

X LA CONVERSION

DE LA SEPARACION DE CUERPOS EN DIVORCIO,

X Por el Dr. C. M. Tobar y Borgoño

Apenas hay un problema que haya interesado más á sociólogos, legisladores y juristas que el relativo á la disolución del matrimonio por el divorcio; y es lógico, puesto que el divorcio es uno de esos problemas de complejidad suma, que no han obtenido aún satisfacción cumplida y que no dejan por lo mismo de ser de actual interés.

No hay, podemos asegurarlo, ningún país que se halle satisfecho de su legislación á este respecto; todos, así los más adelantados como los que se han quedado atrás, todos sin excepción, se sienten como en un periodo de transición: Francia con una legislación que se califica de avanzada, está aún descontenta y la reforma del código en esta materia se halla siempre sobre el tapete en las cámaras. Los partidos anticlericales al propio tiempo que los católicos hacen campaña violenta contra la ley vigente, aquellos acusándola de haberse quedado corta, estos tachándola de sectaria; y es que el del divorcio es un problema religioso, además de social y jurídico: cualquiera que sea la solución que se le dé, siempre hallará descontentos en un bando ó en otro y los ataques serán crudos como suelen ser los que se inspiran en la intransigencia de los credos.

Esto explica que en aquellos países que van á al cabeza de la civilización y donde el legislador medita antes de dictar la ley, se haya ido á tientas en esta materia; más aún, no pocas veces se ha tenido ne-

cesidad de volver atrás, porque los pueblos no estaban preparados para la innovación, ó porque el paso fue demasiado brusco: la pasión sectarista ó la intransigencia fanática suelen ser malos consejeros en materias como ésta que hay que mirarlas con calma y atendiendo sólo á los intereses individuales y necesidades de la colectividad.

La familia es una institución sagrada, es ella la base de las sociedades superiores y del Estado; atacarla es atacar intereses dignos del mayor respeto, es atentar contra la sociedad toda; el matrimonio siendo el fundamento y origen de la familia es igualmente sagrado y su disolución tiene necesariamente que ser mirada como excepcional y de todo punto anormal: los intereses sociales, las necesidades de los individuos y la moral así lo ordenan; toda otra cosa sería disgregar, sería ir á la disociación. Pero si ésta es y debe ser la regla general que es menester adoptar, hay casos en que el acuerdo entre los esposos, indispensable para que el matrimonio cumpla con su fin social no existe, y por más que la sociedad, la ley y la religión lo exijan, la moral misma impone la separación como un mal menor; es por este motivo que aún la ley canónica, la más severa de todas en estas materias, se ha visto obligada, una vez que desconoce el divorcio, á aceptar la separación de hecho con subsistencia del lazo, ó sea el divorcio imperfecto.

Es indudable que de ahí se originó esta institución jurídica del divorcio *quod ad torum et mensam*, que si satisface hasta cierto límite los intereses del cónyuge que lo solicita, - puesto que le libra de la presencia del otro, - puede ser combatido desde el punto de vista de los intereses sociales y aún desde el punto de vista de la moral; pues si por una parte se condena á los cónyuges á la esterilidad, se les empuja por otra al adulterio y al concubinato: es menester, en estas materias, no olvidar las flaquezas y hasta cierto punto las necesidades humanas.

El divorcio imperfecto fue así una creación jurídica distinta é independiente del divorcio pagano, tal cual se conocía y practicaba en la antigüedad; fue ideado para obviar los inconvenientes de la no existencia de éste. Después, la evolución del derecho condujo á que se considerara la separación como una transición hacia el divorcio, es decir como un ensayo hacia él,

La separación más ó menos completa siendo un mal necesario, era preciso dictar medidas que la limitaran lo más posible. Lógico pareció, pues, que antes de declarar la disolución completa del vínculo, se sometiese á los cónyuges á un ensayo que durase un tiempo más ó menos largo, á fin de que reflexionasen y pesasen, experimentándolos, los inconvenientes y ventajas de una total separación.

Hasta la aparición del cristianismo el matrimonio fue, salvo contadas limitaciones disoluble; más aún, las legislaciones antiguas se hallan de acuerdo en dar facilidades para la disolución. En general la idea de matrimonio iba unida á la de armonía entre los esposos, de tal modo que si uno de ellos desconoce alguno de sus deberes para con el otro, éste tiene la facultad de pedir la separación cuando nó de repudiarle sin más fórmula: es así que la separación llega á dejarse al arbitrio de los esposos sin que siquiera sea necesaria la intervención de la autoridad, y el divorcio se convierte en un asunto de convención y aun de voluntad unilateral.

