

hayan de quedar los cónyuges, los hijos y la administracion de los bienes. La idea seguida por este legislador es siempre la de convenio *provisional* y la de *definitivo*. La reproduccion literal del artículo será la mejor prueba de que, segun esta legislacion, deben ser *dos* los arreglos hechos por los cónyuges. "Los casados..... acompañarán á su peticion un contrato escrito, arreglando el modo cómo han de quedar, durante el tiempo de la separacion, los hijos y la administracion de bienes. Este contrato podrá ser aprobado por el juez, ó reprobado, si encuentra que viola los derechos actuales de los hijos..... *Igualmente* sujetarán á la aprobacion del juez el *modo provisorio* con que deben vivir, mientras no se resuelva *definitivamente* sobre su peticion."

100. El código que comentamos ha seguido al del Distrito Federal de 1870 en el punto que nos ocupa, en sus arts. 232 233 y 234.

101. Los tres códigos mencionados, al hablar de los proyectos de arreglo que deben presentar los cónyuges, otorgan al juez la facultad de aprobarlos ó reprobarlos, segun que estén ó no formados de acuerdo con la ley. ¿Cuándo podrá el juez reprobbar esos arreglos? Cuestion es esta que se relaciona con diversos puntos del derecho, toda vez que en ella pueden estar interesados, no solo los mismos cónyuges, y los hijos, sino tambien extrañas personas. No intentaremos pues tratarla en las diversas formas de aplicacion con que puede presentarse en la práctica, considerando suficiente exponer algunos ejemplos. Por lo que hace á los cónyuges entre sí, supóngase que ambos han pactado algo depresivo para la autoridad que respectivamente les pertenece en la familia, ó bien alguna condicion contraria á las buenas costumbres; el convenio deberia ser reprobado en esta parte, como opuesto á las leyes y á la moral. Respecto de los hijos, tampoco deberia ser aprobado el convenio, si en él se contubiese alguna cláusula por la cual no debieran aquellos re-

cibir los alimentos que les señala la ley. En cuanto á terceros, no hay duda que tambien deberia ser reprobado el arreglo, siempre que no quedasen asegurados sus créditos, porque los contratantes hubiesen pactado alguna condicion desventajosa para sus intereses.

### NUM. 3. DEL PROCEDIMIENTO.

102. ¿Cuáles sean los trámites porque debe pasar la solicitud de divorcio voluntario hasta llegar á la sentencia? El art. 281 francés prescribe que los esposos se presenten juntos y personalmente ante el Presidente del Tribunal civil de su Departamento, ó ante el juez que hiciere sus veces y le manifiesten su voluntad de divorciarse, en presencia de dos notarios que al efecto llevarán. El 282 impone al juez la obligacion de dirigir á los esposos reunidos y á cada uno de ellos separadamente en presencia de los dos notarios todas las exhortaciones que juzgare eficaces para reconciliarlos, leyéndoles ademas el capítulo 4.º del código sobre los *efectos del divorcio*, y presentándoles todas las consecuencias de su realizacion. El 283 declara que, si los esposos persisten en su resolucion, se levante por el juez y se les comunique acta, en la que conste que ellos mismos piden el divorcio y consienten mutuamente en él; y que están obligados á exhibir y depositar inmediatamente en manos de los notarios, ademas del inventario y avalúo de los bienes, así como de los convenios ó arreglos provisorios: 1.º las partidas de su nacimiento y de su matrimonio; 2.º las de nacimiento y defuncion de todos los hijos nacidos de su enlace; y 3.º la declaracion auténtica de sus padres ó ascendientes en defecto de aquellos, en las que consten que, por causas de ellos conocidas, autorizan á sus respectivos hijos ó nietos, casados con las per-

