

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).

Hemos dicho que esta disposición excepcional está fundada en los efectos que el divorcio produce; disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden volver á casarse; era, pues, preciso impedir que el divorcio admitido por juicio produjese sus efectos durante el proveído, supuesto que puede ser anulado por la suprema corte. Como la separación de cuerpo deja subsistir el matrimonio, no había razón para extender al fallo que la pronuncia la excepción establecida por el art. 263. Esto ha sido fallado de esta manera, y es verdad que no había la menor duda (1).

341. El divorcio debe pronunciarse por el oficial del estado civil. No pasa lo mismo con la separación de cuerpo. El matrimonio subsiste; únicamente que los cónyuges están autorizados para vivir separadamente. Basta para esto que exista un fallo; no hay ninguna razón para hacer intervenir al oficial del estado civil.

#### § IV.—DE LAS DEMANDAS RECONVENCIONALES.

342. Las demandas reconventionales se admiten en la instancia de separación de cuerpo, como en la instancia de divorcio (núms. 270-272). Esto es la aplicación de un principio general. ¿El cónyuge demandado en separación puede formular su demanda reconventional en apelación? No, porque es de regla que en causa de apelación no puede formularse ninguna otra demanda, á menos que ella sea una defensa en la acción principal. Ahora bien, una demanda reconventional no es una simple defensa. Esto es de jurisprudencia, y no podía dar lugar á duda, siendo formal el art. 464 del código de procedimientos (2). Existen, sin em-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, número 307.

2 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 278.

bargo algunas sentencias en sentido contrario, y Demolombe prefiere esta última opinión, bien que no da ninguna razón de esta preferencia (1.)

343. La demanda reconventional formulada en primera instancia da lugar á una dificultad acerca de la cual se halla muy dividida la jurisprudencia. ¿Debe estar precedida del ensayo de conciliación prescrito por el Código de Procedimientos? (arts. 875, 878). Hay una razón para dudarlo. Las demandas incidentales se formulan por un simple acto y están, en consecuencia, dispensadas del preliminar de conciliación. ¿Y la demanda reconventional en separación acaso no es una demanda incidental? Por otra parte, ¿la tentativa de conciliación prescrita por el Código de Procedimientos no hace veces de preliminar de conciliación ante el juez de paz? (2). Admitimos que la demanda reconventional es incidental, y ¿quiere esto decir que pueda hacerse por acto simple, según el derecho común? (Código de Procedimientos, art. 337) El verdadero nudo de la dificultad está en el ensayo de conciliación que debe preceder á la demanda en separación. ¿Es cierto que tenga el mismo carácter que el preliminar de conciliación ante el juez de paz al que están sometidas las acciones ordinarias? No hay más que leer el art. 48 del Código de Procedimientos para convencerse de lo contrario. Para que haya lugar á este preliminar, se necesita que las partes sean capaces de

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. IV, núm. 437.

2 Véanse en este sentido las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 116. Hay que agregar las sentencias de Nancy, de 16 de Diciembre de 1859 (Dalloz, 1860, 5, 351, núm. 4); de Pau, de 19 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 226), de Orleans, de 29 de Julio de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 228); de París, de 13 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 9); de Agén, de 30 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 12); de Burdeos, de 23 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 90), y de Aix, de 11 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 91). Véase en el mismo sentido, Demolombe, t. IV, p. 553, núm. 436.