Sin remontarnos á los tiempos prehistóricos, en que el ayuntamiento carnal debió ser más ó menos libre y en que seres unidos por el deseo ayer no se conocían mañana, desde las épocas más remotas el matrimonio fue disoluble: el marido ó la mujer, según se tratase de una sociedad patriarcal ó matriarcal, tenía todos los derechos, y entre ellos debía necesariamente contarse el de repudiar al cónyuge que le disgustase ó que le cansase; si poseía el derecho, más ó menos ilimitado de matarle, con mayor razón se concibe que poseyera el de echarle de su casa y de dejarle en libertad ó de cederle á otro. Solo excepcionalmente, y no por razones de moral sino de necesidad, hallamos la regla contraria: los pueblos prehistóricos, desaparecido el matriarcado, fueron en su totalidad polígamos, y, como lo hace notar von Ihering, la poligamia y la facultad del marido para disolver el matrimonio á su placer van á la par: son el resultado de la misma independencia, atribuida al esposo, con relación al lazo conyugal. El hombre, dice el mismo autor, dueño de inferir á su mujer la más grave de las injurias partiendo su lecho con otra, no puede ser privado del derecho de arrojarse de su lado á su compañera (1) El pueblo padre ario no

(1) *Von Ihering*, Prehistoria de los indoeuropeos, traducida por Adolfo Posada, [Madrid, 1896], p. 446.

se sabe si aceptó entre sus usos la libre repudiación de la mujer; en todo caso, en la opinión de von Ihering, en la época de la emigración, este derecho del marido para romper los lazos conyugales no debió existir, por compadecerse mal con ella. (2)

En Egipto, en la época de los Lágidas hallamos permitido el divorcio, sea en favor de los dos esposos, sea en favor del marido sólo, según se hubiese convenido. Hacia fines de esa época el divorcio se facilita tanto, que se generalizó en extremo; pero para que pueda tener lugar se requiere siempre una autorización por cláusula especial en el contrato de matrimonio, mas no hay contrato matrimonial que no la contenga. (3)

En la India antigua se reconoce al marido el derecho de repudiar á la mujer: el código de Manú enumera los casos en que se autoriza al marido el repudio, siendo uno de ellos el simple sentimiento de antipatia (4)

En Persia, donde el marido tenía un poder despótico sobre la mujer, no hallamos rastro de que el divorcio propiamente tal hubiese existido; pero es indudable que el repudio debió tener consagración legal. Tal es la opinión de Sánchez Román (5),

El Deuteronomio (6) autoriza al marido para que pueda repudiar á la mujer, mediante escritura en la que exprese las razones de su proceder.

En China, antes de que Fo-hi introdujese el matrimonio, reinaba la más grande promiscuidad: posteriormente el predominio del hombre sobre la mujer hace que solo el repudio sea conocido en el Imperio: el marido poseyendo todos los derechos y la mujer ninguno, aquel puede repudiar á su mujer sin sujetarse á ley alguna.

En el Japón el matrimonio es esencialmente disoluble: la mujer es una propiedad adquirida con dinero, de la cual el marido puede deshacerse libremente.

En Grecia el matrimonio no fue jamás indisoluble: en Esparta la necesidad de procrear hijos para tener una patria fuerte, permitía el repudio de la mujer esté-

[2] Von Ihering, Op. cit., páginas 447 y siguientes.

[3] Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil (Madrid, 1898), T.V, vol 1, p. 97.

[4] Código de Manú, IX, vers. 77 á 81.—Loiseleur—Deslongchamps, Lois de Manu, traducción francesa del sancristo. [1833]

[5] Sánchez Román, Op. cit., T. V, vol. 1, p. 111.

[6] Deuteronomio, Cap. XXIY vers. 1 y 2

ril. Solón reconoció también el derecho de repudiar: en Atenas el marido está facultado para desechar á la mujer, pero se le daba también el derecho de pedir el divorcio. Más aún, hay circunstancias en que para los griegos era forzoso el divorcio: Heródoto cita el caso de dos reyes de Esparta que fueron obligados á repudiar á sus esposas por causa de esterilidad (7).

En Roma, donde los divorcios se multiplicaron en la época de su decadencia, siguiendo la regla observada de que el número de divorcios aumenta conforme se aproxima la ruina de los pueblos, el matrimonio parece que fue en un principio indisoluble; así nos lo revela un texto de Dionisio de Halicarnaso relativo á la vida de Rómulo y así no los da á entender Plutarco en su biografía del fundador de Roma (8) ¿Fue quizá una institución heredada de los arios? Es probable que así fuese, puesto que es precisamente el matrimonio por *confarreatio*, forma aria, el indisoluble en los primeros tiempos de Roma (9). En todo caso estamos de acuerdo con Esmein que cree que el matrimonio con *manus*, del que habla Dionisio de Halicarnaso, fue durante muy poco tiempo indisoluble, puesto que no tarda en aparecer la ceremonia de la *difarreatio*, inversa á la *confarreatio* y destinada á romper los vínculos de derecho creados por ésta (10).

Es cierto que en el Digesto hallamos un texto de Modestino que parece atribuir al matrimonio la calidad de indisoluble: "*Nuptioe sunt conjunctio maris et feminae et consortium OMNIS VITAE, divini et humani juris communicatio*" (11); pero esta definición nada quiere decir para la disolubilidad del matrimonio, pues si, conforme lo quiere Modestino, era contraído con la intención de que fuese para toda la vida, una voluntad posterior contraria podía disolverlo. Si en regla y principio general el matrimonio de que nos hablan Dionisio de Halicarnaso y Plutarco era indisoluble, Rómulo aceptó también causas de divorcio en aquellos casos extremos en que la vida común se volvía imposible; el

(7) *Hermann*, Lehrbuch der griechischen antiquitäten, § 29, N^o 3.

(8) *Denys d' Halicarnasse*, Antiquités romaines, trad. de Reiske, 25 edición, —*Plutarco*, Vie de Romulus, 22.

[9] *von Ihering*, op. cit., p. 439.

(10) *Esmein*, Mélanges d' histoire du droit et de critique, p. 17.