sonas que en el mismo documento se determinarán á pedir y consentir el divorcio. Se presumirá la existencia de los padres y abuelos, hasta que se presenten sus partidas de defuncion. Segun el art. 284, los notarios deben formar diligencias de todo lo que se haya hecho y dicho en esta primera comparecencia delante del Presidente, haciéndose mencion de la órden que el Presidente da á la mujer para que se retire, en el término de veinticuatro horas, á la casa convenida entre ella y su marido, y resida allí, hasta que la sentencia de divorcio sea pronunciada. Segun el art. 285, esta tentativa de reconciliacion deberá ser renovada tres veces, mediando entre cada una de ellas el plazo de tres meses y observándose las mismas formalidades prescritas en los artículos anteriores. Mas el código prescribe todavia una última tentativa de reconciliacion. El art. 286 manda, que en la quincena siguiente al dia en que se haya cumplido el año trascurrido desde la primera declaracion, los esposos, asistidos cada uno de dos amigos, personas notables en el Departamento y de edad de 50 años por lo menos, se presenten juntos y en persona ante el Presidente del Tribunal, entregándole todos los antecedentes y documentos de las cuatro comparecencias ya realizadas, y solicitando de él, cada uno separadamente y en presencia de los cuatro notables, la admision del divorcio. La tentativa de conciliacion, tiene lugar entonces, y el art. 287 ordena que el juez y los asistentes hagan sus observaciones á los cónyuges. Si estos perseveran en su propósito, se les dará acta de su solicitud y de los documentos que respectivamente hayan presentado, y el secretario del Tribunal levantará de todo diligencias, que firmará con las partes, los cuatro testigos y el juez. El art. 288 prescribe que el juez dicte auto sobre que en el plazo de tres dias, se de cuenta por él mismo al Tribunal pleno de todos los antecedentes del negocio, rindiendo previamente dictámen escrito el Promotor fiscal, á quien se comunicarán las diligencias por el secretario. El 289 dice que, si el Ministerio

público encuentra en las piezas, que se ha cumplido con la ley en todos los puntos, tanto por lo que concierne á las condiciones del divorcio, como por lo que mira á las formalidades prescritas, pondrá sus conclusiones en estos términos: *la ley permite*, y en el caso contrario: *la ley impide*. El 290 declara que, una vez dada cuenta al Tribunal, éste se limitará á esclarecer, si se ha cumplido puntualmente con la ley, en lo concerniente á las condiciones y formalidades prescritas. Si el resultado de estas verificaciones es favorable á la demanda de los esposos, el Tribunal admitirá el divorcio, citando á las partes para ante el oficial del estado civil, á fin de que lo haga pronunciar. En caso contrario, el Tribunal declarará que no hay lugar á admitir el divorcio y fundará su decision. Esta, segun el art. 291, es apelable, con tal de que el recurso haya sido interpuesto por ambas partes, aunque sea separadamente, en el término de diez dias por lo menos, y de veinte á lo mas de la fecha de la sentencia de 1.ª instancia. Las apelaciones, segun el 292, se notificarán recíprocamente á los cónyuges y al promotor fiscal. Finalmente el 293 ordena, que en el término de diez dias á contar desde el de la notificacion de la segunda apelacion, el Promotor fiscal remita al fiscal del Tribunal de alzada certificacion de la sentencia y de los documentos en que se haya fundado. Aquel funcionario dará su dictámen por escrito á los diez dias siguientes de haber recibido las diligencias. El Presidente ó el juez que le supla, dará cuenta al Tribunal pleno, que dictará fallo definitivo en el término de diez dias.—Todos los comentadores están de acuerdo en el principio, segun el cual la inobservancia de uno solo de los procedimientos que preceden es causa para que el divorcio no sea admitido, lo cual se deduce, no solo de los arts. 280 y 290 combinados, sino del objeto de esas reglas que tienden, por la multiplicidad y rigor de las formalidades, á impedir en cuanto es posible, el divorcio por consentimiento mutuo. Merlin cita una sentencia de la Corte de

Casacion, en la cual encontramos las siguientes palabras: "La intencion evidente del legislador ha sido erizar de dificultades el divorcio por consentimiento mutuo, para hacerlo lo mas raro que sea posible; es pues su deseo que todas las formalidades que él ha prescrito, con o todas las condiciones que ha impuesto, sean rigurosamente ejecutadas." (1)

103. Nuestro código del Distrito Federal de 1870 prescribe las siguientes formalidades para obtener el divorcio por consentimiento mutuo. Ambos consortes deben ocurrir por escrito al juez, acompañando la escritura de que ya se hizo mencion (núm. 98) sobre el arreglo de la situacion de los hijos y administracion de los bienes (arts. 246 y 248). Al escrito el juez provee, citando á los cónyuges á una junta, en la cual deberá procurar restablecer entre ellos la concordia. Si no lo consigue, deberá aprobar el arreglo antes mencionado con las modificaciones que crea oportunas, no citando á nueva junta á los esposos sino hasta despues de tres meses (art. 250). Pasado este tiempo y solo que lo pida alguna de las partes, el juez citará otra junta en que de nuevo los exhortará á la reconciliacion. Si no lograre esta, el juez dejará pasar aun otros tres meses (art. 251) y trascurrido este segundo plazo, si alguno de los cónyuges pidiere que se decida sobre el divorcio, el juez pronunciará éste, aprobando en definitiva el arreglo de que antes se ha hablado, si él no es contrario á la ley (arts. 252 y 253). Esta sentencia es susceptible de los recursos que la ley concede en los juicios de mayor interés (art. 254). Si trascurren ocho dias, despues de cualquiera de los plazos antes señalados, sin que promueba ninguno de los cónyuges, dichos plazos tienen que cor-

