

firma lo que acabamos de decir; bajo la forma de interpretación analógica los intérpretes hacen realmente la ley en esta materia.

*SECCION II.— De las causas de la separación de cuerpo.*

§ 1º DE LAS CAUSAS DETERMINADAS Y DEL

CONSENTIMIENTO MUTUO.

314. El art. 306 establece: "En los casos en que haya lugar á la demanda de divorcio por causa determinada los cónyuges estarán en libertad para formular demanda de separación de cuerpo." Así, pues, en este punto hay analogía legal y se debe, en consecuencia, aplicar á la separación de cuerpo todo lo que hemos dicho del divorcio por causa determinada (1). El art. 307 agrega que la separación no puede tener lugar por el consentimiento mutuo de los cónyuges. Hé aquí una diferencia radical que prueba que el legislador no se resuelve en esta materia por motivos de analogía.

Cuando se lee la Exposición de los Motivos de Treilhard se nota que se encuentra muy embarazado para explicar esta diferencia considerable que el Código Civil establece entre el divorcio y la separación de cuerpo. Dice que el procedimiento del divorcio por consentimiento mutuo se ha erizado de dificultades y de sacrificios para hacer que caiga una acción que no debe admitirse si no es necesaria; mientras que la acción de separación es una acción ordinaria que se substancia como todas las demás y cuyas formas, en consecuencia, no habían ofrecido ninguna garantía contra los abusos de esta causa. El Orador del Gobierno deduce de esto que la separación por consentimiento mutuo habría sido

1. Véanse los núms. 179 y 197 de este tomo.

amplísima, puesta siempre y enteramente abierta al capricho, á la ligereza, sin ninguna especie de preservativos contra sus efectos (1). ¡Singular conclusión! Habría que inferir, por el contrario, que siendo de temerse el abuso, en el caso de separación como en el caso de divorcio, convenía prescribir las mismas formas como garantía contra el abuso. La analogía era evidente aquí y, sin embargo, el legislador no lo ha querido.

Los autores están tan embarazados como Treilhard. Durantón discute extensamente las razones que se han dado para justificar la diferencia que el art. 307 establece entre el divorcio y la separación de cuerpo; las combate todas, pero ¡cosa singular! la que propone es todavía peor que las que rechaza. ¿Para qué, dice, organizar un dilatado procedimiento para permitir á los cónyuges que vivan separadamente cuando están de acuerdo? ¿No son libres para romper la vida común? ¿Por qué habían de ir á pedir á la justicia lo que pueden hacer por su propia voluntad (2)? M. Valette abunda en este sentido: "El principal motivo, dice, por el cual no se permite la separación de cuerpo por consentimiento mutuo es porque sería inútil. En efecto, si los cónyuges quieren únicamente vivir separados pueden hacerlo sin intervención de la justicia (3)." ¿Cómo unos juriconsultos pueden usar semejante lenguaje? ¡Cómo! ¿Los cónyuges son libres para vivir separadamente cuando se les ocurra? ¿Y qué viene á ser, pues, la obligación de la vida común consagrada por el Código Napoleón? (art. 214) Si la vida común es una obligación, la separación voluntaria es, por eso mismo, nula, radicalmente nula, porque es una

1 Treilhard, discurso pronunciado en la sesión del Cuerpo Legislativo de 23 Ventoso, año XI, núm. 6 (Loc. cit. t. II, p. 609).

2 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, ps. 481 y 486, números 529 y 531.

3 Valette, sobre Proudhón, *Del estado de las personas*, t. I, p. 534, nota a.

convención que deroga una ley de orden público. Esto es elemental, y es casi inútil agregar que la jurisprudencia ha consagrado esos principios (1). Ciertamente es que á veces los cónyuges convienen en vivir separadamente, pero estas convenciones no tienen ningún valor; el día mismo en que ellas intervienen uno de los cónyuges puede obligar al otro á restablecer la vida común. ¡Y en este caso sería la separación lo que hiciese inútil la separación judicial por consentimiento mutuo! La separación pronunciada en justicia habría dado á los cónyuges el derecho de vivir separadamente; este es el objeto de la separación de cuerpo. Es, pues, una herejía jurídica afirmar que la separación voluntaria equivale á la separación de cuerpo.