(11) Digesta Justiniani Augusti, edición de Bonfante. Fadda, Ferrini, Riccobono y Scialoja [Milán, 1908], Lib. XXIII, II, 1.

mismo Plutarco se refiere á ellas (12). De resto, la disolubilidad del matrimonio es lógica, dada la concepción social y jurídica que de éste tenían los romanos: la necesidad de hijos legitimados por un consentimiento legal en el ayuntamiento. Tres condiciones eran, por esto, indispensables para el matrimonio, de modo que la falta de una de ellas debía destruirlo: es preciso que la unión física entre los esposos sea posible, que los cónyuges sean ciudadanos romanos y que haya consentimiento; luego cuando llegue á faltar una de esas tres condiciones, el matrimonio debía declararse insubsistente y fue lo que hicieron los romanos; consagrando en tales casos la disolubilidad del lazo.

Es la desaparición de la tercera condición, la relativa al consentimiento, lo que constituye el divorcio. La *difarreatio* es un acto inverso á la *confarreatio*; es la abdicación solemne de los derechos que el marido ha adquirido sobre la mujer por la *confarreatio*; pero si el marido puede renunciar á sus derechos maritales, la mujer, en cambio, no puede salir del poder del marido contra la voluntad de éste, y es que el marido es jefe y es señor; si después, en épocas posteriores, el pretor y el derecho autorizaron lo contrario, fue en virtud de las influencias que trajo el matrimonio sin *manus*. En el caso de matrimonio por *usus* ó por *coemptio*, la forma de la reemancipación, por la que el padre abdicaba de sus derechos sobre el hijo, se extendió al poder marital.

Hemos dicho que la disolución del matrimonio era lógica en el derecho romano, supuesta la concepción que de este se tenía: en efecto, nada hay más natural que el matrimonio simple, que queda perfecto mediante el acuerdo de las voluntades que establecen la vida común, se disuelva, no solo por un acuerdo de voluntades en contrario (divorcio), sino hasta por la desaparición de una de las voluntades indispensables para su existencia (repudio). No hay en este caso otra cosa que la aplicación de la regla general de derecho, que para que una relación jurídica subsista, se requiere la subsistencia de sus condiciones esenciales. Es por esto que la disolución del matrimonio sin *manus* tuvo lugar desde su aparición una vez que llegaba á faltar la voluntad de cualquiera de las personas cuyo consenti-

(12) Este autor indica los motivos por los cuales Rómulo autorizaba al marido para divorciarse; estos eran, además del adulterio, el envenenamiento de los hijos, la falsificación de las llaves y la preparación de filtros (Cap. XX IX. bp. cit.)

miento era necesario: contrayentes ó sus ascendientes. Es también por esto, en virtud de la lógica que preside la jurídica romana, que el divorcio por falta de voluntad, se conservó en Roma hasta épocas posteriores, á despecho de los esfuerzos para crear dificultades para el divorcio,—en razón de la extraordinaria frecuencia de éstos,—y de la nueva concepción del matrimonio indisoluble introducida por el cristianismo (13). Más aún, para el divorcio por consentimiento mútuo no habría necesidad de la intervención de ninguna autoridad civil ó religiosa.

Justiniano, en la novela 117, capítulo 10, prohibió este género de divorcio, aunque con limitaciones; pero esta reforma, debida á la influencia del cristianismo, no podía subsistir dentro del sistema del derecho romano, y así fue en efecto, pues duró muy poco tiempo: Justiniano II hizo revivir el antiguo derecho por la novela 140.

En cuanto al repudio, se ha creído que la ley Julia, de *adulteriis*, vino á crearle dificultades; mas no hay nada más inexacto: el único propósito de esta ley fue el de facilitar la prueba que es talvez exigida para toda disolución voluntaria del matrimonio (14).

El derecho cristiano, aún en la época posterior á la novela 117, hemos dicho, no suprimió completamente el divorcio, y si aceptó la regla de la indisolubilidad lo hizo con limitaciones, hasta tal punto que se ha creído, y con razón, que el derecho cristiano no abolió enteramente el repudio; lo único que hizo fue reglamentarlo de modo muy severo, para disminuir sus casos.

Resulta, pues, que la disolución del matrimonio, por divorcio ó repudio, subsistió durante toda la vida del derecho romano; lo único que ocurrió fue que de libre ó de casi libre que fue en ciertas épocas la disolución, se reglamentó más y más á fin de impedir la facilidad de repudiar ó de divorciarse (15).

[13] *Esmein*, Mariage en droit canonique [Paris, 1891]. T. I. p. p. 64 y siguientes.

[14] *Girard*, Manuel élémentaire de Droit Romain (Paris, 1901), p. 159.

[15] *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, (1885-1893).—*Voigt*, Römische Rechtsgeschichte [1892-1899].—*Rivier*, Introduction historique au droit romain, 2^a edición.—*Dareste*, Etudes d'histoire du droit [1889].—*von Savigny*, Traité de droit romain, traducción francesa de Guenoux [1840-1851].—*Ortolan*, Histoire de la législation romaine, revisada por Labbè [1884].

