

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

las excepciones las que él quiere aplicar sino los principios generales. Que el legislador haya ó no tenido razón para hacerlo, poco importa, supuesto que lo hizo; lo que atestigua contra el espíritu que se le supone y contra el principio de interpretación que los autores y la jurisprudencia siguen, principio que se pretende estar fundado en la ley.

El art. 307 ha sido modificado por el Código de Procedimientos, que contiene algunas disposiciones especiales en un título consagrado á la separación de cuerpo (arts. 875-880). Estas disposiciones están tomadas del procedimiento de divorcio, notoriamente la tentativa de conciliación y las medidas provisionales, de las que ya hemos hablado. Así, pues, el Código Procedimientos reconoce que hay cierta analogía entre ambas acciones, pero la limita á los puntos que define. ¿Si hubiese sido intención del legislador extenderla á todos los puntos no lo habría expresado? En el estado actual de la legislación los arts. 875-880 son excepciones al principio establecido por el art. 307 del Código Civil y, por lo mismo, de estricta interpretación (1).

328. La ley no expresa ante cuál tribunal debē presentarse la acción de separación. Puede aplicarse á esto el artículo 234 porque es la aplicación de un principio general: la demanda debe formularse ante el tribunal de la circunscripción en la cual tienen los cónyuges su domicilio. Si la mujer es actora esto es evidente; lo es también cuando el marido es actor, porque debe presentar su demanda al tribunal del domicilio de la mujer demandada; y la mujer no puede tener otro domicilio que el del marido. Según el derecho común debe estar autorizada para actuar judicialmente. Ya hemos dicho que en la instancia de separación el auto del presidente, después del ensayo de re-

1 Sentencia de Gante de 9 de Enero de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 8).

conciliación, hace veces de autorización; el art. 878 del Código de Procedimientos dice formalmente que el presidente «autoriza á la mujer á proceder respecto á la demanda» sin distinguir si es actora ó reo. Se concibe que en esta materia la autorización es de pura forma; el presidente no puede rehusarla, supuesto que la mujer usa de un derecho que la ley le otorga y para cuyo ejercicio no podía ella, ciertamente, dirigirse á su marido. Sin embargo, la autorización tiene consecuencias muy importantes. Este es el caso de aplicar el principio de que la mujer autorizada para entablar un acto jurídico es por esto mismo capaz de ejercer todos los que de aquél dimanen. Así, pues, la mujer autorizada para litigar en separación de cuerpo puede ejecutar todos los actos que son una consecuencia de la demanda y del juicio. No es necesario decir que ella puede sin nueva autorización tomar las medidas de conservación que la ley admite y que, por consiguiente, puede diligenciar la ejecución del fallo que le otorga una provisión. La mujer puede, además, proseguir la ejecución del fallo que pronuncia la separación, en todas sus disposiciones, tanto las que conciernen á los hijos como las que conciernen á los bienes. La jurisprudencia es unánime en estos puntos.

329. Según el derecho común las partes deben comparecer en conciliación ante el juez de paz. El art. 878 del Código de Procedimientos los dispensa del preliminar de conciliación en el proceso de separación. Esto no da lugar á duda alguna, á pesar de una coma mal colocada que pudiera hacer creer lo contrario. La razón es muy sencilla. Hay una tentativa de conciliación ante el presidente, magistrado que, es de esperarse, tenga más influencia sobre los cónyuges. El cónyuga que quiere proveerse de separación de cuerpo debe presentar al tribunal de su domicilio una instancia que contenga sumariamente los hechos; esta

instancia se contesta con un auto que ordene á las partes comparecer ante el presidente el día que éste señale. Los cónyuges están obligados á comparecer personalmente, sin que puedan ser asistidos ni de abogados ni de consejos (artículos 875-877). Según los términos del art. 878 el presidente debe hacer á los cónyuges las representaciones que juzgue á propósito para llevar á cabo una reconciliación. Si no puede lograr ésta expide un segundo auto diciendo que en virtud de no haber podido conciliar á las partes las remite á que se provean sin previa citación á la oficina de conciliación.