Proudhón ha dado una razón histórica de la anomalía consagrada por el art. 307 del Código Napoleón. La separación de cuerpo ha sido establecida por la Iglesia Católica, pero el derecho canónico no la admitía sino por causas determinadas y no por consentimiento mutuo de los cónyuges. Por respeto á la libertad de conciencia es por lo que los autores la han establecido, porque el legislador revolucionario la había abolido. Por esto es que ellos debían mantenerla tal como la Iglesia la había organizado; debían, pues, rechazar la separación por consentimiento mutuo (2). La razón es bastante plausible, pero no es decisiva; permitir la separación por consentimiento mutuo no es forzar á los católicos á pedirla por esta causa. Por otra parte, la separación por consentimiento que el derecho canónico repelia era la separación que no tenía más motivo que la voluntad de los cónyuges. Tal no ha sido el pensamiento que presidió el divorcio por consentimiento mutuo; así, pues, tal

1 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núms. 14 y 15.

2 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 532.

no habría debido ser la separación por consentimiento mutuo; esto habría sido una separación por causa legítima, pero que los cónyuges tienen interés en ocultar.

No hay, en definitiva, más que una sola razón que explica, pero sin justificarla, la disposición del art. 307. Treilhard ya la indicó. La separación de cuerpo implica separación de bienes. Si pudiera verificarse por mutuo consentimiento dos cónyuges de mala fe podrían abusar de ella para defraudar los derechos de sus acreedores. Esto supone que los acreedores no tienen el derecho de intervenir en la instancia de separación de cuerpo. ¿Pero qué es lo que podría impedir al legislador el darles el derecho de intervenir á fin de prevenir separaciones fraudulentas? Habrían sido admitidos no para combatir la separación verdadera sino la separación pedida en fraude de sus derechos. Nada había en esto contrario á los principios.

Ahora se comprenderá el embarazo de los autores para justificar el art. 307. No podían dar una buena razón, supuesto que no la hay. Hay que decir más. Desde el momento en que se admitiese el divorcio por consentimiento mutuo, sería preciso, con mayor razón, autorizar la separación de cuerpo por esta causa. El legislador supone que, cuando los cónyuges piden el divorcio por consentimiento mutuo, cuando se someten á las formalidades y á los sacrificios que les impone, existe una causa legítima para romper el matrimonio; pero el interés de los cónyuges, el interés de los hijos y de la familia exigen que esta causa quede oculta. ¿Acaso unos cónyuges que piden la separación de cuerpo no estarían interesados en ocultar la verdadera causa por la cual quieren y deben romper la vida común? Su interés es mucho mayor, supuesto que el matrimonio subsiste; así, pues, si hay un hecho vergonzoso, criminal, afecta más profundamente á los cónyuges separados que á

los divorciados. La sociedad está, además, más interesada en que las causas de la separación queden ignoradas del público; en efecto, ella espera y desea que los cónyuges simplemente separados restablezcan la vida común. ¿Y cómo se quiere que los esposos se reúnan cuando la publicidad ha envenenado sus discusiones, cuando ha tornado irreconciliable su aborrecimiento? ¿No es esto una prueba evidente de que el legislador no procede en esta materia por identidad de razones?

315. Las causas determinadas por las cuales el divorcio y la separación de cuerpo pueden pedirse, siendo las mismas, los cónyuges tienen la elección para intentar la acción en divorcio ó la acción en separación. Una vez intentada la acción su elección queda determinada; ¿pueden todavía, después de esto, volver sobre su demanda y cambiarla? No vemos ningún principio que á ello se oponga en teoría. Objétase el adagio que dice que el que escoge una de las vías que la ley le ofrece renuncia á la otra (1). Nosotros respondemos que la renuncia implica una caducidad; y para pronunciar una caducidad sería preciso un texto de ley. Por otra parte, ni aun puede comprenderse la renuncia porque no puede renunciarse un derecho que atañe al orden público. Hay, pues, que admitir que una demanda en divorcio puede convertirse en una demanda de separación de cuerpo, y reciprocamente. Pero en la aplicación del principio encontramos una dificultad. El procedimiento de divorcio es enteramente especial mientras que el procedimiento de separación está regido por el derecho común. Se concibe, pues, que la acción de divorcio se convierta, en cualquier estado de la causa, en una acción de separación de cuerpo, supuesto que esto es retornar al derecho común. Pero si el cónyuge ha pedido la separación de cuerpo no

1 *Electa una via, excluditur altera* (Arntz, *Curso de derecho civil*, t. I, p. 231, núm. 445).

puede convertir esta demanda en una acción de divorcio, supuesto que ha abandonado el derecho común para entrar en una vía excepcional; fuerza es que se desista de su primera acción para intentar otra nueva.