Se ha atribuido exclusivamente esta evolución al cristianismo; mas no es esto del todo exacto. Es cierto que á partir del día en que los Emperadores se convirtieron á la religión de Jesucristo, la legislación tendió á apropiarse del principio cristiano de la indisolubilidad del matrimonio, pero es también preciso decir que hubo además otras causas que desde antes impulsaban á la legislación por esa vía: hemos hecho mención del gran número de divorcios, que amenazaban producir un desbarajuste social, amenaza que no pasaba inadvertida para el legislador. La propagación del estoicismo en Roma influyó también, á no dudarlo, en el mismo sentido: enseñaba él á soportar con paciencia los males sin procurar remediarlos, y, por consiguiente, á soportarse mutuamente los esposos, cualesquiera que fuesen sus defectos ó las ofensas que se infiriesen.

Según Sánchez Román, la disolubilidad del matrimonio entraba en las costumbres de los celtas. Créese este autor que reconocida como estaba al marido la superioridad sobre la mujer, debía él tener derecho al repudio. Costumbre fue esta que subsistió, parece, hasta el siglo X, no obstante el influjo grande del cristianismo (16).

El cristianismo, que elevó á la mujer de la categoría de cosa á la de compañera del hombre, trató de evitarle la situación desairada en que quedaba después del repudio. El cristianismo que consideró el concubinato y la poligamia como aborrecibles, que predicó la mansedumbre y el perdón de las injurias, combatió audazmente la doctrina universalmente aceptada entonces y estatuyó la indisolubilidad del matrimonio, al que dió cabida entre los sacramentos de la nueva ley.

La influencia del cristianismo en esta materia, como en todas, fue preponderante, y es que sus doctrinas civilizadoras se adaptaron bien á la corriente social y al ánsia natural del hombre por el progreso: la necesidad de resguardar los intereses sociales que se hallan en juego en el matrimonio, induce al legislador á aceptar con simpatías una ley que tiende á proteger esos intereses; el espíritu de equidad se siente, por fin, irritado contra aquella clamorosa injusticia que autoriza al hombre á echar á la mujer de su propia casa; los terceros interesados, los hijos, la sociedad toda, á quienes conviene la subsistencia del matrimonio hasta que éste

[16] *Sánchez Román*, Op. cit., T. V, vol. 1º p. 159.

se disuelva naturalmente por la muerte de uno de los cónyuges, se apresuraron á adoptar con cariño una doctrina que satisfacía esa conveniencia. Sucede así en el mundo la doctrina de la indisolubilidad á la de la disolución, sin que nadie proteste contra la reforma: los pueblos germanos son los primeros en aceptarla poco á poco.

Establecido como principio general el de la indisolubilidad del matrimonio, se comprendió, sin embargo, que hay circunstancias en que la vida común de los esposos es imposible y la ley se vió obligada á buscar una medida que protegiera al esposo amenazado ó que hiciera prevalecer el derecho del perjudicado sobre el ofensor; fue entonces cuando se inventó, como lo hemos anticipado, la separación de cuerpos, malamente llamada divorcio.

La separación no disuelve el matrimonio, puesto que lo tal habría sido contrario al dogma; pero como no se puede tampoco obligar á la víctima á continuar una vida imposible, fue preciso aflojar el vinculo para autorizar una existencia independiente á cada cónyuge: el lazo subsiste pero solo para el efecto negativo de impedir á los separados de contraer nuevo matrimonio. Esta fue, pues, en resumen, la doctrina admitida por todos los países cristianos, y hasta tal punto fue universal que el antiguo término de divorcio vino á perder su verdadera significación para aplicarse á este otro estado jurídicamente incompleto si se compara con aquel.

La innovación si respondía, lo hemos dicho, al estado de civilización, no dejó, por cierto, de producir aquí y allá resistencias antes de ser adoptada de manera definitiva; si las simpatías por el nuevo sistema eran generales, no por eso no hubieron partidarios del antiguo orden de cosas que hicieron guerra á lo que era audazmente innovador y que iba contra intereses que no por ser egoístas y talvez mezquinos, dejaban de ser poderosos; bastaba que se apoyaran, como ocurría, en la tradición para que fueran atendibles por el legislador. Hemos hecho mención de la novela de Justino II que echó á rodar la de Justiniano que había admitido la indisolubilidad. Las costumbres longobardas le hicieron asimismo cruda oposición; pero, en tratándose de los francos, Carlomagno prohibió, bajo severas penas, que el esposo divorciado volviese á contraer nuevas nupcias, prohibición reforzada luego por Lotario.

El Korán, en el capítulo IV declara implícitamente que repudiar á una mujer es una injusticia y una iniquidad: “¿Cómo podreis quitarles los cien dinars que le habeis dado,—dice,—cuando el uno y el otro habeis estado intimamente unidos y cuando vuestras mujeres han recibido vuestros solemnes juramentos?” (17) El capítulo LXV, que se ocupa del divorcio lo tolera no obstante, así como también al repudio.

Los musulmanes sunnies no admiten más matrimonio que el perpetuo; pero el derecho musulmán acepta en principio la disolución, mediante una doctrina en extremo complicada.

En los pueblos americanos, y en especial en el país de los Incas, el matrimonio debía ser disoluble por el querer del monarca todo poderoso; pero es probable, por el contrario, que la voluntad de la una ó de las dos partes no fuese suficiente para disolver el vinculo; así se desprende de las formalidades mismas del matrimonio, formalidades en que tomaban parte las autoridades y aun, á veces, el Inca en persona. Lo dicho es tanto más lógico cuanto que, según Prescott, si se consultaba la inclinación de los contrayentes, era dentro de límites muy reducidos (18).

