

hay, pues, que aplicar aquí lo que hemos dicho en el capítulo del Divorcio (núm. 291).

El art. 309 agrega: «El marido será dueño de detener el efecto de esta sentencia consintiendo en volver á admitir á su mujer.» Ateniéndose á los términos de la ley podría creerse que basta con la voluntad del marido para que el efecto de la condena cese. Pero no es ese el sentido del texto. Cuando el Código dice que el marido consiente en volver á admitir á su mujer esto implica que los cónyuges restablecen la vida común; y para esto se necesita el consentimiento de la mujer, como más adelante lo diremos (núm. 357). Así, pues, cuando el marido ofrece á la mujer volver á admitirla ella puede rehusarlo. En este caso la condena surtirá sus efectos y continuará la separación: Si la mujer acepta lo que se le ofrece hay concurso de consentimientos y, en consecuencia, la reclusión cesará tanto como la separación de cuerpo.

§ II.—DE LOS EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPO,
EN CUANTO Á LOS HIJOS.

350. El Código Civil no expresa á quién deben confiarse los hijos, sea durante la instancia, sea después del fallo que pronuncia la separación de cuerpo. ¿Qué debe inferirse de tal silencio? La conclusión jurídica sería la siguiente: La separación de cuerpo, á diferencia del divorcio, deja subsistente el matrimonio y todos sus efectos, con excepción de los que se refieren á la vida común. Ahora bien, la potestad paternal no atañe á la vida común porque el art. 372 dice que el padre *solo* la ejerce durante el matrimonio. El padre continuará ejerciéndola después de la separación de cuerpo; puede invocar el texto de la ley; habría necesidad de una disposición formal que derogase este texto para

quitar al marido la potestad que á la ley debe. ¿En dónde está escrita semejante excepción? Invócase el art. 302 colocado en el capítulo del divorcio. ¿Pero puede aplicarse una disposición que supone la disolución del matrimonio á un estado de cosas en las cuales subsiste el matrimonio? ¿Las disposiciones derogantes del derecho común se extienden por vía de analogía, sobre todo cuando el derecho común rige una materia de orden público tal como la potestad paternal?

Zachariae y sus anotadores han sentido la fuerza de este argumento. Dicen ellos que no puede aplicarse en pleno derecho á la separación de cuerpo lo que el art. 302 dice del divorcio. En efecto, esto sería contrario al principio fundamental en esta materia de que el matrimonio subsiste con todos sus efectos, á pesar de la separación de cuerpo, con excepción de la vida común. De aquí concluyen que por regla general los hijos deben dejarse al padre. Sin embargo, Zachariae agrega que es permitido á los tribunales modificar esta regla por interés de los hijos, en el sentido de que el tribunal puede confiarlos, sea á la madre, sea á tercera persona (1). ¿Pero en qué funda tal excepción? Por una singular inconsecuencia invoca el art. 302 que acaba de declarar inaplicable á la separación de cuerpo. ¿Si directamente no puede aplicarse cómo habría de aplicarse por vía de analogía? La doctrina y la jurisprudencia son más lógicas: aplican el art. 312 por lo mismo que hay razón de decidir conforme á él.

Cierto es que el legislador habría debido modificar el ejercicio de la potestad paternal cuando hay separación de cuerpo tanto como cuando hay divorcio. En efecto, la familia queda disuelta de hecho aunque no de derecho. Cuando el matrimonio subsiste con todos sus efectos la

1 Zachariae, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 282, nota 12.

madre concurre á la potestad paternal por medio de sus consejos y de su influencia moral. Cuando los esposos viven separados la madre no tendría ya acción si se dejase al padre el exclusivo ejercicio de la autoridad paternal. Este es un primer hecho que el legislador habría debido tener en cuenta. Hay un segundo igualmente considerable. Cuando la separación de cuerpo se pronuncia contra el padre puede suceder que éste sea indigno de ejercer un poder que le había concedido la ley porque ésta presumía que él merecía la confianza que le manifiesta. ¿Podrá dejarse al padre una doncella cuando él mancha el hogar doméstico instalando á una concubina? Hé ahí, en verdad, razones suficientes para modificar el principio que asienta el art. 372; evidentemente que esta regla no se ha hecho sino para los matrimonios en los cuales el marido cumple con sus deberes y no para aquellos en los cuales los viola. Pero el legislador no lo ha hecho ¿y lo que no ha hecho puede hacerlo el intérprete?

Conforme al rigor de los principios no. Los autores, custodios severos de la doctrina, no se atreven á decidir netamente la cuestión. Ya hemos oído las vacilaciones de Zachariæ; Demante se halla igualmente perplejo. Ciertamente es que concede á los tribunales un poder discrecional para tomar medidas por el interés de los hijos, pero el art. 302 va más lejos: quiere y ordena que se confíen los hijos al cónyuge que haya obtenido el divorcio. Demante no cree que esta preferencia obligatoria puede trasladarse á la separación de cuerpo, porque según él dice necesitábase para ello un texto (1). ¿Y no se necesitaría también para conceder á los tribunales el poder discrecional que se les reconoce? ¡Qué se observe bien! Se trata de modificar un texto de ley, el art. 372. ¿Tienen alguna vez los intérpre-

1 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 39, núm. 31 bis.

tes el derecho de derogar una ley? Pueden hacerlo en virtud de los arts. 267 y 302. Pero fuera de este caso ¿en dónde está el texto ó el principio que permite al juez modificar la potestad paternal tal como la ley la organiza?

