

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.

disposiciones del Código Napoleón son transitorias y, como tales, abrogadas por el Código Penal? La Corte de Lieja así lo había resuelto por sentencia de 6 de Marzo de 1849; pero volvió de este error, porque error hay en esto. En efecto, el Código Civil no se limita á pronunciar una pena contra la mujer adúltera; atribuye, además, competencia al tribunal á cuyo cargo está la demanda de divorcio; esta última disposición nada tiene de transitoria; es definitiva y no está ciertamente abrogada por el Código Penal, porque una ley general no deroga una ley especial. (1)

Hay otro conflicto entre la ley penal y la ley civil. El art. 336 del Código Penal dice: «El adulterio de la mujer sólo puede denunciarlo el marido.» Es cierto que el adulterio es un delito público en el sentido de que atenta á la santidad del matrimonio, que la ley debe proteger y garantizar; pero, como lo expresó el Orador del Gobierno en 1840, bajo otros puntos de vista es menos un delito contra la sociedad que contra el cónyuge á quien lastima en su amor propio, en su honra y en sus efectos. Así, pues, sin querrela del marido no puede haber condena contra la mujer. ¿Este principio se aplica á la condena que pronuncian los tribunales civiles en virtud de los arts. 298 y 308? ¿es decir, preciso es que el marido haga una denuncia formal para que el Ministerio Público pueda requerir la pena de prisión contra la mujer? Nó, la disposición del art. 298 es especial y no tolera la aplicación de los principios del derecho criminal sobre la declaración ó la querrela. La acción de divorcio es una acción civil, y ante los tribunales civiles no puede tratarse de querrela ni declaración. Todo lo que el Código Napoleón exige es que el fallo admita el divorcio por causa de adulterio, lo que supone naturalmente que

1 Sentencia de Lieja de 29 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 260).

el marido ha pedido el divorcio por adulterio de la mujer. No es necesario que el marido denuncie; además, el adulterio. Puede decirse que lo denuncia implícitamente al pedir el divorcio por causa de adulterio. Esto basta para que el Ministerio Público tenga el derecho y el deber de requerir la pena. (1) La disposición del art. 298 está abrogada por el Código Penal belga, que dice en su art. 390: «La persecución ó la condena por adulterio no podía tener lugar sino á aquerrela del cónyuge que pretende estar ofendido.» Las palabras *ó la condena* implican que la simple acción de divorcio no es bastante para que el Ministerio Público pueda requerir la condena de la mujer, se necesita una *querrela*. (2)

Según el Código Penal de 1810 (art. 236) el marido convicto de haber sostenido á una concubina en la casa común no era admitido á denunciar el adulterio de la mujer. De ahí la cuestión de saber si esta disposición se aplica en el caso del art. 298. La hacemos á un lado, supuesto que no puede ya presentarse, según el nuevo Código Penal belga.

Por último, hay una dificultad concerniente á la prescripción. La acción de divorcio prescribe en treinta años, mientras que el delito del adulterio prescribe en tres años. ¿Si el marido intenta acción de divorcio más de tres años después de que el delito de adulterio se cometió el Ministerio Público puede todavía requerir la prisión? Nó, ciertamente. Hay dos acciones bien distintas: la del marido, que tiende únicamente al divorcio, y la del Ministerio Público, que tiende á la aplicación de la pena. La pena supone un delito; cuando la acción pública ha prescripto ya no

1 Sentencias de Lieja de 11 de Julio de 1833, y de Bruselas de 10 de Julio de 1858 (*Pasicrisia*, 1833, 200, y 1859, 71).

2 Hans, *Principios generales del derecho penal belga*, p. 652.

hay delito y, por consiguiente, ya no puede haber condena por delito. (1)

§ II.—DEL DIVORCIO POR CONSENTIMIENTO MUTUO.

292. Este divorcio produce un impedimento especial al matrimonio; por los términos del art. 297 ninguno de los dos cónyuges puede contraer un nuevo matrimonio sino tres años después de pronunciado el divorcio. Cuando los esposos se divorcian por mutuo consentimiento no hay causa conocida que legitime la disolución del matrimonio. El legislador supone que hay una causa oculta; pero puede suceder también que no la haya y que los cónyuges ó uno de ellos no hayan pedido el divorcio sino para satisfacer una pasión culpable. Al prohibirles que vuelvan á casarse después de tres años se aparta, dice Treilhard, la perspectiva de una unión con el objeto de alguna pasión nueva. Apartar es demasiado decir; se aleja. Esto es todo lo que el legislador podía hacer. Por lo demás el impedimento es puramente prohibitivo.

SECCION III.—De los efectos del divorcio en cuanto á los hijos.

§ I.—DEL DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

Núm. 1. Derechos de los padres.

293. El art. 302 establece: "Se confiarán los hijos al esposo que haya conseguido el divorcio." Tal es el principio, y la ley lo formula en términos imperativos; supone

1 Sentencia de Besançon de 29 de Febrero de 1860 (Daloz, 1860, 2, 57). La cuestión está muy bien tratada en la requisitoria del Ministerio Público. [*ibid.*, p. 55].

que el cónyuge inocente es más digno de dirigir la educación de los hijos que el cónyuge que ha quebrantado sus deberes hacia su consorte. Mal esposo no siempre quiere decir mal padre. De todos modos lo cierto es que hay una presunción contra el culpable, y esto basta para que el legislador, por el interés de los hijos, los confie al conyuge que ha obtenido el divorcio. Pero la ley no asienta regla absoluta. El art. 302 agrega: "El tribunal, á instancia de la familia ó del Procurador Imperial, puede ordenar para mayor ventaja de los hijos que todos ó algunos de ellos se confien al cuidado, sea del otro cónyuge, sea de una tercera persona." Es pues, de principio que el tribunal se decida según "la mayor ventaja de los hijos." Cuestión de hechos y de circunstancias. Sólo que para que el tribunal pueda derogar la regla que el art. 302 asienta es preciso que haya una demanda de la familia ó del Procurador del Rey. Por familia debe entenderse el consejo de familia; en efecto, sólo este consejo representa los intereses generales de la familia (1) Si ni el Ministerio Público ni la familia interponen la demanda el juez deberá confiar los hijos al esposo o que haya obtenido el divorcio; está ligado por un texto imperativo (2) y no puede ordenar lo que no se le demanda.

294 La aplicación del art. 301 da lugar á una dificultad sobre la cual hay controversia. Pregúntase si el cónyuge contra el cual se pronuncia el divorcio pierde la potestad paternal. Nos hemos asombrado de leer en Zachariæ que dicho esposo se considera como muerto; que, en consecuencia, el cónyuge que ha obtenido el divorcio toma la tutela de los hijos. ¿Cómo sería considerado como muerto

1 Sentencia de Colonia de 19 de Marzo de 1843 (*Bélgica Judicial*, t. II, p. 286).

2 Sentencia de Bruselas de 10 de Mayo de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 241).