La Reforma vino á restaurar, en parte, en Europa, la regla de la disolubilidad: en los países reformados, á excepción de Inglaterra, el divorcio vuelve á ser aceptado en el cuerpo del derecho, con más ó menos limitaciones; por el contrario las doctrinas de la indisolubilidad subsisten en aquellos otros pueblos que permanecieron fieles á Roma. En Inglaterra no fue admitido desde luego el divorcio en cuanto al vinculo, continuando la separación como asunto de la competencia de los tribunales. El Parlamento era el único competente para autorizar al cónyuge no culpable á contraer nuevas nupcias. Sólo una ley de 28 de agosto de 1857 ha venido á reglamentar el divorcio *quod ad vinculum*.

En Rusia, como en los otros países eslavos, el divorcio imperfecto tardó mucho en ser aceptado; pero luego se admitió la doctrina cristiana, que es la que aún rige; sin embargo á los tribunales eclesiásticos com-

(17) El Korán, traducción francesa de M. Kasimirski (Paris, ed. Charpentier), vers. 24 y 25.

(18) Prescott, Historia de la Conquista del Perú (Madrid. 1851), p. 33.

pete el disolver también en ciertos casos, previstos por la iglesia griega, el vínculo.

Francia ha pasado por todas las faces del derecho en materia de divorcio: ha ido de la doctrina católica de la separación al reconocimiento de la disolubilidad en la forma más amplia y casi ilimitada, y de la admisión simultánea del divorcio y de la separación de cuerpos como entidades distintas, al sistema que considera la separación como un ensayo para llegar al divorcio; de ahí que estudiar las redacciones sucesivas del artículo 310 del código francés, que se ocupa de la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, sea estudiar todos los sistemas jurídicos existentes respecto de conversión. Vamos, pues, por eso, á limitar nuestros estudios á dicho artículo. Al hacerlo nos ocuparemos sólo del divorcio y separación como fenómenos jurídicos, independientemente de todo carácter religioso, ú otro, que pueda atribuirseles.

II

El antiguo derecho francés, á partir de la ordenanza de Carlotomagno, antes citada, no admitía el divorcio. El influjo de la Iglesia en ese país eminentemente católico, hizo que prevaleciera en las costumbres y en las leyes el principio de la indisolubilidad. Existía, es cierto, el divorcio imperfecto ó separación *quod ad torum et mensam*, pero, como hemos dicho, él no rompe el lazo y por tanto no disuelve ni destruye el matrimonio. Por otra parte, como ocurre aún hoy día en algunos Estados, el tribunal competente en esta materia era el juez eclesiástico, que juzgaba con arreglo al derecho canónico, no correspondiendo á la autoridad civil ningún derecho, mas si la obligación de aceptar, cumplir y hacer cumplir lo resuelto por el tribunal de la Iglesia. El derecho canónico venia así á formar parte de la legislación nacional.

En esas épocas, en Francia, como en casi toda Europa antes de la Reforma, el divorcio no fue pues admitido sino por tres causas. La una, cuando un personaje de alta influencia, por motivos más ó menos políticos, pedia á Roma su divorcio: si el Papa consentía, el matrimonio quedaba disuelto ante la ley civil; pero aún en este caso, y para salvar las formas, se buscaba generalmente, valiéndose de las más sutiles distinciones, una causa de nulidad que declarase insubsistente desde un

comienzo el matrimonio, antes que considerarlo válido y disolverlo luego. No obstante la Francia de otras épocas nos dá ejemplo de algunos repudios célebres; tal por ejemplo, el de Berta, viuda del conde de Blois, casada luego, en segundas nupcias con Roberto el Píadoso, que la repudió; tal también el de Eleonora de Guyena, mujer de Luis VII, el Joven, que después de haber sido repudiada se casó con Enrique Plantagenet.

Otra causa de disolución del vínculo tiene lugar cuando dos esposos que se han casado legitimamente, pero no han consumado el matrimonio, se separan porque uno de ellos entra en religión; en este caso el otro podía contraer nuevas nupcias. Glasson cree que la disolución no se pronunciaba sino cuando los dos esposos convenían en abrazar la vida monástica (19): pero ese autor está en un error, pues la disolución sobrevenía aún contra la voluntad del que quedaba en el siglo. Los canonistas están de acuerdo en este punto, y como, según lo hemos dicho, la ley civil es la canónica, no cabe duda que en Francia bastaba el ingreso de uno de los cónyuges en un monasterio, para que el matrimonio rato pero no consumado quedase disuelto (20).

El otro caso ocurría cuando de dos infieles unidos en matrimonio, el uno se convertía y el otro, por molestarle, se negaba á continuar la vida común; entonces el convertido podía contraer nuevas nupcias (21).

Los esposos mal avenidos y para quienes la vida común es imposible, no tienen otro medio para remediar sus desagradados, que el divorcio imperfecto ó sea la separación *quod ad torum et mensam*.

Esta invención jurídica no tenía carácter transitorio ó interino y podía pronunciarse no solo por un tiempo limitado, sino también por toda la vida,

La Revolución vino á echar á rodar este estado de cosas: con ese afán de innovarlo todo y de innovar de manera completa, pasó al extremo opuesto: el derecho

(19) Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans les principales législations de l'Europe* (Paris, 188c,) p. p. 285 y 286

[20] Concilio Tridentino, ses. 24. *De refor. matri.* can. 6; l. 5^a tit. 10, part II *De convers. conjugat.* Alejandro, Inocencio, III cap. 2 y 14.

