Los esposos no han hecho inventario como lo exige el art. 279, pero han hecho un acto de división de su comunidad. Aun cuando este acto comprendiese todos los muebles é inmuebles de la comunidad no haría veces de inventario; en consecuencia, el procedimiento sería nulo (2). En efecto, el acto de división por sí mismo es nulo, no pudiendo los cónyuges dividir la comunidad antes de la disolución del matrimonio.

1 Sentencia de Bruselas de 2 de Agosto de 1858 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 405).

2 Sentencia precitada, núm. 284, de la Corte de Casación, de 3 de Octubre de 1810.

Sólo una sentencia conocemos que se haya apartado del rigor de la ley. El art. 283 exige que en la primera comparecencia ante el presidente, después de haber declarado que persisten en su resolución, produzcan y depositen *al instante* las actas de defunción de sus ascendientes. Se ha fallado que si se verifica esta producción posteriormente esto basta para satisfacer la aspiración de la ley. En razón sí, en derecho no. La Corte de Lieja dice que esto equivale á crear una nulidad que la ley no pronuncia (1). Del todo absolutamente la ley pronuncia implícitamente la nulidad por falta de observancia de todas las formas, como lo expresa muy bien la Corte de Casación de Francia, aun cuando dichas formas no sean más que plazos.

285. La ley admite la apelación del juicio que ha desechado el divorcio. Esto no es más que el derecho común. Pero hay esto de especial: que la apelación no es de admitirse sino cuando es interpuesta por los dos esposos. Esto es muy lógico, supuesto que el divorcio no puede tener lugar sino por concurso de consentimientos. Así, pues, si hay apelación las dos partes deben estar de acuerdo para pedir el divorcio. Cada uno debe hacerlo por acto separado, sin duda para poner en salvo la libertad de los esposos. El plazo es más corto que el plazo ordinario; dentro de diez días cuando menos, dice el art. 291, y dentro de veinte días cuando más tarde después de la fecha del juicio de primera instancia. Los actos de apelación deben notificarse tanto al otro cónyuge como al Procurador del Rey (art. 292). Este comunica los expedientes al Procurador General. Después de las conclusiones por escrito del Minis-

1 Sentencia de 3 de Octubre de 1834 (*Jurisprudencia del Siglo XIX*, 1835, 3, 49). Hay una sentencia en sentido contrario, de Tarrin, de 20 de Septiembre de 1810 (Arntz, *Curso de derecho civil*, tomo I, p. 238, núm. 459).

terio Público el presidente rinde su informe en la Sala del Consejo, y en seguida la Corte pronuncia su fallo (art. 293).

El Código Civil no habla del recurso de casación, pero como es de derecho común debe admitirse por el solo hecho de que la ley no lo prohíbe. Ciertamente es que el artículo 263 consagra formalmente esta vía de recursos cuando el divorcio tiene lugar por causa determinada. El Tribunalado fué el que pidió que el recurso de casación se consagrara en términos formales á fin de evitar las dudas que habrían podido surgir del silencio de la ley en una materia enteramente especial. La observación del Tribunalado se refería á todo fallo pronunciado en última instancia sobre una demanda de divorcio, sin distinguir entre el divorcio por consentimiento mutuo y el divorcio por causa determinada. En efecto, no hay razón ninguna para distinguir. El Consejo de Estado dió derecho á la proposición del Tribunalado; pero olvidáronse de reproducir para el divorcio por consentimiento mutuo la disposición del art. 263. Este olvido no significa ciertamente que deba desecharse una vía de recurso que el legislador ha dado á entender que admitía. Por analogía hay que decidir que los dos cónyuges deben formular el recurso para que sea aceptado. Como la ley no prescribe un plazo especial hay que atenerse al derecho común (1).

286. No es el juez quien pronuncia el divorcio. El artículo 290 dice que el tribunal, si admite el divorcio, manda á las partes ante el oficial del estado civil para que éste lo pronuncie. Este artículo no habla del plazo dentro del cual debe ejecutarse el fallo. La ley vuelve á este punto después de haber hablado de la apelación. «En virtud de la sentencia que admite el divorcio, dice el artículo 294, y dentro de los veinte días desde su fecha, las

1 Willequet, *Del divorcio*, ps. 221 y siguientes.

partes se presentarán juntas y personalmente, ante el oficial del estado civil, para hacer que se pronuncie el divorcio. Transcurrido aquel término el fallo permanecerá como si no hubiese tenido lugar." La ley habla de la sentencia, pero evidentemente hay que incluir el juicio de primera instancia. El oficial del estado civil levanta acta del divorcio, que se hace pública si uno de los cónyuges es comerciante (Código de Procedimientos, art. 872).

CAPITULO III.

DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO.

SECCION I.—Principios generales.

287. El divorcio es la disolución del matrimonio. Así, pues, desde el instante en que se pronuncia el divorcio el matrimonio cesa de existir con todos los efectos que le prescriben la ley ó las convenciones matrimoniales. La ley es la que rige las relaciones de los cónyuges, sus derechos y sus obligaciones. Estos derechos y estas obligaciones cesan después del divorcio. Ya no hay esposos; así, pues, la mujer no tiene ya el derecho de llevar el nombre de aquel que fué su marido. Ya no hay poder marital; la mujer recobra su plena y completa capacidad jurídica. Ya no puede tratarse de deberes de fidelidad, de auxilios, de asistencia. Si uno de los esposos divorciados llegase a morir el otro no le heredaría, porque ya no son esposos. Las convenciones matrimoniales quedan igualmente disueltas. Si los esposos fuesen comunes en bienes la comunidad se divide, como en caso de muerte. Si los cónyuges estuviesen casados bajo otro régimen este régimen cesa también de producir sus efectos, la mujer recobra sus bienes y el marido ya no tiene derecho alguno sobre ellos.