

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

principios generales sobre el usufructo legal en el sentido de que renuncien ó que uno de ellos renuncie? Hay un motivo para dudar; el usufructo se otorga por la ley al que ejerce la potestad paternal. ¿No equivale esto á decir que es de orden público y que, por consiguiente, los cónyuges no pueden denegarlo (1)? A nuestro juicio el usufructo legal no es de orden público porque la ley misma permite introducir en él modificaciones por donación ó testamento (art. 387); es esta una ventaja pecuniaria á la que los cónyuges pueden renunciar y que, en caso de divorcio, pueden arreglar como mejor les parezca. Si no han hecho ninguna convención sobre este particular hay que estarse á los principios generales. El usufructo pertenece á quien ejerce la potestad paternal, y cuando los esposos se hayan divorciado la potestad paternal pertenece, con igual título, al padre y á la madre y, por consiguiente, uno y otro tendrán igual derecho al goce de los bienes de sus hijos. Este derecho igual no carece de inconvenientes. Para prevenir toda contienda es por lo que la ley exige que los cónyuges arreglen sus derechos respectivos, y el tribunal debería desechar el divorcio si no lo hubieren verificado.

298. Los hijos conservan sus derechos legales y convencionales como en el caso de divorcio por causa determinada. Además, la ley establece, art. 305: «La propiedad de la mitad de los bienes de cada uno de los cónyuges la adquirirán con pleno derecho, desde el día de su primera declaración, los hijos habidos en el matrimonio.» Esta disposición da lugar á graves dificultades. Escuchemos, desde luego, la Exposición de Motivos: «El divorcio por consentimiento mutuo, dice Treilhard, hace temer que de él abusen la ligereza y la inconstancia. Todas las disposiciones del

1 Ainz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p. 246, núm. 475.

Código se han hecho para calmar aquellos temores. Tal es, notablemente, el art. 305, que despoja á los esposos de la mitad de sus bienes, la cual pasa á los hijos. Esta es una garantía de que el divorcio no se pedirá sino por causas irresistibles (1).

Pregúntase cuál es la naturaleza de esta propiedad atribuida á los hijos. ¿Cuando hay hijos habidos en otro matrimonio pueden ellos pedir la percepción ó la reducción del principal de esta mitad de bienes que los hijos nacidos de los cónyuges divorciados han recogido en virtud de la ley? Si la cuestión pudiera resolverse teóricamente habría ciertamente que contestar que hay lugar á la percepción y a la reducción. No es exacto, como se pretende, que la ley haya querido conceder una ventaja á los hijos en compensación del daño que el divorcio les causa. Si tal hubiese sido la mira del legislador habría debido otorgar el mismo favor á los hijos cuando el divorcio se pronuncia por causa determinada; había para ello una razón más fuerte, puesto que el daño es más considerable, siendo mayor el escándalo. Nó, la ley no ha querido procurar ventajas á los hijos, sólo ha querido asegurarse de que hay una causa legítima de divorcio. Esta mira se consigue por el hecho mismo de que el padre y la madre son despojados de la mitad de sus bienes, lo que no impide reglamentar después los derechos de los hijos entre sí, según el derecho común. Así, pues, en teoría habría que decir que hay lugar á la percepción y á la reducción. Pero según los principios consagrados por el Código la aplicación de esta teoría se hace imposible. ¿Qué es lo que el heredero debe percibir? El art. 843 contesta: «Los donativos que el difunto le haya hecho.» ¿Y acaso los bienes atribuidos á los hijos por la ley con pleno

1 Treilhard, *Exposición de motivos*, núm. 23, Loaré, t. II, p. 569.

derecho son bienes donados por los esposos? En vano se dirá que la ley es la que dona; el art. 843 seguirá siendo siempre impracticable. No hay, pues, texto; ¿y puede haber una acción sin texto cuando esta acción tiende á arrebatarse á un propietario una parte de los bienes que le pertenecen? Por la misma razón no puede tratarse de reducción. ¿Cuáles son las disposiciones reductibles? Las donaciones entre vivos (art. 920). Ahora bien, en el art. 305 no se trata de donaciones. Habría sido necesaria una decisión formal del legislador para sujetar á la percepción y á la reducción una atribución de bienes que no es una liberalidad. Lo que el legislador descuidó hacer no corresponde hacerlo al intérprete, porque esto equivaldría á formar la ley, y debe recordar sin cesar que su misión única es interpretarla. Nuestra conclusión es que en esto hay un vacío que lamentamos, pero que no nos creemos con derecho para colmar (1).

299. En el Consejo de Estado se preguntó cuál sería la garantía de los terceros á quienes los cónyuges vendiesen sus bienes. Emmerly contestó que siendo público el divorcio los que comprasen bienes de los esposos divorciados no tendrán ninguna excusa. La respuesta no corresponde á la objeción. En efecto, la enajenación puede tener lugar durante el procedimiento de divorcio; ahora bien, el art. 305 establece que la mitad de los bienes de los esposos la adquirirán los hijos á contar desde la primera declaración de los cónyuges. Para prevenir á los terceros la ley habría debido prescribir la publicidad del inventario que el artículo 279 ordena. Si la enajenación no cubre la mitad de los bienes atribuida á los hijos éstos no tienen un interés y, por lo mismo, no tienen acción. Si la enajenación excede á

1 Esta es la opinión de Proudhon, t. I, ps. 514-516, seguida por Zachariae, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 274, pfo. 149.