(1) Arrêt du 3 de Octobre 1810, (Merlin, *Questions de droit*, "Divorce" § 7.)—Arrêt de Bruxelles du 2 août 1858 (*Pasicrisie*, 1860 2,405)

rer de nuevo (art. 255). En la sentencia que decida sobre la separacion, deberá fijarse el plazo que ella deba durar conforme al convenio de las partes, con tal de que no exceda de tres años (art. 257). Si pasado el plazo de duracion del divorcio, los esposos insisten en continuar separados, ellos y el juez volverán á observar las formalidades antes prescritas; pero duplicándose todos los plazos señalados. Lo mismo se hará, si concluido el término de la segunda separacion, insisten en ella los consortes; pero en esta vez, así como en otras posteriores demandas de separacion, no se duplicarán ya los plazos (arts. 258 y 259).

104. El código del Estado de México prescribe análogos procedimientos, con las diferencias que en seguida se exponen. El juez, ántes de conceder ó negar su aprobacion al arreglo sobre los hijos y la administracion de bienes con que deben acompañar los cónyuges su demanda de divorcio, oirá el informe de dos abogados que al efecto nombre (art. 184). Con respecto á las juntas á que el juez debe citar á los cónyuges y al empeño para restablecer entre ellos la concordia, aprobando en la primera, si no lo lograre, el arreglo provisorio ya mencionado; no citándolos á la segunda sino hasta despues de tres meses y solo á peticion de alguno de los consortes; y finalmente por lo que hace á la sentencia de separacion y á la aprobacion definitiva del convenio, los arts. 185 y 186 de este código disponen lo mismo que los 250, 251, 252 y 253 del código anterior, con la diferencia de que el código del Estado de México concede á las partes quince dias, en vez de ocho, para promover, despues de los plazos de tres en tres meses. Debe notarse sin embargo una particularidad, y es que, segun el código que en este momento nos ocupa, si uno de los cónyuges faltare á la junta, se tendrá por fenecido el término y el juez aprobará ó reprobará *definitivamente* el convenio. De paso no podemos ménos que señalar lo injusto de esta disposicion, no menos que su contrariedad con las verdaderas miras del legislador en materia de divorcio vo-

luntario. En efecto, la falta de asistencia de uno de los consortes á la junta para que se le ha citado en la secuela de un juicio incoado por su voluntad, todo podra ser, ménos motivo para que el juez acelere la marcha de aquél y se apresure á dar por terminado un negocio, que seria de desear no hubiese ni aun tenido principio. Si el legislador ha aceptado el divorcio voluntario, es, como ya lo hemos visto ántes, muy á su pesar y cediendo á la decidida y mútua voluntad de los consortes, á través de la cual se presume existir, temerosa y avergonzada, una de esas causas graves que hacen imposible la vida comun (núm. 92). Pero desde el momento en que uno de los solicitantes del divorcio se retira del juicio ¿porqué interpretar esta conducta de otra manera que como cesacion de voluntad, es decir, como falta de una de las condiciones esencialísimas para el divorcio por mútuo consentimiento? No lo comprendemos, y la no concurrencia de uno de los consortes á la junta, á que se refiere la última parte del art. 186 del código del Estado de México, en vez de ser causa de que se dé por fenecido el término y el juez apruebe ó repruebe en definitiva el convenio, nos parece que solo debiera motivar una nueva citacion, ó la suspension del procedimiento.

El art. 187 de este código es igual al 256 del Distrito Federal de 1870. Finalmente el 188 expresamente declara no conceder como máximo plazo para la separacion sino el de tres años, concluidos los cuales, el matrimonio se entiende reunido por ese solo hecho para todos los efectos civiles y aunque los cónyuges continuen en realidad separados.

