

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.

¿De todo esto debe deducirse que el matrimonio haya de considerarse como si nunca hubiese existido? No. El matrimonio está disuelto, pero no anulado. Cuando se anula el matrimonio es en razón de un vicio radical que lo infecta, vicio en virtud del cual no podía ser contrato válido, en consecuencia, que impide que el matrimonio produzca ningún efecto. El divorcio implica, por el contrario, un matrimonio válido y que debe producir sus efectos, supuesto que uno de los esposos se queja de que las obligaciones del matrimonio han sido violadas en perjuicio suyo. Sigue-se de ahí que el matrimonio no está disuelto retroactivamente. Ha existido válidamente hasta que el oficial del estado civil pronuncia su disolución; así es que hasta este momento produce sus efectos, y si éstos son de naturaleza propia para perpetuarse subsistirán después del divorcio. Han nacido hijos del matrimonio; el hecho de haber sido concebidos durante el matrimonio les ha dado la legitimidad que el divorcio no puede quitarles; así es que conservan todos los derechos de los hijos legítimos contra sus padres divorciados: el derecho de educación, el derecho á los alimentos, el derecho de sucesión. Por la misma razón los padres divorciados conservan el poder paterno sobre sus hijos, porque no cesan de ser padre y madre; ahora bien, el poder paterno deriva de la paternidad y de la maternidad; á decir verdad es un deber de protección establecido en favor de los hijos más bien que un derecho de los padres, y ciertamente que no hay razón para que el divorcio desligue al padre y á la madre de un deber. Sin embargo, el divorcio modifica, bajo ciertos respectos, el ejercicio del poder paternal y los derechos que de él resultan sobre los bienes de los hijos.

Por la misma manera el divorcio no deja abolidos los impedimentos de matrimonio que han resultado del matri-

monio disuelto. Respecto á los impedimentos fundados en el parentesco la cosa es evidente porque el divorcio no rompe los vínculos de la sangre. Hay que aplicar el mismo principio á los impedimentos fundados en la alianza: los cuñados y cuñadas no podrán casarse. En vano se dirá que habiéndose disuelto el matrimonio ya no hay cuñados y cuñadas. Ciertamente es que ya no hay alianza, pero la alianza que ha existido ha producido un efecto que atañe á la moralidad pública y que se perpetúa. Si se tratase de nuevos efectos que la alianza debiera producir después del divorcio entonces se aplicaría el principio de que cesando la causa los efectos deben cesar: tal sería la obligación alimenticia. Pero el principio no recibe su aplicación á los efectos ya producidos (1).

288. Hemos supuesto que el matrimonio queda disuelto á contar desde que el divorcio se pronuncia por el oficial del estado civil. Zachariæ enseña que esta declaración es retroactiva respecto al día del fallo. Pretende que éste pronuncie el divorcio con condición suspensiva; la declaración del oficial público no es más que la ejecución del fallo que admite el divorcio. Esto es contrario á los textos y á los principios. Los art. 264, 290 y 294 dicen de la manera más formal que el tribunal envía á los cónyuges ante el oficial del estado civil para que pronuncie el divorcio; hasta este momento subsiste, pues, el matrimonio. No puede, pues, ser cuestión de una condición suspensiva, porque no hay más condiciones que las que están estipuladas por las partes ó subentendidas por la ley. En materia de divorcio las partes nada pueden estipular, supuesto que el matrimonio es de orden público. Sería, pues, necesario que la condición estuviese escrita en la ley. Y el legislador se ha cuidado muy bien de establecer una condición; un estado con-

1 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 268, pfo. 147.

dicional, es decir, incierto, no puede concebirse en esta materia; el matrimonio no puede disolverse ni contraerse bajo condiciones. Por la misma razón no puede aplicarse al fallo que admite el divorcio el principio de que todo juicio tiene efecto retroactivo hasta el día de la demanda; desde luego, porque no es el fallo el que pronuncia el divorcio y, además, porque el principio de la retroactividad de los juicios supone que el juez no hace más que declarar derechos preexistentes, derechos pecuniarios que están ya en el patrimonio del actor, mientras que el divorcio viene á destruir un estado y á crear otro nuevo.

289. Uno de los efectos más considerables al divorcio es que los cónyuges pueden contraer un nuevo matrimonio. En razón de esta libertad para volverse á casar es por lo que los autores del Código han preferido el divorcio á la separación de cuerpo (1). Sin embargo, el derecho de contraer una nueva unión recibe restricciones que difieren según las causas de divorcio: más adelante las expondremos. Una de estas restricciones se aplica á toda clase de divorcio, cualquiera que sea la causa por la cual se haya pronunciado; los esposos divorciados, dice el art. 295, no podrán ya volver á reunirse. Los autores del Código tomaron esta disposición de Montesquieu, que la encontró en las leyes de México; dice Montesquieu que la ley que prohíbe á los cónyuges volverse á unir entra mejor en las vías de indisolubilidad del matrimonio que la ley que se les permite (2). Treilhard desarrolla este pensamiento en la Exposición de Motivos: «El divorcio no debe pronunciarse sino á prueba de una necesidad absoluta y cuando se le demuestra bien á la justicia que la unión entre los dos consortes es imposible: una vez comprobada dicha imposibilidad la reunión sólo podría

1 Treilhard, *Exposición de motivos*, núm. 33 (Loché, t. II, p. 572).

2 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, XVI, 15.

ser una nueva ocasión de escándalo. Importa que los cónyuges estén penetrados de antemano de toda la gravedad de la acción que van á intentar; que no ignoren que el vínculo se romperá sin remedio ulterior, y que no pueden considerar el uso del divorcio como una simple ocasión de someterse á pruebas pasajeras para reanudar la vida común cuando se creyesen suficientemente corregidos.»