[21] Cap. 7 de las Decretales, *De divortius*.

Hay, en concepto de algunos, otra causa canónica de disolución: el adulterio. Los católicos la niegan, en tanto que los griegos, los luteranos y calvinistas la aceptan.

intermediario que rechazó al cristianismo y sus inspiraciones, tenía que repudiar la separación de cuerpos y permitir el divorcio de manera la mas amplia, como ruptura del vinculo y no solo como una relajación más ó menos elástica. La ley de 20 de setiembre de 1792, en concepto de los autores, consideró el matrimonio un simple contrato civil disoluble por las mismas causas y de la misma manera que los otros contratos (22). Y esto es natural se dice, atendido á que la Constitución del año 1791, proclamó que "La ley no considera el matrimonio sino como un contrato civil".

Que la Constitución contuvo esta disposición no cabe duda, pero también es indudable que el legislador del 92, trató de separarse de ella y se separó de hecho; en efecto, si el matrimonio era un contrato civil semejante á los otros, la ley que criara el divorcio era una ley inútil: el matrimonio, contrato civil, debía lógicamente hallarse sometido á las mismas reglas que los demás contratos tanto en la manera de comenzar cuanto en la de terminar y por consiguiente era supérfluo que una ley distinta se ocupase de su resolución, en particular. Pero sea como fuere, lo cierto es que el legislador consagró el principio del divorcio y lo admitió por toda clase de razones: por consentimiento mútuo y hasta por incompatibilidad de caracteres, alegada por uno solo de los cónyuges.

Abolida la separación no había, pues, cómo hablar de conversión, tanto más cuanto que la Asamblea decretó que todas las separaciones anteriormente pronunciadas, se convirtiesen por efecto de la ley en divorcio.

Nuevas leyes, tales como la del 8 nivoso año II y la del 4 floreal del mismo año, facilitaron aún más el divorcio multiplicando sus causas.

Los abusos, con una legislación semejante, no podían tardar y el número de divorcios, sobre todo en las grandes ciudades, fue alarmante hasta tal punto que el mismo legislador revolucionario creyó conveniente dar fin á ese estado de cosas, y un decreto legislativo del 15 termidor del año III suspendió las leyes del año II relativas al divorcio.

(22) *Mourlon*, Répétitions écrites sur le code civil [Paris, 1877] Vol 1, § 826,

Un poco más tarde, el primer día complementario del año V, se decidió que el oficial público no pudiese pronunciar el divorcio, en las demandas por incompatibilidad de caracteres, sino seis meses después de la fecha de la última de las tres actas de no conciliación exigidas por los artículos 8, 10 y 11 de la ley de 20 de setiembre de 1792.

Cuando se votó esta ley del año V, el tribuno Siméon había dicho que “bajo el pretexto de aligerar la cadena del matrimonio se le había roto, y bajo la palabra honestidad y bajo honestas apariencias se había introducido la más repugnante prostitución” (23)

El código civil admitió el divorcio y la separación de cuerpos, pero aquel con mayores restricciones que le hacían difícil.

Los legisladores de la época intermedia no habían reflexionado que las doctrinas extremas, bruscamente aceptadas en el cuerpo del derecho, no pueden nunca durar y que en estas materias más que en toda otra, es menester no arrebatar mucho á fin de que algo quede. Los redactores del código de 1803 se preguntaron si debían mantener el divorcio al menos en principio ó si convenía más restablecer la separación de cuerpos del derecho antiguo. Partidarios de la conciliación aceptaron las dos instituciones: el divorcio como remedio para aquellas situaciones dolorosas en que el matrimonio es la peor de las cargas, siempre que ese remedio no pugna con las creencias ó convicciones de los cónyuges, y al lado del divorcio la separación de cuerpos, simple paliativo del que podían utilizar los esposos que no querían ó no podían hacer uso del divorcio.

Este divorcio no es sin embargo el divorcio de los legisladores de la Revolución, es decir aquel divorcio amplio y casi ilimitado que puede obtenerse por incompatibilidad de caracteres, á petición de una sola de las partes: es un divorcio reglamentado en sus causas y en sus efectos; es un divorcio más jurídico, hijo ya de la razón y de las necesidades sociales y no de la simple pasión sectarista.

La separación es en el código una institución aparte y distinta del divorcio; se halla destinada á prevenir los inconvenientes que ofrece el divorcio para los ca-

(23) *Zarzycki*, Le divorce et la séparation de corps comparés dans leurs causes [Paris, 1903] 1^{re} parte, cap. I párrafo 2,

tólicos y para aquellos que no pueden divorciarse ó no quieren divorciarse; es así una institución destinada á corregir los abusos del divorcio y á reemplazarlo cuando no se quiere ó no se puede hacer uso de él. La separación no es, como ocurre en legislaciones posteriores, un remedio pasajero, una prueba destinada á preceder al divorcio: en el código de 1803 es una medida destinada á economizar el divorcio y á veces á sustituirse á él. La concepción de la separación como un ensayo para el divorcio es posterior y no puede decirse que hubiera sido la inspiradora del texto; esta es también la opinión de Loaré (24). La separación, lo repetimos, fue el divorcio de los católicos y fue por este motivo que el código fijó las mismas causas para el divorcio que para la separación.