330. La comparación de estas disposiciones con las que prescribe el Código Civil para la instancia de divorcio prueba que el legislador se manifiesta severo respecto á la separación de cuerpo. Así el art. 236 quiere que el actor presente personalmente su instancia al presidente, mientras que el Código de Procedimientos dice sencillamente que el cónyuge actor en separación presentará instancia; se ha resuelto, por aplicación del principio que acabamos de establecer (núm. 327), que no podía aplicarse el art. 236 á la separación de cuerpo. Es evidente, sin embargo, la analogía de posición; si por analogía procediese el legislador habría debido ordenar que el cónyuge se presentase personalmente, á fin de que el presidente le haga, desde este primer acto del procedimiento, las observaciones que crea convenientes. Esta primera tentativa de conciliación es la más importante, porque una vez que el cónyuge ofendido está en presencia del cónyuge culpable casi no puede esperarse que el magistrado logre conciliarlos. ¿Por qué, á pesar de ser idénticos los motivos para decidir, el legislador da una resolución diferente? Sin duda porque la separación de cuerpo deja subsistir el vínculo del matrimonio, mientras que el divorcio lo desata. ¿No debe inferirse de esto

como ya lo hemos dicho, que no se puede aplicar á la separación de cuerpo lo que la ley dice respecto del divorcio?

Otra diferencia que resulta de los textos. El art. 236 dice: «Toda demanda de divorcio detallará los hechos.» Hemos dicho que la jurisprudencia aplica esta disposición con un rigor que parece excesivo. El art. 877 del Código de Procedimientos se conforma con una exposición sumaria de los hechos, y se ha fallado que no era de aplicarse el art. 236 á la separación de cuerpo (1). En vano se pregunta la razón de esta diferencia, colocándose en el terreno de la analogía. ¿Acaso el reo en la separación no debe conocer los hechos tanto como el reo de divorcio? ¿Acaso la sociedad no está igualmente interesada en contener, en impedir, las separaciones de cuerpo como los divorcios? Si fuese cierto que la separación es el divorcio de los católicos el legislador debería aplicar aquí á la separación lo que del divorcio se dice. No lo hace. ¿No debe inferirse que ese pretendido principio no es el del Código?

La jurisprudencia, olvidando la analogía que establece como principio fundamental, procede como el legislador: tanto como es severa en materia de divorcio se manifiesta indulgente cuando se trata de separación de cuerpo. Permite precisar los hechos en el curso de la instancia; (2) permite presentar una nueva instancia en la cual el actor desarrolle los hechos que no hizo más que indicar en la primera; (3) permite articular hechos nuevos acaecidos durante la instancia; y aun más, permite invocar hechos anteriores á la demanda, sea que el actor los haya ignorado, sea que por una razón cualquiera haya descuidado mencionarlos en su instancia, cosas todas que no se permiten en el

1 Sentencia de Bruselas de 18 de Abril de 1855 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 100).

2 Sentencia de Douai de 9 de Abril de 1825 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 100).

3 Sentencia de París de 23 de Julio de 1809 (Dalloz, *ibid*).

divorcio. Nosotros admitimos la doctrina consagrada por la jurisprudencia; hasta hemos tratado de aplicar el principio al divorcio (núm. 227). De todas maneras resulta que la jurisprudencia no es fiel al principio que generalmente la guía en esta materia, y ¿puede llamarse principio el que se abandona y vuelve á tomarse según las necesidades de la causa?

Se ha fallado aún que el cónyuge actor podía articular en apelación nuevos hechos, sean antiguos, pero que no se indicaron en la instancia, sean ocurridos durante la instancia. Como lo dice muy bien la Corte de Bruselas, la demanda de separación de cuerpo está sometida á las reglas generales del procedimiento, y aunque el art. 875 del Código de Procedimientos prescribe que se indiquen sumariamente los hechos ninguna disposición legal se opone á que el cónyuge articule otros hechos, aun cuando sea en apelación: rechazar la prueba de tales hechos equivaldría á crear un fin de no recibir que los textos repelen y que la razón no admite. Objétase que esto sería en cierto modo salvar y eludir el primer grado de jurisdicción. La objeción confunde la causa con los medios que las partes hacen valer en apoyo de sus pretensiones. Esto evidentemente que no es una nueva demanda que el cónyuge produce en apelación: ¿por qué el actor no había de poder invocar un medio nuevo? Diariamente acontece que en apelación los litigantes cambian sus medios de ataque ó de defensa; y bien, un hecho nuevo es como un nuevo argumento. Cuando el hecho nuevo ha sobrevenido después del fallo que ha desechado la demanda ya no puede haber duda alguna, y la jurisprudencia admite la prueba en apelación. Si en este caso se pueden articular hechos en apelación aun cuando no hayan sido sometidos al primer juez ¿por qué no habría de poderse si los hechos son anteriores?