La disposición fué vivamente combatida en el seno del Consejo de Estado. Nosotros somos de opinión que los opositores tenían razón contra Montesquieu. Si los esposos quedan en libertad para contraer un nuevo matrimonio ¿por qué no habrían de tenerla para contraerle entre sí; es decir, entre personas que naturalmente deben preferirse? Si el divorcio es necesario no por eso deja de ser un escándalo: debe, pues, desearse que el matrimonio destinado á durar siempre recobre su perpetuidad. Se temen nuevos desórdenes. Nosotros responderemos que el desorden puede también producirse y se ha producido en las uniones nuevas que el Código permite á los esposos divorciados. En cambio puede haber arrepentimiento: ¿por qué no dejar abierta una puerta? En vano dice Portalis que por respeto al matrimonio debe prohibirse á los cónyuges que vuelvan á unirse, á fin de que no tomen á juego el divorcio como tomaron el matrimonio, á fin de que no se divorcien ligeramente y con la premeditación de volverse á reunir. Nosotros contestaremos, con Bérenger, que no debe temerse que se divorcien por ligereza ó por cálculo; los que se divorcian lo hacen con un espíritu de perpetuidad, tauto como los que se casan; si, apesar de esto, se permite á los esposos que se desunen ¿por qué no habría de permitirseles que volvieran á unirse? Decir, como Treilhard, que los esposos en el momento en que se divorcian podrían en cierto modo especular con su reunión es no tener en cuenta las pasiones que provocan

el divorcio. (1) Nó, en el momento en que ellos rompen su matrimonio, los esposos piensan ciertamente que será para siempre; por esto es por lo que piden el divorcio en lugar de conformarse con la separación de cuerpo. Pero si el arrepentimiento los corrige; si se compadecen de la triste condición de sus hijos, ¿por qué no permitir una unión que está en la aspiración de la naturaleza y en el interés de la sociedad?

SECCION II—De los efectos del divorcio en cuanto á los esposos.

§ I.—DEL DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

290. Resultan del divorcio por causa determinada dos impedimentos al matrimonio. La mujer divorciada no puede volver á casarse sino diez meses después de pronunciado el divorcio (art. 296). Esta es una disposición análoga á la del art. 218 y está fundada en los mismos motivos. Cuando el divorcio se pronuncia por causa de adulterio el esposo culpable no puede volver jamás á casarse con su cómplice (art. 298). Nada es más moral como este impedimento; desgraciadamente es, como todos los impedimentos originados del divorcio, simplemente prohibitivo. Así, pues, si se celebrase el matrimonio subsistiría á despecho de la moralidad pública. (2)

291. Según los términos del art. 298 la mujer adúltera será sentenciada por el mismo fallo que admite el divorcio, y á requisitoria del Ministerio Público, á una prisión de tres meses á dos años. El art. 308 contiene una disposición

1 Sesión del Consejo de Estado de 16 Nivoso, año X (Loché, tomo II, ps. 540-542, núm. 3).

2 Véase el tomo II de estos *Principios*, núm. 366.

análoga para la separación de cuerpo. Esta es una excepción al principio que separa la jurisdicción civil de la jurisdicción criminal. Los tribunales civiles no pronuncian penas. ¿Por qué, pues, el Código Napoleón quiere que la mujer adúltera sea sentenciada á prisión por el tribunal civil? Hay una razón histórica que explica esta anomalía. La legislación intermediaria no castigaba el adulterio; era este un error que los autores del Código se apresuraron á corregir; insertaron, en consecuencia, una disposición penal en el Código Civil, y considerando la pena como un accesorio de la demanda de divorcio dieron al tribunal civil el derecho de pronunciar la pena conminada contra la mujer adúltera. (1)

Para que el tribunal civil pueda sentenciar á la mujer se necesitan dos condiciones: en primer lugar, el requerimiento del Ministerio Público y, además, que éste requiera la pena antes del fallo sobre el divorcio, porque la ley quiere que la pena se pronuncie en el mismo fallo. Así, pues, si el Ministerio Público hiciese su requerimiento después del fallo no podría admitirse en derecho. No es necesario decir que el tribunal civil no puede condenar al marido adúltero; siendo su competencia una derogación del derecho común debe restringirse á los límites precisos de la ley.

La combinación del Código Civil y del Código Penal da lugar á serias dificultades. Pregúntase, en primer lugar, si los arts. 298 y 308 no han sido abrogados por el Código Penal. Hay un motivo para dudar. Estas disposiciones se han escrito porque cuando se publicó el Código Civil el adulterio no era castigado; desde entonces ha intervenido el Código Penal de 1810, que contiene un sistema completo sobre el castigo del adulterio. ¿No debe concluirse de esto que las

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 433 número 381.