105. Como ya lo expusimos en otro lugar y por los motivos expresados (núm. 95) el código del Distrito Federal de 1884 ha abreviado varias de las formalidades que preceden, añadiendo otras que reconocen por origen la nueva organizacion dada al Ministerio público. Los arts. 231, 232 y 233 disponen lo mismo que los dos códigos citados ántes, en orden á la solicitud de divorcio voluntario, al convenio sobre los hijos, á la administra-

cion de los bienes y á la junta á que el juez deberá citar á los cónyuges para exhortarlos á la reconciliacion. La sola diferencia que podemos notar en este punto consiste en que por el actual código ya no es el juez solo como está prescrito en el código de 1870, ni el mismo funcionario despues de oido el informe de dos abogados segun lo ordena el código del Estado de México, quien aprueba ó reprueba el arreglo provisorio presentado por los cónyuges, sino que lo hace con audiencia del Ministerio publico el cual, representado por uno de los varios agentes que comparten sus labores, manifiesta si está ó no conforme con el arreglo de que se trata. El art 234 solo exige que trascurra un mes, despues de la celebracion de la junta de que acabamos de hablar, para que, á petición de cualquiera de las partes, el juez cite nueva junta en que, exhortando otra vez á los consortes á la reunion, si no logra esta, decretará desde luego la separacion, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente. Este mismo artículo declara que, al decretar el juez la separacion, mande reducir á escritura pública el convenio sobre la situacion de los hijos y administracion de los bienes, lo cual no está sino en términos muy equívocos prescrito por los códigos del Distrito Federal de 1870 y el del Estado de México. El art. 235 ordena que en la sentencia sobre separacion se fije el plazo que ella deba durar conforme al convenio de las partes. En otros términos, este código no establece, como los anteriores, un término improrrogable á la separacion, sino que deja el arreglo de este punto á la entera voluntad de los solicitantes del divorcio. Por último el 236 quiere que todas estas formalidades se observen siempre que, al concluir el término de una separacion, los cónyuges insistan en el divorcio.—Se ve pues, que segun este código, ni han de ser dos las aprobaciones hechas por el juez del convenio ó arreglo que presenten las partes, una como *provisional* y la otra como *definitiva*, ni tampoco son dos los convenios, sino que, aprobado en la primera junta el arreglo provi-

sorio, solo résta reducirlo á escritura pública despues de la segunda. ¿Es de aplaudirse la festinacion con que este código se apresura á dar por terminado el juicio de divorcio voluntario? Nos resistimos á dar una respuesta afirmativa. Hemos visto (núms. 88, 89 y 90.) cómo la antigüedad se negó á dar entrada en sus instituciones jurídicas á esta especie de divorcio que, concertándose por la sola voluntad frecuentemente ligera y apasionada de los cónyuges, no permite al juez conocer la verdadera causa que lo ha motivado, pudiendo muchas veces ser un simple capricho ó un disgusto pasajero, que se desvanecería sin consecuencia alguna ante el exigente análisis de los hechos y el estricto cumplimiento de la ley. La legislacion francesa inaugurada por el código de Napoleon aceptó, es verdad, la causa del consentimiento mútuo; pero véanse las declaraciones de los autores de aquél, así como sus explicaciones no ménos que la multitud de formulas y lo prolijo de los plazos, todo lo cuál hace comprender que, segun el espíritu de esos legisladores, hay necesidad de ser muy riguroso y aun nimiamente exigente en esta materia. Nada importa que se diga que el peligro de una separacion por motivos fútiles desaparece con las tentativas de reconciliacion que el juez está obligado á hacer entre los cónyuges; por que, fuera de que esto no pasará de ser ordinariamente en los juicios una vana formula, el simple buen sentido comprende que semejante medio tiene que ser muy poco eficaz, desde el momento en que el magistrado conciliador ignora la verdadera causa del divorcio que los esposos piden; y generalidades, frases de sentido moral pero que no hieren directamente el motivo por el cual los esposos quieren vivir separados, tienen que ser solo meras palabras, inútiles y aun ridículas. Es pues solo el trascurso del tiempo y la variedad de procedimientos lo único que puede garantizar al legislador, de que el divorcio voluntario, tan peligroso y ocasionado á males, sea en algun caso esa pretendida necesidad que lo ha hecho admitir.

NUM. 4. DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO POR CONSENTIMIENTO MUTUO.

106. Ya antes dejamos expresado, cuáles son los efectos del divorcio voluntario por lo que respecta á los cónyuges entre si, á los hijos, á la administracion de los bienes y á terceras personas, todo lo cual está subordinado al mútuo acuerdo de aquellos, no teniendo el juez otra intervencion que la de aprobar ó reprobbar el arreglo presentado, segun que sea ó no conforme á la ley.