331. El art. 868 del Código de Procedimientos prescribe la publicidad de las demandas de separación de bienes. Como la separación de cuerpo implica separación de bienes se ha sostenido que debía también hacerse pública. Pero esta opinión no ha sido favorecida, y con razón. La demanda de separación de bienes interesa á los terceros que tratan con los cónyuges y, por lo mismo, debe publicarse. Mientras que el objeto directo de la acción de separación de cuerpo es desatar el vínculo del matrimonio; la publicidad, lejos de desearse, sería un obstáculo para la reconciliación. Esto prueba que no se pueden aplicar á la demanda de separación de cuerpo los principios que rigen la separación de bienes, por más que la separación de cuerpo traiga consigo la separación de bienes; las dos acciones tienen un objeto diferente y, por consiguiente, las dos disposiciones del Código Civil y del de Procedimientos que les son relativas están concebidas con un espíritu diferente. Nosotros hemos hecho ya esta observación, que tiene su importancia, en una materia en que la doctrina y la jurisprudencia buscan en todas partes razones de analogía. Veremos algunas consecuencias de este principio en el contrato de matrimonio.

332. A instancia presentada por el actor el presidente expide un mandamiento en que previene á las partes que comparezcan ante él; el Código de Procedimientos quiere que los cónyuges comparezcan personalmente, sin asistencia de abogados ni de consejos (art. 877). Esta prohibición de hacerse asistir por curiales es esencial; tiene por objeto sustraer á los cónyuges á toda fuerza extraña y dejarlos entregados á sus propias impresiones. ¿Debe inferirse de esto que hay nulidad si uno de los cónyuges ó los dos se ven asistidos de consejos? No, porque la ley no pronuncia la nulidad; y como la instancia de separación de cuerpo se norma por el derecho común hay lugar para aplicar la regla

general establecida por el art. 1030 del Código de Procedimientos, en virtud del cual ningún acto de procedimiento puede declararse nulo si la nulidad no la pronuncia la ley. (1) Esta es una nueva diferencia entre el divorcio y la separación. En el procedimiento de divorcio los tribunales pronuncian la nulidad por inobservancia de la menor formalidad, considerándose todas las formas como de rigor porque tienden á poner obstáculos al divorcio. La analogía exigiría que fuese lo mismo en la instancia de separación; cierto es que milita la misma razón, pero el art. 1030 no permite que se decida por identidad de razón. Así, á cada paso encontramos diferencias entre las dos instituciones hasta cuando la analogía las condena. Estas diferencias, desechadas por la analogía, condenan al mismo tiempo la doctrina de los autores y las sentencias que aceptan la analogía como principio de sus decisiones.

333. ¿Si el actor no comparece puede continuar la instancia? Nó, ciertamente, porque se entiende que renuncia á la acción por el hecho solo de su ausencia. Otra cosa es cuando el demandado es el que no comparece; el presidente fallará en su ausencia. Puede objetarse que, en este caso, la tentativa de conciliación se vuelve imposible y que esta tentativa es esencial, supuesto que es la única que la ley prescribe. Nosotros contestamos que la tentativa de conciliación se hará en los límites de lo posible; el presidente hará al actor las observaciones que juzgue convenientes, después expedirá su mandamiento si el cónyuge persiste. No puede admitirse que dependa del demandado impedir la acción del actor el no comparecer ante el presidente. (2) Por otra parte hay que hacer notar una vez más que pare-

1 Sentencia de Bruselas de 9 de Agosto de 1848 (*Pasicrisia* 1848 2 316).

2 Esto es de jurisprudencia, (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 109).

ce que la ley da menos importancia á esa comparecencia de las partes en caso de separación, que en caso de divorcio. El art. 239 quiere que el juez levante una acta, mientras que el código de procedimientos no prescribe tal formalidad; de donde se sigue que no se puede exigirla. Siempre diferencias, á pesar de la analogía completa de posición.

334. El código de procedimientos dice en su art. 878 que si el presidente no logra reconciliar á los cónyuges, los despide para que se provean.

