

SECCION III.—De las medidas provisionales y de conservación.

318. El Código Napoleón contiene una sección especial sobre las medidas provisionales á que puede dar lugar la demanda de divorcio por causa determinada. En el capítulo de la separación de cuerpo nada dice de estas medidas. El Código de Procedimientos ha colmado en parte este vacío en lo que concierne á la residencia provisional de la mujer y á la provision á que tiene derecho mientras dure la instancia (art. 978). ¿Qué debe decirse de las otras medidas autorizadas por el Código Civil en el proceso de divorcio? Según los principios la cuestión es muy sencilla. Cuando las medidas provisionales ó de conservación son la aplicación del derecho no es necesario decir que se aplican también á la separación de cuerpo; pero desde el momento en que se apartan de los principios generales no se puede extenderlas de un caso al otro, aun cuando fuese por razón de analogía. Esta es una regla elemental de interpretación. No obstante, hanse desviado de ella en materia de separación, siempre para colmar vacíos que en rigor no corresponden al intérprete colmar. Importa hacerlo notar á fin de evitar el error, en el cual la jurisprudencia ha acabado por caer, asimilando completamente el divorcio y la separación de cuerpo, y aplicando casi indistintamente á la separación lo que el legislador ha dicho del divorcio. Comprendemos que la necesidad haya obligado al juez á sobrepasar los límites de su poder, pero que el intérprete se detenga al menos en el límite de la necesidad.

§ 1.º RESIDENCIA PROVISIONAL DE LA MUJER.

319. El art. 878 del Código de Procedimientos dice que el presidente autorizará á la mujer para que provisionalmente se retire á la casa en la cual hayan convenido las partes ó en la que dicho presidente indique de oficio. Se ha fallado que esta disposición se aplica tanto á la mujer reo como á la mujer actora (1). El motivo, evidentemente, es el mismo en ambos casos. En cuanto al texto habla, es cierto, de la mujer que está autorizada para *proceder en virtud de la demanda*, pero estas expresiones no significan que la mujer sea actora, se refieren á la autorización que la mujer necesita para comparecer en juicio, sea que intente la acción, sea que conteste á ella. En la instancia de divorcio el tribunal indica la casa en la cual estará obligada á residir. El Código de Procedimientos da este poder al presidente, lo que es más lógico, siendo la medida urgente por su propia naturaleza. Pregúntase si el mandamiento del presidente está sujeto á apelación. La cuestión es controvertida; como es del dominio del procedimiento nos ceñiremos á hacer patente la opinión que parece dominar en la jurisprudencia y que juzgamos la más jurídica. Por regla general el mandamiento del presidente no está sujeto á apelación, porque es un acto de jurisdicción graciosa; pero la decisión tórnase contenciosa cuando ha sido puesta en duda por una de las partes; si, por ejemplo, el presidente expulsa al marido de la casa conyugal; ahora bien, desde el momento en que hay litigio la apelación es de derecho (2). No se pone á discusión que el presidente pueda

1 Sentencia de la Corte de Casación de 26 de Marzo de 1828 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 133).

2 Sentencia de Gante de 9 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 279). Sentencia de la Corte de Casación de 15 de Febrero de 1859

tomar, en la instancia de separación, las medidas que el tribunal puede tomar en la instancia de divorcio. Puede, pues, dejar á la mujer en la casa conyugal y asignar otra residencia al marido. Pero como estas medidas son, bajo ciertos respectos, una derogación de la potestad marital, es justo que el marido pueda interponer la apelación.

320. Aunque el Código de Procedimientos conceda al presidente el poder de fijar una residencia á la mujer tambien es cierto que el tribunal tiene este derecho. Puede suceder que las partes no hayan pedido sino que se señale á la mujer una residencia provisional; y aun ha acontecido que el presidente haya rehusádose á fallar sobre la demanda de la mujer. Si la vida común, en estos casos, presenta inconvenientes ó riesgos es preciso naturalmente que el tribunal intervenga (1). Aún hay más: estas medidas, por su naturaleza, son provisionales y, en consecuencia, sujetas á modificación. El tribunal, pues, en el curso de la instancia, señalará otro domicilio á la mujer, si las circunstancias, lo exigen (2).