107. Mas ¿qué influencia tiene un cambio de voluntad de los consortes con respecto á la separacion? A reserva de explicar extensamente este punto al comentar los arts. 241 y 242, vamos por el momento á decir solo algunas palabras. El código de Napoleon considera la reconciliacion de los consortes divorciados bajo dos puntos de vista bien diversos. El art. 272 declara que la accion de divorcio se extingue por la reconciliacion de los cónyuges, acaecida despues de los hechos en que la accion pudiera fundarse, ó despues de la demanda de divorcio, y el 295 claramente ordena que los cónyuges divorciados por cualquiera causa, no puedan volver á unirse. La diferencia existente entre ambas reconciliaciones parece desde luego no ser otra que la del tiempo en que ellas se verifican, ó lo que es lo mismo, la existente entre la excepcion que se opone á una accion y un hecho posterior á la sentencia, que se considera como impedimento del matrimonio. En otros términos, si la reconciliacion de los cónyuges se verifica despues de los hechos en que la accion de divorcio pudiera fundarse, ó despues de la demanda, y ella es opuesta en el juicio por el demandado, la accion tiene que extinguirse allí, como herida por una excepcion que no le permite continuar. Pero si la reconciliacion tiene lugar cuando ya se ha pronunciado la sentencia definitiva de divorcio, de nada sirve que sea alegada por los cónyuges, cuya reunion no puede

nunca considerarse como matrimonio. Se sabe que este código aceptó el divorcio *quoad vinculum* á que los artículos anteriores se refieren y la *simple separacion de cuerpo*, habiendo pretendido algunos autores hacer de uno y otro dos instituciones paralelas que se rigen por los mismos artículos, excepto aquellos puntos en que el legislador expresamente declaró lo contrario. Es así como Demolombe y otros autores han procedido, completando los seis artículos de que únicamente se compone el capítulo sobre *separacion de cuerpo* con los numerosos de que consta el título sobre *divorcio* (1). Ahora bien, el código de Napoleon no dice una palabra sobre reconciliacion de los consortes simplemente separados. De aquí dos cuestiones: ¿podrá colmarse este vacío por lo que hace á la reconciliacion como excepcion con la disposicion sobre divorcio ántes citada ó sea con el art. 272? La mayor parte de los comentadores opinan que sí, siguiendo á Pothier que, desde la antigua jurisprudencia, enseñaba que la reconciliacion de los cónyuges, sin distincion alguna, ponía término á la separacion. "Cuando ha estallado un principio de ruptura entre un marido y una mujer, siendo seguido de una reconciliacion, los malos tratamientos que han precedido á este principio de ruptura, son cubiertos por la reconciliacion, que impide á la mujer quejarse de ellos. Hé aquí por que la mujer no debe ser escuchada, despues de una reconciliacion, en una demanda sobre separacion, si no es por hechos nuevos ..... Todos los efectos de la separacion cesan cuando la mujer separada de habitacion ha vuelto voluntariamente al lado de su marido (2)". Laurent que no acepta la analogía entre el divorcio *quoad vinculum* y la *separacion*, admite sin embargo que debe aplicarse tambien á ésta el art. 272, en razon á que la excepcion por él

(1) Demolombe, tom. 4, num. 366.

(2) Pothier, nums. 520 y 524.—Toullier, tom. 2, num. 761.—

establecida, por su misma naturaleza, no puede menos de corresponder igualmente á ambos como principio general (1).

Por el contrario, en cuanto á la próhibicion ó impedimento establecido por el art. 295, es igualmente doctrina comun de los autores, que á pesar del silencio del código sobre este punto en el capítulo sobre *separacion*, dicho artículo de ningun modo puede aplicarse á ésta, cuyo carácter esencial y distintivo del verdadero divorcio consiste precisamente en la subsistencia del vínculo conyugal, que no se rompe sino por la muerte, importando aquella solamente la suspension de algunas de las obligaciones que el matrimonio impone (2). En consecuencia, la reconciliacion, aun posterior á la sentencia de divorcio voluntario, muy lejos de no producir el efecto de que el matrimonio vuelva, por decir así, á continuar, está en la naturaleza misma de la *separacion* de los consortes, cuya union ha sido solo interrumpida por el mutuo consentimiento. Así dice Laurent en términos generales: "La separacion de cuerpo cesa desde el momento en que los esposos están de acuerdo en restablecer la vida comun. El código no lo dice, pero no tenia necesidad de decirlo. En efecto *el juicio que pronuncia* la separacion de cuerpo no condena á los esposos á vivir siempre separados: él no hace sino darles un derecho. Ahora bien, ellos son libres de renunciar á un derecho que solo es establecido en su favor. Lejos de impedir la reunion de los esposos, el legislador la desea y la espera (3).

108. Nuestro código civil del Distrito Federal de 1870

Proudhon et Valette, tom. 1, pág. 532.—Demolombe, tom. 4, num. 402.

(1) Laurent, tom. 3, num. 317.

(2) Demolombe, tom. 4, num. 506.

(3) Laurent, tom. 3, num. 357.