Pregúntase si debe despedirlos inmediatamente ó si puede ordenar un sobreseimiento. La jurisprudencia decide que el juez puede sobreseer. «Considerando, dice la corte de París, que ninguna disposición legal impone al presidente, en el caso de no haber conciliación, remitir inmediatamente al actor en separación ante el tribunal para formular su demanda (1). ¡Singular razonamiento! La ley encarga al presidente una misión de conciliación; ella no habla de una sola comparecencia de las partes, después agrega que si el presidente no consigue reconciliar á los cónyuges, los despide para que se provean. Desde ese momento su misión está cumplida, y por lo mismo no tiene derecho para ordenar un sobreseimiento. No tiene este derecho, porque la ley no se lo da; la jurisprudencia, al concedérselo, hace la ley. ¿Se quiere una prueba? ¿Cuál es el plazo de sobreseimiento que el presidente puede ordenar? Se ha fallado que un plazo de seis meses era ilegal (2). ¿Por qué seis meses más bien que cuatro ó cinco? ¿No es evidente que sólo la ley puede fijar los plazos? Y lo habría hecho si hubiese querido conceder tal derecho al presidente. En vano se dice que este sobreseimiento es una remisión de causa (3.)

1 Sentencia de 20 de Mayo de 1844, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 111.

1 Sentencia de París, de 15 de Julio de 1844, Dalloz, 1849, 2, 45.

3 Demolombe, *Curso del Código Napoleon t. IV*, p. 555 y siguientes, núms. 441 y 442.

Todavía no hay causa, supuesto que no hay acción intentada. Hay una tentativa de conciliación; y como la ley no prescribe más que una sola, quiere que el actor pueda intentar su acción. Este es un derecho. Para impedir su ejercicio, habría necesidad de un texto que no existe.

§ II.—DE LA INSTRUCCION.

335. El art. 879 del código de procedimientos, dice: “Se instruirá la causa en las formas establecidas para las otras demandas, y juzgada en virtud de las conclusiones del ministerio público.” De aquí resulta que la instrucción oral es pública, salvo que el tribunal ordene que sea á puerta cerrada, si la discusión pública pudiese ocasionar un escándalo ó graves inconvenientes (cod. de proced., art. 87). La corte de casación ha resuelto que habría lugar para ordenar que se cerrasen las puertas, en un caso en que la demanda de separación se fundaba en violencias, sevicias y ultrajes. Se lee en la sentencia que la discusión absolutamente pública de agravios de ésta naturaleza no haría más que ofender las costumbres, sin ofrecer una garantía más á los litigantes; que la presencia de las partes y de sus acesores da á los debates toda la publicidad que la ley apetece; que no se viola la ley cuando se la concilia con las aspiraciones de la moral y el verdadero interés de las partes (1). Nada tan cierto como esto, pero esto equivale á hacer la crítica del código. En el procedimiento del divorcio, el legislador mantiene las puertas cerradas, hasta que se haya perdido toda esperanza de reconciliación entre los dos cónyuges. Cuando éstos piden la separación de cuerpo, existe todavía aquella esperanza; era, pues, preciso, establecer como regla, que las puertas quedasen cerradas, en lugar de admitirla co-

1 Sentencia de 21 de Enero de 1812, Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 319.

mo excepción. Ciertamente que si nunca hubo analogía entre el divorcio y la separación de cuerpo, es en este caso: y hay que agregar, además, que las razones para hacer secretos los debates, son más poderosas cuando se trata de una demanda de separación, como ya lo hemos dicho. En cuanto al interés de la moral pública, invocado por la corte de casación, existe en toda demanda de separación, y cualquiera que sea la causa. ¡Hé aquí, pues, al legislador que echa á un lado la analogía cuando la razón y la moral exigen imperiosamente tenerla en cuenta!

336. Hay una analogía incontestable entre el procedimiento de divorcio y el procedimiento de separación de cuerpo, y es que el tribunal no está obligado á ordenar una inquisición, si los hechos están suficientemente probados por los documentos de la causa. El art. 247 lo expresa formalmente respecto al divorcio; se puede y se debe aplicar esta disposición á la separación de cuerpo, por que ella no hace más que consagrar un principio general, que el buen sentido dicta á falta de ley. Como lo expresa la corte de casación, el legislador no impone un deber á los magistrados de recurrir á las vías legales de instrucción, sino cuando en los documentos de la causa no encuentran elementos suficientes de convicción. Así, pues, cuando los hechos están establecidos, sea por la correspondencia epistolar de las partes, sea por sus confesiones cuando éstas confirman hechos ya probados, el tribunal puede y debe inmediatamente pronunciar la separación de cuerpo (1).

337. Hé aquí una nueva diferencia inexplicable cuando se parte del principio de analogía entre el divorcio y la separación de cuerpo, y hasta injustificable en cualquier otro sistema. Los arts. 259 y 260 permiten al juez que pronuncie una separación provisional, durante la instancia de

1 Sentencia de la corte de casación, de 29 de Abril de 1862, Dalloz, 1862, 1, 515.