esta mitad, los hijos tendrán la acción de reivindicación, porque los padres enajenaron bienes que pertenecen á los hijos. Cambacères agregó, á su modo, que en el título de las *Hipotecas* podrían tomarse medidas para garantir los intereses de los terceros (1). Esto equivalía á aplazar para las calendas griegas. Nuestro sistema hipotecario ha introducido un método de publicidad que asegura los derechos de los terceros. ¿Pero recibe la ley su aplicación en el caso previsto por el art. 305 del código Napoleón? Dicese que hay lugar á transcripción (2). ¿Pero qué es lo que hay que transcribir? Los actos translativos de derechos reales inmuebles, dice el art. 1.º de la ley hipotecaria. Ahora bien, en el caso del art. 305 no hay caso; la transmisión se hace en virtud de la ley, de pleno derecho. Hay de nuevo vacío en la ley, y sólo al legislador atañe colmarlo.

300. Según los términos del art. 305, el padre y la madre conservan el goce de la mitad de los bienes afectos á los hijos. Este es un usufructo legal, pero á diferencia del goce ordinario que á los padres pertenece, dura hasta la mayoría de los hijos. Está, además, gravado con la carga que se impone al usufructo legal, la alimentación, la subsistencia y la educación de los hijos, conforme á su fortuna y á su estado. Si alguno de los padres muriese antes de que los hijos lleguen á ser mayores de edad, ¿qué viene á ser del usufructo? Ciertamente es que el usufructo especial establecido por el art. 305 se extingue, supuesto que el usufructo se extingue por muerte del usufructuario. ¿Pero en el momento en que se extingue el usufructo especial acaso no se abre el usufructo general del art. 384? La afirmativa nos parece igualmente cierta. En efecto, el superviviente

1 Sesión del Consejo de Estado de 22 Fructidor, año X, núm. 24 (Loché, t. II, p. 549).

2 Willequet, *Del Divorcio*, p. 279, núm. 5.

de los padres tiene el usufructo de los bienes que se le atribuyen por el art. 305 y que poseen ahora en plena propiedad. Unicamente que este usufructo no durará sino hasta la edad de dieciocho años. Habría necesidad de una disposición formal para exceptuar del usufructo general los bienes comprendidos en el art. 305; pero por el hecho solo de que no están exceptuados, están comprendidos.

¿Qué es lo que debe resolverse si el hijo muriese antes de su mayoría? Zachariæ dice que el usufructo subsiste. Esto es más que dudoso. El usufructo general del padre y de la madre se extingue por la muerte de sus hijos, aun cuando la ley no lo exprese; la razón es que la potestad paternal cesa con la muerte, la muerte abre la sucesión y no se ve en el título de las Sucesiones que la ley defiriendo los bienes dejados por los hijos, reserve el usufructo á sus padres. Y bien, estos mismos motivos existen para el usufructo especial del art. 305. No hay más que una diferencia entre este usufructo y el usufructo general, y es que dura hasta la mayoría de los hijos; bajo todos los demás aspectos, los dos derechos tienen el mismo carácter y deben tener los mismos efectos; así, pues, deben extinguirse por las mismas causas (1).

SECCION IV.—Efectos pecuniarios del divorcio.

§ 1º.—DEL DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

Núm. 1.—Revocación de las liberalidades.

301. El art. 299 establece: "Sea cual fuere la causa del divorcio, fuera del caso de consentimiento mutuo, el cón-

1 Véase, en sentido contrario, á Zachariæ, seguido por Willequet, *Del Divorcio*, ps. 281 y siguientes.

yuge contra el cual se haya admitido el divorcio perderá todas las ventajas que el otro le haya constituido, sea por el contrato de matrimonio, sea después de contraído éste." Treilhard dice en la Exposición de motivos: "El cónyuge culpable se ha colocado en la categoría de los ingratos, y como tal debe ser tratado. Ha violado la primera condición del contrato y no puede ser admitido á reclamar las disposiciones de aquél." Mientras que por los términos del artículo 300, el cónyuge que obtiene el divorcio conserva las ventajas que el otro le ha constituido, aun cuando se hayan estipulado recíprocas y aun cuando no haya tenido lugar la reciprocidad." Esta última disposición es enteramente excepcional; las donaciones recíprocas son condicionales por naturaleza, la una se hace teniendo en cuenta la otra, y por lo mismo deberían caer juntas. Hay una razón para esta derogación del contrato: y es que el esposo culpable lo ha violado, la ley lo castiga y no puede castigar al cónyuge inocente (1).

302. La ley dice: "Sea cual fuere la causa del divorcio." ¿Esto quiere decir que basta que se haya admitido el divorcio por el tribunal para que el cónyuge culpable pierda las liberalidades que su consorte le haya otorgado, aun cuando no se haya pronunciado el divorcio? La corte de Bruselas así lo ha decidido, atentas las conclusiones contrarias del procurador general (Beyts) (2). Nosotros creemos que este es un error. La caducidad que la ley pronuncia contra el cónyuge culpable es un efecto del divorcio; ahora bien, el divorcio no existe sino hasta que se pronuncia, y hasta entonces no puede decirse que haya divorcio. Cierto es que el art. 299 agrega: "El cónyuge contra el cual se haya ad-

1 Treilhard, *Exposición de Motivos*, núm. 32 (Loaré, t. II, p. 571).

2 Sentencia de 26 de Abril de 1806 (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 498).