Esto que acabamos de decir, permite comprender y apreciar debidamente el artículo 310 del código de 1803, cuyos términos limitativos, reducen los casos en que la conversión de la separación de cuerpos en divorcio puede declararse; la voluntad del legislador es terminante á este respecto: la regla de la conversión amplia no es aceptable, porque la separación no es sino excepcionalmente un tránsito para el divorcio, la regla es la de la no conversión; doctrina que se desprende del espíritu del precitado artículo, no obstante los términos imperativos en que está redactado: "Cuando la separación de cuerpos hubiese sido pronunciada por cualquier otra causa que no sea el adulterio de la mujer y hubiese durado tres años, el esposo que hubiese sido primitivamente el demandado, podrá pedir el divorcio al tribunal, que lo declarará siempre que el esposo originariamente demandante, presente ó debidamente citado, no consintiese en hacer cesar inmediatamente la separación".

Esposo originariamente demandante, es el que se presentó como tal en el juicio de separación; esposo primitivamente demandado aquel que fue la parte demandada en el mismo juicio.

Según este artículo se necesitaba, pues, que la separación hubiese sido pronunciada por cualquier otra causa que no fuese el adulterio de la mujer; se necesitaba, además, que la conversión fuese pedida por aquel de los esposos que en el juicio de separación fi-

(24) *Loaré*, Législation civile, commerciale et criminelle de la France, T. V, p. 98

guró como demandado; y en fin, el divorcio no podía ser declarado sino cuando el otro esposo no consentía á hacer cesar la separación volviendo á la vida común. Por consiguiente esta conversión, no obstante el carácter obligatorio que se desprende de la letra del código, se hallaba de hecho en extremo moderada (25).

La Restauración suprimió el divorcio y naturalmente, con él, la conversión; la ley de 8 de mayo de 1816 no dejó subsistir sino la separación. La carta constitucional de 1814 habia declarado la religión católica religión del Estado y, por consiguiente, la ley civil debía proscribir el divorcio (26).

Posteriormente se hicieron muchas tentativas para restablecer el divorcio, pero todas fracasaron. Es solo en 1884, el 27 de julio, que gracias á los esfuerzos de Nâquet y en épocas de la tercera República, que el código aceptó de nuevo el divorcio. La conversión fue entonces objeto de vivisimas discusiones y puede asegurarse que desde entonces no ha cesado de hallarse al orden del dia sea en la cámara de los diputados sea en el senado (27).

La ley de 1884, ponía en vigor, modificándolos profundamente, los artículos del código de 1803: en esta ley el divorcio y la separación de cuerpos se hallan admitidos conjuntamente como en la ley de 1803: de la misma manera que en el código primitivo, las causas que producen la relajación del vínculo motivan su disolución; pero la analogía entre la separación de cuerpos y el divorcio es aún mayor que la que existió bajo el imperio del código primitivo; es preciso notar, en efecto, que el legislador de 1884 no restableció el antiguo artículo 283, que autorizaba el divorcio por consentimiento mútuo, mientras que no era una causa de separación. La ley de 1884 no autorizó el divorcio sino por causas determinadas.

La ley de 1884 transformó radicalmente el artículo 310 del código de 1803. El nuevo texto dice: "Cuan-

[25] *Annuaire de Législation française*, año XXVIII, p. 140

[26] *Baudry—Lacantinerie*, *Traité théorique et pratique du Code Civil* (Paris, 1902). Des personnes. T. III, p. 7

La iniciativa de la ley de 1816 fue del Sr. Bonald, en la cámara de Diputados, en proposición presentada el 25 de diciembre de 1815.

(27) *Viollet*, *Précis d'histoire du Droit français* [Paris 1886], p. 398 et s.—*Vraye y Gode*. *Le divorce et la séparation de corps* [Paris 1887]. T. I. p. p. 14 y sit s.

do la separación de cuerpos hubiese durado tres años, *la sentencia podrá ser convertida en sentencia de divorcio* en virtud de la demanda formulada por *uno de los esposos*. Esta nueva demanda se notificará por citación, á ocho días francos, en virtud de una ordenanza del presidente. Será discutida en la cámara del consejo. La ordenanza designará un juez informante, ordenará la comunicación al ministerio público y fijará el día de la comparecencia. La sentencia se dictará en audiencia pública. Quedan derogados los artículos 223, 275 á 294, 297, 305, 308 y 309 del código civil."

El legislador completó este texto, por lo que respecta al procedimiento; en efecto, una ley de 1886 dispone que "la causa será discutida y juzgada en la cámara del consejo, previa información y después de oído el ministerio público. La sentencia se dará en audiencia pública."

El texto que acabamos de reproducir facilita considerablemente la conversión: el derecho de demandarla no pertenece ya exclusivamente al demandado en el juicio de separación; la ley concede este beneficio también al otro, al demandado; este último no tiene, como antes ocurría, el derecho de oponerse al divorcio, mediante el compromiso de volver á la vida común; el juez, en cambio, no está obligado á declarar siempre y sin excepción el divorcio: sus facultades, según la nueva ley, son discrecionales.

