

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).

el cónyuge culpable cuando la ley permite que se le confíen los hijos? ¿Y si estuviera *muerto* podría la ley decir (art. 302) que *conserva* el derecho de vigilar la subsistencia y la educación de aquéllos? Si él conserva el derecho de vigilancia es porque jamás lo ha perdido, y si no lo ha perdido ¿cómo había de considerársele como muerto? La idea de tutela es todavía más ilógica, más contraria á todo principio. (1) Se habla de la tutela por la muerte de uno de los cónyuges; pero como ambos viven sería necesario un texto más que formal para que el cónyuge culpable fuese considerado como muerto, cuando en realidad vive y cuando la ley le reconoce derechos sobre la educación de los hijos. Si el cónyuge á quien se confían los hijos ejerce la tutela habría un tutor subrogado, él sería quien vigilase la administración de la tutela. ¡Y bien, según el art. 302 el cónyuge culpable tiene el derecho de vigilar la subsistencia y la educación confiadas á ese pretendido tutor! Hay más. La ley permite que se entreguen los hijos á tercera persona y coloca á ésta en la misma línea que al cónyuge. Habría, pues, que decir que esta tercera persona es un tutor. ¡Así es que habría un tutor cuando el padre y la madre viven!

Nó, aquél á quien se confían los hijos no ejerce la tutela y tampoco la potestad paternal. Lo que acabamos de decir es una prueba evidente. El tribunal puede ordenar, dice el art. 312, que se confíen los hijos al esposo culpable ó á tercera persona. ¿Y se dirá que ésta debe ejercer la potestad paternal? Cosa inaudita sería en derecho la delegación de esta potestad. A decir verdad no se trata de la potestad paternal. Trátase de saber al cuidado de quién

¹ Esta es la opinión de D'Arvincourt, *Institutos del derecho francés*, t. 1, p. 168, y de Leocré, *Espíritu del Código Napoleón*, t. VI, ps. 24 y siguientes.

se confiarán los hijos: estos son los términos del art. 302. ¿Qué es lo que la ley entiende por *cuidados*? El art. 303 nos lo dice: es la *subsistencia* y la *educación*. ¿A quién, pues, pertenece la potestad paternal? La ley nos lo dice en su mismo art. 303: «Quien quiera que sea la persona á quien se confíen los hijos, el padre y la madre conservarán respectivamente el derecho de vigilar la subsistencia y la educación de sus hijos.» La palabra *conservar* de que se sirve la ley implica que en nada han cambiado los derechos del padre y de la madre. Conservan ellos después del divorcio los derechos que antes tenían; es decir, la potestad paternal. ¿A quién, según nuestro derecho, pertenece esta potestad? Al padre y á la madre (art. 373). ¿Quita el divorcio esta potestad al cónyuge culpable para investir con ella al inocente? Acabamos de ver que nuestros textos no permiten dicha interpretación. Así, pues, si no hay ninguna caducidad hay que decidir que la potestad paternal queda al padre y á la madre.

¿Quiere decir esto que en nada haya cambiado después del divorcio el ejercicio de la potestad paternal? El artículo 373 dice que sólo el padre ejerce esa potestad durante el matrimonio. Este ejercicio exclusivo atribuido al padre ya no se concibe cuando el matrimonio ha sido disuelto por el divorcio, y ya no tiene razón de ser (1). Se comprende que el padre, teniendo, como marido, la potestad marital, tenga también él solo la paternal. Después de la disolución del matrimonio todo predominio del marido cesa, la mujer tiene igual derecho que el del hombre. Pero este poder igual sería impracticable en la educación de los hijos, porque ésta requiere mandato en la dirección. Era, pues, preciso confiarla á uno solo de los cónyuges divorciados. Ya sabemos en virtud de cuáles reglas la ley se decide para

¹ Willequet, *Del Divorcio*, ps. 261 y siguientes (según Crolmann) p. de D. TOMO III—51

deferir el cuidado de la educación. La confía, en principio, á aquel de los cónyuges que se presume sea el más digno, salvo que el tribunal designe esta regla para mayor ventaja de los hijos. Pero la igualdad de los cónyuges subsiste en tanto que sea conciliable con una buena educación. Así, pues, padre y madre tienen el derecho de vigilancia, y ambos también soportan las cargas.

Tal es la doctrina que dimana de los textos y de los principios. La mayor parte de los autores enseñan que el padre conserva la potestad paternal aun cuando sea él el cónyuge culpable y aun cuando los hijos se hayan confiado á la madre (1). Esto es demasiado absurdo. ¿Qué cosa es el poder paternal en derecho francés? Un deber más bien que un derecho: el deber de la educación. Ahora bien, después del divorcio ya no es el padre quien ejerce este derecho ó cumple este deber, puede ser la madre, puede ser una tercera persona, y si es esto último ambos cónyuges tienen un derecho igual de vigilancia, lo que prueba que la potestad paternal no pertenece exclusivamente al padre. Queda en pie una dificultad. ¿Quién tendrá el poder de corrección? Este es un derecho inherente á la potestad paternal. Y por lo mismo es imposible concederlo á la tercera persona que estuviese encargada del cuidado de los hijos. Un poder que es inherente á la potestad paternal sólo puede pertenecer al padre y á la madre. Siendo igual el derecho de ambos después del divorcio se viene á parar forzosamente en la conclusión de que cada uno podrá ejercitarlo. Hay en esto un vacío de la ley porque no prevee la dificultad. Todo lo que puede afirmarse es que el derecho igual de vigilancia trae consigo el derecho igual de corrección. Si los hijos se confían á uno de ellos, al pa-

1 Proudhón, t. I, ps. 525 y siguientes. Toullier, t. IV, núm. 749. Demolombe, t. IV, p. 611, núm. 511.

dre ó á la madre, naturalmente él será quien ejerza el poder de corrección. La ley habría debido decirlo á fin de prevenir los conflictos

Núm. 2.—Derechos de los hijos.