321. El presidente, al autorizar á la mujer para que se retire á la residencia que él le indica, ordena al mismo tiempo que se le entreguen los efectos que son de su uso cotidiano. En cuanto á las demandas de provisión el artículo 878 quiere que se presenten á la audiencia. Hay que aplicar aquí lo que hemos dicho de la provisión en la instancia de divorcio. Esta es la aplicación de los principios generales que rigen los alimentos.

(Daloz, 1859, 1, 201). Sentencia muy bien motivada de la Corte de Colmar de 23 de Mayo de 1868 (Daloz, 1870, 2, 260). Hay sentencias en sentido contrario (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 144).

1 Sentencia de París de 2 de Agosto de 1841 (Daloz, 1849, 2, 45, en nota).

2 Sentencia de Douai de 6 de Abril de 1853 (Daloz, 1856, 2, 145).

322. El art. 269 establece que la mujer actora en divorcio está obligada á justificar su residencia en la casa que el tribunal le ha indicado, y que á falta de justificación el marido podrá rehusar la provisión alimenticia y hacerla declarar inaceptable para continuar sus diligencias. Pregúntase si tal disposición es aplicable en materia de separación de cuerpo. La cuestión es muy discutida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. No vacilamos en enseñar la negativa. El art. 269 establece una doble sanción. Hablaremos desde luego del fin de no recibir que el marido puede oponer á la mujer. Este fin es únicamente concerniente á la continuación de las diligencias, por lo que es una cuestión de procedimiento. Ahora bien, el art. 307 dice que la demanda de separación está sometida á las reglas generales prescriptas para todas las acciones civiles. Así, pues, en el Código de Procedimientos es en donde hay que buscar exclusivamente los fines de no recibir; ahora bien, este código no establece ninguno contra la mujer que abandona la residencia que el presidente le ha señalado. Esto decide la cuestión.

En vano se dice que la obligación impuesta á la mujer de residir en la casa indicada quedará sin sanción. ¿Y qué importa? No se trata de saber si debe haber una sanción; todo lo que al intérprete corresponde averiguar es si el legislador ha establecido alguna. Ahora bien, el art. 878 del Código de Procedimientos no sólo no contiene sanción alguna sino que ni aun puede decirse que prescriba una obligación. Pongamos en presencia los términos del artículo 878 y los de los arts. 268 y 269. Estos dicen que el tribunal indicará la casa en la cual la mujer estará *obligada* á residir, y que la mujer estaría *obligada á justificar* su residencia. Mientras que el art. 878 dice simplemente que el presidente *autorizará* á la mujer á que se retire

provisionalmente á aquella casa en donde las partes hayan convenido ó que se le señale de oficio. Así es que se trata de una simple autorización; una autorización no se sanciona; así es, que del art. 878 no hay una sola palabra que se asemeje á una sanción. En vano se objeta que es el mismo el mandamiento que autoriza á la mujer á proceder y á retirarse á la casa señalada y que, en consecuencia, el permiso para proceder es condicional y que no se concede sino con la condición de la residencia. Nosotros contestaremos que la ley no habla de condición, como tampoco de obligación. Se invoca el espíritu de la ley: es fuerza, se dice, que el marido pueda vigilar á su mujer; si ella se substraer á su vigilancia falta á su deber. Esto es cierto, pero la observación se dirige al legislador: pedidle una sanción, pero no la establezcáis.

El art. 269 dice también que el marido podrá rehusar la provisión alimenticia si la mujer no justifica su residencia en la casa señalada. Esta sanción, lo mismo que la otra, no puede pronunciarse contra la mujer en la instancia de separación de cuerpo. Hay, no obstante, un motivo para dudar. ¿No puede decirse que la residencia señalada por el presidente hace veces para la mujer de residencia conyugal? Ahora bien, cuando ella abandona la casa conyugal no puede reclamar alimentos. Nosotros contestamos que la asimilación es demasiado absoluta: la mujer jamás puede abandonar el domicilio del marido, mientras que ella puede tener buenas razones para abandonar la residencia que le han señalado. Pero que ella tenga ó no tenga buenas razones la ley no pronuncia sanción, y esto decide la cuestión.

§ II.—DE LAS MEDIDAS DE CONSERVACION.