Por otra parte los términos del código de 1803 y la redacción del artículo 310 por los legisladores de 1884 son distintos y dignos de que se fije la atención en dicha diferencia: el código primitivo dice que el esposo demandado "puede pedir el divorcio", lo que supone un nuevo juicio: es un hecho nuevo lo que se demanda aunque basándose en un hecho antiguo; lo que existió no se convierte propiamente en algo nuevo, sino que sólo sirve de elemento para la creación de una nueva situación, de tal modo que si de hecho hay conversión porque ha cesado el estado de separación en divorcio, jurídicamente y en sentido estricto no la hay, puesto que el juez no convierte la sentencia, es decir no le dá un valor distinto del que tuvo primitivamente, sino que dicta una nueva sentencia, la de divorcio, basada en esa como prescripción de una separación trianual. Por el contrario el artículo tal como quedó en 1884 prevé una verdadera conversión, pues-

to que dice que la misma sentencia de separación es la que podrá ser convertida en sentencia de divorcio.

Se puede pues notar que la tendencia á considerar la separación como un ensayo para llegar al divorcio gana terreno en la legislación. Baudry—Lacantinerie asegura ya que ante la ley de 1884, la separación de cuerpos constituye un estado de cosas esencialmente transitorio. Al cabo de cierto tiempo, - dice, - si los esposos no se han reconciliado y si toda esperanza de reconciliación parece perdida, la separación ha de ser convertida en divorcio (28)

La ley de 1884 tenía un carácter transaccional y conciliador: para acordar en cierto modo las dos teorías extremas, la de aquellos que no aceptaban la conversión y la de los que querían que toda separación se convirtiese en divorcio, se introdujo el término *podrá* en el proyecto de ley.

Este, que produjo las más vivas resistencias en las cámaras, después de aprobado tampoco satisfizo á nadie: los católicos vieron en la nueva ley un ataque á sus creencias; los no católicos la rechazaron como atentatoria contra las libertades individuales, á causa de las amplias facultades que se conceden al juez, quien, se decía, no tenía norma legal alguna para reglar su apreciación.

Con semejantes oposiciones la ley no podía tener larga duración. Poco tiempo después Nâquet volvía á suscitar la cuestión en las cámaras en la forma de una proposición para reemplazar la palabra *podrá* por el término *deberá*. El Senado rechazó esta proposición; pero, en cambio, la Cámara el 21 de julio de 1893, aceptó una proposición idéntica del diputado Saint-Marc. El texto votado era el de la conversión obligatoria "siempre que uno de los esposos la pida". El Senado se pronunció, el 23 de noviembre de 1896, á favor de una nueva disposición transaccional: "la conversión tendrá lugar en virtud de la ley si es demandada por el cónyuge que ha obtenido la separación".

Diez largos años transcurrieron sin que se preocuparan de este proyecto, solo en 1906 un informe del diputado Viollette, aconsejó á la Cámara rechazar el sistema adoptado por el Senado y propuso la admisión de un texto restableciendo la conversión obligatoria. La proposición del Sr. Viollette fue aprobada por

(28) Baudry—Lacantinerie, obra y tomo citados, 328

la Cámara y pasó al Senado; mas la comisión encargada de estudiar el nuevo proyecto creyó conveniente el rechazo de la conversión obligatoria y el mantenimiento del texto de 1834. Sometido á discusión el informe de la comisión, los ánimos se acaloraron en extremo, pero el Senado terminó por aceptar, el 27 de febrero, el texto de la Cámara, texto que había sido apoyado por el ministro de la justicia Briand. Una proposición de Milliard en el sentido de que la conversión fuese facultativa en caso de que la demanda emanase del esposo por culpa de quién se pronunció la separación ó en caso de que hubiesen hijos nacidos del matrimonio, fue rechazada. Fue asimismo rechazado un texto propuesto por Girard, en el que se permitía al tribunal retardar la conversión durante un plazo de seis meses á dos años si hubiesen hijos menores nacidos del matrimonio.

No obstante es preciso prevenir que el Senado no aceptó sin dejar de introducir modificaciones el texto aprobado por la Cámara; en efecto suprimió las palabras: “el tribunal declarará, en consecuencia, que el fallo de separación vale como sentencia de divorcio”.

La ley, promulgada el 7 de junio de 1908, dice en la parte que nos interesa: “Cuando la separación de cuerpos hubiese durado tres años, la sentencia será convertida, á demanda de uno de los esposos y por efecto de la ley, en sentencia de divorcio”.

Debemos agregar que once días después, el 18 de junio, fue presentada á la Cámara una nueva proposición de ley, reformatoria del procedimiento (29).

Sea como fuere, sin invocar consideraciones de un orden moral, religioso ó social, que no pueden tener cabida en el cuadro del presente estudio, diremos sólo que, á nuestro parecer, la legislación francesa ha sido siempre defectuosa y continúa siéndolo en materia de conversión.

Si se considera el divorcio como institución buena y conveniente será preciso censurar leyes que le crían dificultades para que se produzca en los casos previstos; si se le considera como institución excepcional y sólo para aquellos casos de extrema necesidad, es menester aplaudir aquellas leyes que dificultan la conversión; si se considera la separación como estado transitorio, como un prólogo del divorcio, la con-

(29) Les lois nouvelles, año 1909, páginas 81 y s. s.—Annuaire de législation française, año XXVIII, p. p. 139 y s. s.

versión debe tener un carácter completamente distinto del que poseería al considerar la separación y el divorcio como dos entidades jurídicas distintas, aunque pudiendo confundirse excepcionalmente y llegar la una á convertirse en la otra.

Estas diversas maneras de mirar el mismo problema, dan origen á cuestiones distintas, algunas de las cuales no tienen fácil solución. Vamos, pues, á ocuparnos de las dificultades que pueden presentarse con más frecuencia en uno ú otro de los sistemas.

(Continuará)



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL