

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.

divorcio, año de prueba que, es de esperarse, calmará las pasiones y acarreará la reconciliación de los cónyuges. Pregúntase si el juez podría también pronunciar una separación provisional en la instancia de separación de cuerpo. La negativa casi no permite duda; la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, y lo mismo la doctrina, salvo algunas disidencias que no han encontrado favor. No corresponde á los tribunales impedir el ejercicio de un derecho; y, desde el momento en que hay una causa legal de separación, es un derecho para el cónyuge obtenerla. Sin embargo, el sobreseimiento, autorizado para la demanda de divorcio, habría debido serlo también para la acción de separación. Tiende á impedir el divorcio. ¿Y acaso no importa también impedir la separación de cuerpo? Dícese en vano que los cónyuges separados de cuerpo pueden reunirse cuando les plazca. La experiencia está allí para atestiguar que una vez pronunciadas las separaciones son casi siempre irrevocables. Lo que prueba que el sobreseimiento no sería inútil, es que en el antiguo derecho se admitían las separaciones provisionales y aun las separaciones por cierto tiempo (1). Por esto es que los autores que enseñan el principio de analogía extrañan que el código no permita aplicar á la separación de cuerpo lo que para el divorcio autoriza (2). ¿No es esto una nueva prueba de que el legislador ignora el principio de analogía que se le atribuye, á pesar de las veces que él mismo desmiente este pretendido principio?

338. El art. 335 quiere que la acción de divorcio se suspenda, cuando los hechos alegados por el cónyuge actor dan lugar á una inquisición criminal. Esta disposición recibe su aplicación, á la instancia de separación de cuer-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, pfo. III, núms. 11 y 12.

2 Demolombe, *Curso de código Napoleon*, tit. IV, p. 587, núm. 486.

po, porque no hace más que consagrar una disposición de derecho común. Hay, pues, que aplicar aquí lo que hemos dicho capítulo del divorcio (220).

§ III.—DEL JUICIO.

339. El código de procedimientos quiere que sea público el juicio que pronuncia la separación de cuerpo. El fallo se escribe en una tabla expuesta durante un año, en el auditorio de los tribunales de primera instancia y de comercio del domicilio del marido, aun cuando éste no sea comerciante; y si no hay tribunal de comercio, en el salón principal de la casa común. Un extracto igual debe insertarse en la tabla expuesta en la cámara de los abogados ó notarios. ¿Cuáles son los motivos de tal publicidad? La separación de cuerpo interesa á los terceros que se hayan en el caso de tratar con los cónyuges. Aunque el matrimonio subsista, la vida común cesa, y en consecuencia la mujer ya no es mandataria de su marido para los gastos de la casa conyugal. Cada uno de los cónyuges vive separadamente y tiene casa propia. Están, además, separados en bienes; de donde se sigue que el marido ya no disfruta de los bienes de la mujer, mientras que ésta recobra la administración de su patrimonio, y tiene también el goce de éste. La separación de cuerpo altera, pues, el crédito del marido, y da á la mujer una capacidad excepcional. De aquí la necesidad de poner en conocimiento de los terceros el cambio que se ha verificado en la posición de los cónyuges (código de procedimientos, art. 872 880; y código civil, art. 1445).

340. En cuanto á las vías de recurso, síguese el derecho común. En materia de divorcio y apartándose del derecho común, el proveído en casación es suspensivo (art. 263).