223 El art. 270 permite á la mujer actora ó demanda-

da en divorcio requerir para la conservación de sus derechos la fijación de los sellos sobre los efectos mobiliarios de la comunidad. Pregúntase si la mujer tiene el mismo derecho en separación de cuerpo. La afirmativa se admite unánimemente por la doctrina y por la jurisprudencia (1). Esta opinión se funda en la pretendida analogía que existe entre el divorcio y la separación. El legislador, dice la Corte de Lyon, ha puesto la demanda de separación de cuerpo en la misma línea que la demanda de divorcio por causa determinada, proporcionando la primera vía á los que repugnasen valerse de la segunda; de donde concluye que todas las disposiciones sobre divorcio aplicables á la separación son comunes á las dos instituciones (2). Como nosotros no admitimos el principio debemos rechazar la consecuencia. El art. 270 no consagra una medida de derecho común; por el contrario, deroga los derechos del marido como jefe de la comunidad, derechos que los cónyuges ni siquiera pueden derogar por contrato de matrimonio (artículo 1388). En efecto, por los términos del art. 270 el marido está obligado á hacer inventario y debe volver á presentar las cosas inventariadas ó responder del valor de ellas como depositario judicial. De aquí resulta que el marido pierde el derecho de disponer de los efectos mobiliarios de la comunidad, derecho que tiene como jefe. Esto es un atentado indirecto á la potestad marital. Si el marido puede ser privado de su derecho de disposición con mayor razón puede quitársele la administración. Esto es lo que ha decidido la Corte de Douai (3). En verdad que estas son me-

1 Véanse los autores y las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 159. M. Valette sólo dice que la opinión general es dudosa (Nota sobre Proudhon, *Del estado de las personas*, t. I, p. 537).

2 Sentencia de Lyon de 1º de Abril de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 145).

3 Sentencia de 6 de Abril de 1853 (Dalloz, 1856, 2, 145).

didadas enteramente exorbitantes del derecho común. Sin duda que el legislador habría podido autorizarlas, y aun habría debido hacerlo para impedir que el marido arruinase á la mujer y á los hijos. Pero lo que habría debido y podido hacer no lo ha hecho. La dificultad se reduce, pues, á saber si el intérprete puede colmar el vacío en una materia que concierne al orden público, supuesto que se halla en causa el poder marital. Planteada de este modo la cuestión ciertamente que debe resolverse negativamente. Si los tribunales se han pronunciado en favor de la mujer es porque la necesidad, la fuerza de los hechos, los han arrastrado hasta ese punto. Pero esta misma razón no es decisión. Porque todos admiten que la mujer puede pedir la separación de bienes concurrentemente con la separación de cuerpo, y en la instancia de separación de bienes las medidas de conservación son de derecho.

324. Hanse apoderado del artículo 869 del Código de Procedimientos, que consagra este principio, para sostener que la mujer puede, en la instancia de separación de cuerpo, provocar medidas de conservación diversas y más eficaces que las que autoriza el Código Civil. En efecto, se dice, la separación de cuerpo implica separación de bienes; luego toda demanda de separación de cuerpo es una demanda de separación de bienes y, por lo mismo, hay lugar para aplicarle el art. 869 (1). Nosotros contestamos que esta es una nueva confusión de dos instituciones esencialmente diversas. ¿Quién puede pedir la separación de bienes? La mujer solamente. Así, pues, ¿cuando el marido actúa en separación de cuerpo se dirá que su acción tiende á la separación de bienes que ni siquiera tiene el derecho de pedir? Y si

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 574, núm. 465. Esta opinión la sigue la jurisprudencia. Véanse sentencias de Gante de 7 Febrero de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 75) y de Lieja de 25 de Febrero de 1859 [*Pasicrisia*, 1859, 2, 399].

la acción del marido no tiende á la separación de bienes tampoco tiende la de la mujer, supuesto que es una sola y misma acción. Si la separación de cuerpo acarrea la separación de bienes es por una razón muy diversa que la que autoriza la acción directa de separación de bienes. La disolución de la vida común, en cuanto á las personas, debe también acarrear la disolución de su sociedad en bienes. Mientras que la separación de bienes tiene por causa el desorden de los negocios del marido; las medidas de conservación autorizadas por el art. 869 tienen por objeto impedir la ruina de la mujer; su objeto es, pues, muy diferente del que el legislador se propuso en el art. 270. No es por razón del desorden de los negocios del marido por lo que el Código Civil permite á la mujer ciertos actos de conservación sino con motivo de las malas pasiones que animan á los cónyuges. ¿Cómo, pues, confundir dos órdenes de cosas tan diferentes?