Nosotros suponemos que la instancia está pendiente todavía. Si se ha intentado un acto que admita la demanda ó que la deseche en este caso no podría ya tratarse de cambiarla. Si se ha desechado queda resuelto que no hay causa determinada que autorice el divorcio y, por lo mismo, la separación de cuerpo, supuesto que las dos acciones tienen una causa idéntica. Si es admitido el debate queda terminado, ya no hay demanda, y así, pues, no se puede cambiarla. Hay, no obstante, una diferencia entre el divorcio y la separación. El divorcio es la disolución del matrimonio; la separación lo deja subsistente; puede producirse, durante la separación, una causa nueva que autorice al cónyuge separado para pedir el divorcio (1). La Corte de Aix había fallado en sentido contrario invocando una de esas máximas banales que lo más á menudo llevan al error; decía que la separación de cuerpo se había establecido para hacer las veces del divorcio con aquellos cuya conciencia no admite la disolubilidad del matrimonio: que según el espíritu y la letra del Código el divorcio y la separación eran dos vías paralelas que jamás podían encontrarse: que así, pues, el cónyuge que había optado por la separación de cuerpo había renunciado á usar la ley del divorcio. Este fallo fué casado. La Corte no se había apercebido de que creaba un fin de no recibir que ninguna ley establecía. En cuanto á la máxima que la Corte invocaba era excelente para las antiguas causas que habían servido de base á la primera demanda, pero no podía ser opuesta

1 *Zachariae*, traducción de Massé y Vergé, t. I, ps. 283 y siguientes.

al marido, cuya mujer separada se entregaba á nuevos desbordamientos y comprometía el honor de su nombre. Este es el inconveniente de la separación de cuerpo; no hay más remedio contra el mal que el divorcio.

316. Del principio de que las causas de la separación y del divorcio son idénticas se sigue además que debe aplicarse á la prueba de los hechos en que descansa la demanda de separación lo que hemos dicho de las pruebas en materia de divorcio. Así es que notablemente la confesión del reo no puede ser invocada por el cónyuge actor en la separación, á menos que no tenga en su apoyo otras pruebas: la simple confesión podía, en efecto, conducir á una separación por consentimiento mutuo que el Código Civil prohíbe formalmente. ¿Debe extenderse esta decisión á la prueba testimonial tal como el Código Napoleón la organiza en el capítulo del divorcio? El art. 231 es una derogación del derecho común al decidir que los parientes y los criados no son tachables en razón de esa calidad. Esta es una disposición excepcional; y es permitido aplicarla en la separación por vía de analogía? Sin duda que en este caso hay la misma razón para resolver, pero las excepciones no se extienden por vía de analogía. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia están unánimes en admitir esta extensión. Nosotros creemos que este es uno de los casos en que hay vacío en la ley, vacío que sólo el legislador podría colmar. Proudhon ha tratado de justificar la opinión general. El actor en separación, dice, tenía el derecho de intentar por la misma causa una acción de divorcio; si había actuado en divorcio habría podido hacer oír como testigos á sus parientes y criados; debe conservar el mismo derecho si opta por la separación de cuerpo. ¿Quién no ve que Proudhon confunde las causas con el procedimiento? Las causas son las mismas, pero el procedimiento difiere.

¿No debe, pues, aplicarse el art. 307, por cuyos términos la demanda de separación de cuerpo debe instruirse de la misma manera que cualquiera otra acción civil? Trátase de hacer á un lado esta disposición diciendo que la calidad de los testigos depende del fondo más que de la forma. Esta es una de tantas sutilezas que se imaginan por las necesidades de la defensa: las tachas de los testigos son ciertamente una cuestión de procedimiento, como todas las reglas establecidas para las diligencias de averiguación. Confesémoslo, la fuerza de las cosas ha llevado á los intérpretes á hacerse legisladores.

317. Admítase además que los fines de no recibir establecidos en materia de divorcio por los arts. 272 y 274 se aplican á la separación de cuerpo. Nosotros así lo creemos, no, como se dice, porque la intención del legislador hubiese sido extender á la separación lo que dice del divorcio, porque en parte ninguna vemos vestigio de semejante intención. Se invoca el art. 306 que permite al cónyuge pedir la separación por las mismas causas que autorizan la demanda de divorcio; pero una cosa son las causas y otra cosa son los fines de no recibir. En la naturaleza de éstos es en donde debemos buscar la razón para decidir. Se trata de la reconciliación que extingue la acción porque borra la injuria, fundamento de la acción. Este principio se desprende de la naturaleza del perdón; es, pues, un principio general que los arts. 272-274 no han hecho más que aplicar al divorcio y que el intérprete habría podido aplicar aun cuando esas disposiciones no se hallasen en el Código Civil. Así es que la aplicación del mismo principio á la separación de cuerpo no permite duda alguna. Por la misma razón debe aplicarse á la separación de cuerpo lo que hemos dicho de la prescripción y de la compensación en materia de divorcio.