

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.



transigir y que el objeto del litigio pueda ser materia de una transacción. Trátase, pues, ante el juez de paz de transigir respecto á intereses pecuniarios. ¿Y acaso es éste el fin principal de la intervención del Presidente, cuando un cónyuge pide la separación de cuerpo? ¿Se puede transigir sobre la separación? Nó, ciertamente; no puede transigirse sobre el matrimonio, que es esencialmente de orden público. Así, pues, según el derecho común, la demanda de separación de cuerpo ni aun habría debido someterse al preliminar de conciliación. Así es que si la ley quiere que los cónyuges se presenten ante el presidente, es por otras razones, y mucho más graves, razones de orden público. El legislador quiere que la separación de cuerpo se impida, porque de hecho tiene los efectos desastrosos del divorcio. Se trata, pues, de mantener el matrimonio por interés de los hijos, por el de la familia, por el de la sociedad entera. Y por ello es necesario que toda demanda de separación esté sujeta á esa tentativa de conciliación. Ahora bien, la demanda reconventional, aunque hecha incidentalmente, es, en realidad, una demanda principal, supuesto que tiene el mismo objeto y que tendrá los mismos resultados. Esto decide la cuestión.

Se objeta que esta tentativa de conciliación es inútil, supuesto que los dos cónyuges han debido ya presentarse ante el presidente y que en el ensayo de reconciliación ha fracasado. Infiérese de esto que el art. 875 no recibe su aplicación sino en la primera demanda. Nó, no se puede decir, *á priori*, que una tentativa de reconciliación sea inútil porque la primera no tuvo éxito. En la instancia de divorcio la ley multiplica los ensayos de conciliación; no desespera, aun después de repetidos fracasos, de volver á unir á los cónyuges. Hay, por otra parte, un hecho nuevo, la demanda del reo, que puede hacer entrar en reflexión

al actor, puesto que va á hallarse expuesto á los efectos que la separación produce contra el cónyuge culpable. Después de todo la consideración de la utilidad ó de la inutilidad de la tentativa de conciliación se dirige al legislador y no al intérprete. Lo que la ley ha resuelto porque el artículo 875 no distingue se aplica á todo cónyuge que quiere proveerse en separación de cuerpo. Para dispensar al cónyuge de esta tentativa de reconciliación sería necesario un texto que hiciese excepción á este artículo.

Se pretende encontrar este texto en el art. 307 del Código Civil combinado con el art. 307. Según el art. 307 la demanda de separación de cuerpo se intenta, instruye y falla de la misma manera que cualquiera otra acción civil; y por ello, dícese, se debe aplicar el art. 337. El mismo Código de Procedimientos nos proporciona una respuesta perentoria á esta objeción. En efecto, se ha separado del Código Civil en lo concerniente á la manera de intentar la acción; así es que ya no se puede invocar el art. 307. También el art. 379 dice que la causa *se instruirá* en las formas prescriptas para las otras demandas; ya no dice, como el Código Civil, que *se intentará* conforme á las reglas generales; y como habría podido decirlo cuando acababa de derogar el derecho común en los artículos que preceden? Estamos, pues, en una materia excepcional y de orden público. Esto es decisivo. (1)

#### SECCION IV.—De los efectos de la separación de cuerpo.

##### § 1º.—EN CUANTO A LOS CONYUGES

344. Marcadé dice que el Código no da á conocer *uno solo* de los efectos directos de la separación de cuerpo; so-

1 Marcadé, *Curso elemental de derecho civil francés*, t. I, p. 603 art. 311, núm. 1.