325. El art. 271 da á la mujer la acción de nulidad contra los actos que el marido ha ejecutado con fraude de los derechos de aquélla. ¿Esta disposición es aplicable á la separación de cuerpo? Sí, y sin duda alguna, supuesto que no hace más que aplicar al divorcio un principio de derecho común, el de la acción pauliana. Entendido en este sentido el art. 271 es hasta inútil. Así es que de él no puede sacarse ningún argumento contra la mujer actora ó reo en separación de cuerpo.

§ III.—DE LOS HIJOS.

326. Por los términos del art. 267 la administración provisional de los hijos quedará al marido actor ó reo en divorcio. Es evidente, como lo expresa M. Demolombe, que esta disposición es aplicable á la instancia de separa-

ción de cuerpo, supuesto que no hace más que mantener la potestad marital. El art. 267 agrega: "A menos que el tribunal ordene otra cosa para mayor ventaja de los hijos." ¿Esta segunda parte del artículo es también aplicable á la separación de cuerpo? La afirmativa está universalmente admitida. Si combatimos la opinión general es por honra de los principios. Conviénese que la disposición es una excepción al derecho común. Pero, dícese, esta excepción es tan moral, tan necesaria, que sin vacilación debe extenderse á la demanda de separación de cuerpo (1). Preguntaremos que desde cuándo los tribunales tienen el poder de derogar las leyes de orden público en nombre de la moral ó de la necesidad. El art. 267 se los permite en materia de divorcio; extender esta excepción á la separación de cuerpo es hacer la ley bajo la forma de aplicación extensiva. Esto no puede ser respecto á las excepciones, y en verdad que no las hay más graves que las que atentan contra la potestad paternal. Bajo el punto de vista de los principios esto decide la cuestión. Lejos estamos de discutir las cuestiones morales que se hacen valer en contra del padre y á favor de los hijos, pero esas consideraciones se dirigen al legislador. ¡Cosa notable! Hase ocupado éste de las medidas provisionales concernientes á la mujer (Código de Procedimientos, art. 878, y nada dice de los hijos. ¿No es significativo este silencio? ¿No equivale esto á decir que como la separación de cuerpo deja subsistir el matrimonio, y como el marido conserva la potestad marital, debe también conservar la paternal? De todas maneras lo cierto es que se necesitaría un texto para autorizar á los tribunales

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 561, núm. 451. Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 122. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica se halla en el mismo sentido (sentencias de Bruselas de 15 de Julio de 1848 y de 13 de Agosto de 1868, *Pasierisia*, 1849, 2, 177, y 1868, 2, 320).

para que notificasen la potestad paternal. Y es por llamar á los intérpretes al respeto de los textos por lo que insistimos en cuestiones definitivamente resueltas por la doctrina y por la jurisprudencia.

SECCION IV.—*Del procedimiento.*

§ 1.º—DE LA DEMANDA DE SEPARACION.

327. El art. 307 establece que la demanda de separación de cuerpo se intentará, instruirá y fallará del mismo modo que otra acción civil cualquiera. Esta disposición es una nueva prueba de que el legislador no procede, en materia de separación de cuerpo, por vía de analogía con lo que se ha resuelto en materia de divorcio. El haberizado el procedimiento de divorcio de dificultades, de trámites, de obstáculos, con el objeto de que los cónyuges vuelvan á una reconciliación. ¿Importaba menos reconciliarlos cuando piden la separación de cuerpo? ¿Si la separación es el divorcio de los católicos débese favorecer este divorcio facilitando la demanda de separación? Cuando se trata de una demanda de separación la ley quiere que los debates permanezcan secretos por todo el tiempo que sea posible, porque á menudo sucedería que la publicidad dada á la ofensa, á la deshonor, haría imposible toda reconciliación. ¿Acaso no existía razón más fuerte para mantener secretos los debates cuando los cónyuges piden la separación de cuerpo? Se puede siempre esperar la reconciliación de los cónyuges separados, supuesto que tienen libertad para hacer cesar la separación reuniéndose. ¿No era ésta una razón decisiva para rodear la instrucción de un secreto impenetrable? Sin embargo, el legislador se vuelve hacia el derecho común, por lo que no se inspira en el mismo espíritu. Ya no son