La jurisprudencia invoca la naturaleza de la potestad paternal, potestad de protección que debe ejercerse en interés de los hijos y no en interés del padre; de donde se sigue que los tribunales deben tener el derecho de modificar los derechos del padre cuando la mayor ventaja de los hijos lo exige. Examinaremos esta cuestión en el título de la potestad paterna; por el momento nos repetimos la pregunta: ¿En dónde está el texto que autorice á los tribunales para derogar el art. 372 cuando el matrimonio subsiste? Hay un argumento histórico que para nosotros tendría gran valor si los textos permitiesen emplearlo. En el antiguo derecho los tribunales confiaban los hijos al cónyuge que les parecía más digno, y hasta á una tercera persona. En verdad que debería ser lo mismo en el Código Napoleón, supuesto que la separación de cuerpo viene del antiguo derecho. Esto debería ser sí, ¿pero lo es? El juez no estaba ligado en el antiguo derecho por un texto, como en nuestros días lo está por el art. 372. En definitiva, todas las razones que se alegan se dirigen al legislador; en vano buscamos una base jurídica en la cual pueda apoyarse el intérprete. Confesémoslo, la fuerza de los hechos ha superado al rigor del derecho.

Se ha pretendido que el art. 302 no derogaba realmente la potestad paternal, supuesto que el derecho del padre queda intacto y que se trata únicamente de la guarda de los hijos (1). La Corte de Casación se ha mostrado más lógica. Ha resuelto que el art. 302 se aplica en toda su extensión á la separación de cuerpo; de donde se sigue, se-

1 Arntz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, p. 254, núm. 489.

gún ella, que los arts. 373 y 374 no reciben aplicación después de la separación. Rechazar los artículos que declaran que el padre sólo ejerce la potestad paternal durante el matrimonio y que el hijo no puede abandonar la casa paterna sin permiso del padre es ciertamente atentar al derecho del padre; éste subsiste, pero profundamente modificado (1). El padre no tiene ya la dirección de la educación de sus hijos; puede únicamente vigilar su mantenimiento y su educación, como lo expresa el art. 302. Siguese del mismo principio que los hijos deben confiarse al cónyuge que ha obtenido la separación de cuerpo porque la ley está concebida en términos imperativos: "Se confiarán los hijos." No hay más excepción que cuando la familia ó el Procurador del Rey piden que los hijos se entreguen al otro cónyuge ó á tercera persona; el tribunal decide en este caso conforme á la ventaja mayor de los hijos. No es, pues, justo, decir, como de costumbre que el tribunal tiene en esta materia un poder discrecional. Se ha fallado, y con razón, que si el cónyuge actor está de acuerdo con el demandado para confiar el hijo de ambos á una casa de educación el tribunal no puede ordenar que se entregue á otra persona (2). Los padres conservarán, en efecto, la potestad paternal; y si se ponen de acuerdo ya no hay razón para derogar su autoridad. Esto prueba que el derecho de intervención de los tribunales es enteramente excepcional.

Si el art. 302 es aplicable á la separación de cuerpo debe suceder lo mismo con el 303. Se debe, pues, aplicar aquí lo que hemos dicho en el capítulo del divorcio (número 294). La Corte de París ha fallado que los cónyuges separados de cuerpo deben soportar los gastos de manuten-

1 Sentencia de la Corte de Casación de 17 de Junio de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 415).

2 Sentencia de la Corte de Casación de 6 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 218).

ción y educación de sus hijos, y que si uno de ellos los soporta solo tiene recurso contra el otro, sin que pueda oponérsele la prescripción, supuesto que ésta no corre entre cónyuges. (1) La jurisprudencia decide además que la obligación de los cónyuges es solidaria. En este punto hemos hecho ya nuestras reservas, y las sostenemos (número 43).

§ III.—EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPO EN CUANTO A LOS BIENES.

351. Por los términos del art. 311 la separación de cuerpo implica siempre la separación de bienes. El régimen ordinario que normaliza los derechos pecuniarios de los cónyuges es el de la comunidad legal ó convencional. Sociedad de bienes es la que se forma entre los cónyuges, á un tiempo mismo que la sociedad de las personas, de la cual es una consecuencia. Como la separación de cuerpo pone término á la sociedad de las personas, supuesto que la vida común cesa es natural que la sociedad de bienes cese igualmente. Viviendo cada uno de los cónyuges separadamente justo es que cada uno administre sus bienes y disfrute de ellos. Este estado de cosas constituye lo que se llama la separación de bienes. La ley dice que la separación de cuerpo implica siempre la separación de bienes, sin duda para marcar que, sea cual fuere el régimen de los cónyuges, estarán separados en bienes desde el momento en que estén separados de cuerpo. En efecto, puede también haber separación de bienes en el régimen exclusivo de comunidad y en el régimen dotal (arts. 1531 y 1563). Tiene ella el efecto de que el marido cese de ser administrador y

1 Sentencia de París de 26 de Julio de 1862 (Dalloz, 1863, 2, 1121).
P. de D. TOMO III.—61