295. Los hijos tienen derechos sobre los bienes del padre y de la madre en virtud de la ley, y este derecho es el de sucesión. Estos derechos subsisten, dice el art. 304, después de la disolución del matrimonio por divorcio. Otro tanto hay que decir de los derechos que pertenecen al padre y á la madre respecto á los bienes de sus hijos. Esta es una aplicación del principio general sobre los efectos del divorcio. La ley agrega que estos derechos se abren con la muerte. Esto no era necesario decirlo, supuesto que es de derecho común que no habria razón de derogar en caso de divorcio.

La ley aplica el mismo principio á las ventajas que se aseguraron á los hijos en las convenciones matrimoniales de sus padres. Estos derechos convencionales se mantienen igualmente y se abren de la manera y bajo las condiciones determinadas por el contrato de matrimonio; el divorcio en nada las modifica (art. 234). Se crea una institución contractual á los cónyuges por su contrato de matrimonio; por los términos del art. 1082 se presume creada á favor de los hijos que nazcan del matrimonio; es decir, que éstos son llamados á falta de los instituidos. Si se pronuncia el divorcio el derecho de los hijos subsiste. Entiéndese tal como la ley los consagra; si el padre y la madre fallecen antes que el donante los hijos son substituidos, como se dice, y recogen los bienes, pero únicamente á la muerte del que instituye. Esta es la aplicación del derecho común.

Cuando un derecho no debe abrirse sino á la muerte es imposible que el divorcio lo abra (1).

296. Por los términos del art. 386 el cónyuge contra el cual se pronuncia el divorcio pierde el usufructo que la ley da al padre y á la madre sobre los bienes de sus hijos. Esta es una pena que la ley pronuncia contra el cónyuge culpable. Supongamos que sea la mujer, el marido que ha obtenido el divorcio conservará el usufructo; en este caso nada se ha cambiado en los derechos de los hijos, á menos que el padre muera antes de que los hijos hayan llegado á los dieciocho años, porque entonces el usufructo se extinguirá en provecho de los hijos. Si es la madre quien obtuvo el divorcio el padre queda despojado de su derecho; ¿pero á quién pasará el usufructo? ¿á los hijos ó á la madre? Nosotros creemos que á la madre. La ley da el usufructo á aquel de los padres que ejerce el poder paternal; hé aquí por qué el art. 384 dice que el padre tiene el goce del usufructo durante el matrimonio, y después de la disolución del matrimonio el superviviente de los padres. Si el matrimonio se disuelve por el divorcio pronunciado contra el marido la madre tiene el poder paternal con el mismo título que el padre, y aun es á ella á quien se confían los hijos; así es que debe tener el usufructo de sus bienes. El art. 386 implícitamente lo dice; en efecto, decir que este goce no tendrá lugar en provecho del cónyuge culpable ¿no equivale á decir que el inocente lo conserva? Este es un argumento sacado del silencio de la ley, es cierto; pero aquí no hace más que confirmar una solución que se deriva de los principios (2).

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, ps. 828 y siguientes.

2 Esta es la opinión de Zachariae (traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 272) seguida por Willequet, *Del divorcio*, ps. 270 y siguientes. La opinión contraria la ha enseñado Proudhón, *Del usufructo*, t. I, p. 140, y los autores citados por Zachariae, p. 272, nota 18.

§ II.—DEL DIVORCIO POR CONSENTIMIENTO MUTUO.

297. Los cónyuges han debido dejar de antemano arreglado á quien mande confiarse los hijos nacidos de su unión (art. 280). ¿Quiere esto decir que los cónyuges pueden disponer del poder paternal ó renunciarlo? Nó, ciertamente, porque el poder paternal es de orden público y no se pueden renunciar por medio de convenciones particulares las leyes que interesan al orden público. El único objeto de las convenciones de que habla el art. 280 es designar la persona á quien deban *confiarse* los hijos. El art. 303 se sirve de la misma expresión. Hay, pues, que interpretar el art. 280 por los arts. 302 y 303. Los esposos convendrán en confiar á sus hijos, sea á uno de ellos, sea á tercera persona, pero conservarán la vigilancia de la subsistencia y de la educación; es decir, que conservarán la potestad paternal tal como se encuentra modificada por el divorcio. Esto está en armonía con los principios. El divorcio debe tener el mismo efecto, en cuanto á la potestad paternal, sea que se verifique por consentimiento mutuo ó por causa determinada. Sólo una diferencia hay y es que, en el último caso, siendo conocida la causa del divorcio, la ley tenía una razón para confiar los hijos á uno de los cónyuges preferentemente, al que es inocente; mientras que si el divorcio tiene lugar por consentimiento mutuo, como la ley ignora cuál es el culpable debía atenerse á las convenciones de los esposos. Bajo los demás respectos no hay ninguna diferencia entre los dos divorcios en lo que concierne á la potestad paternal.

¿Queda por saber quién tendrá el usufructo legal? Este es un punto que los consortes han debido arreglar por sus convenciones, supuesto que el art. 279 quiere que arreglen ellos sus respectivos derechos. ¿Pueden ellos derogar los