

## X LA CONVERSION

DE LA SEPARACION DE CUERPOS EN DIVORCIO,

X Por el Dr. C. M. Tobar y Borgoño

[Continuación]

### III

La legislación francesa ha consagrado sucesivamente dos sistemas diferentes en cuanto á las personas que pueden demandar la conversión.

Según el código primitivo sólo el cónyuge que fue el demandado en el juicio de separación de cuerpos, podía después pedir el divorcio. No existía sino una salvedad: cuando la separación se había decretado á causa del adulterio de la mujer (30); en tal caso esta, no obstante haber figurado como demandada en el juicio de separación, se hallaba incapacitada para pedir el divorcio, y, por consiguiente, los esposos quedaban unidos por el lazo, aunque separados de cuerpos, hasta la disolución natural del matrimonio por la muerte de uno de los dos.

Según la ley de 1884, la conversión puede ser pedida indiferentemente por cualquiera de los esposos (31). Este sistema no fue reformado ni por la ley de 1886 ni por la de 1908, que lo aceptó en principio (32).

La ley de 1803 coloca á los esposos en situación muy diferente el uno del otro: uno solo de entre ellos posee el derecho de pedir la conversión y, contra lo que parece lo más natural, es el cónyuge demandado, aquel

---

(30) Véase el número de los *Anales*, correspondiente al mes de julio, pág. 17.

[31] Ver el precitado número de los *Anales*, págs. 18 y 19.

[32] id. ibidem, pág. 21.

que motivó la separación, contra quien se la pidió y el que quizá se opuso á ella, el único que puede pedir el divorcio. El demandante, es decir el cónyuge inocente, en provecho de quién seguramente se pronunció la separación, se veía obligado á permanecer en la situación criada por aquella, situación de la cual no podía salir sino por la voluntad del otro cónyuge; era, pues, preciso que este quisiese ó accediese benévolamente á sus súplicas, para que cesase un estado que en el fondo podía ser en extremo desagradable para el inocente.

Nada más ilógico podrá pensarse: el esposo culpable se halla en una posición preferible á la del perjudicado; le tiene, en efecto, á merced de su capricho, pues depende exclusivamente de él el devolverle ó no la libertad para que se case de nuevo y para que forme un hogar que le compense de sus desgracias domésticas anteriores. ¿No sería quizá más justo y más natural acordar esta facultad al esposo inocente? Si fuese así, la incapacidad para pedir el divorcio por parte del culpable podría, al menos, ser interpretada como una pena.

Sin embargo, razones poderosas debieron intervenir cuando los codificadores de 1803 consagraron el sistema contrario. El divorcio según el Código de Napoleón, era una institución distinta de la separación de cuerpos; en el sistema de este Código el divorcio no puede ser considerado como un resultado ó una conclusión después de haber ensayado la separación; luego, pues si el demandante eligió ya uno de los caminos, nada más equitativo que impedirle volver atrás para tomar el otro. La situación del esposo inocente no puede decirse que no queda resguardada: desde un comienzo tiene él el derecho de demandar el divorcio; si no lo hace, suya será la culpa. Si eligió la separación no ha de quejarse á otro que á él mismo, por consiguiente nada más justo que sólo él padezca las consecuencias de su querer ó de su imprevisión.

Las causas de divorcio siendo las mismas que las que motivan la separación, desde el instante que uno de los esposos las hizo valer para obtener esta última, se condenó á la situación que nace de la separación y esto por

su propia voluntad, porque él mismo lo quiso así y nó porque el otro esposo le obligase á ello. El legislador debía, pues, si era equitativo, deducir que una vez que el demandante había optado por la separación de cuerpos, había ya hecho su elección definitiva, sometiéndose á todas las consecuencias que en ella se originan; la sentencia obtenida debía, por lo tanto, tener para él el valor de cosa juzgada, una vez que ningún interés social ni ningún motivo de orden público intervienen para explicar una derogación.

La situación del demandado es distinta. cualesquiera que fuesen los motivos que hubiesen originado la separación, sería una pena enorme y desproporcionada si se le sometiese á un celibato perpetuo, celibato al cual podría obligarle la venganza ó el capricho del cónyuge que fue el demandante. “Por culpable que sea,—dice Baudry—Lacantinerie, al explicar el sistema del antiguo Código,—no debe ser condenado indefinidamente á las contrariedades del celibato por la simple voluntad del otro esposo. Al cabo de cierto tiempo debe pues tener el derecho de decirle: ó volvemos á la vida común ó nos divorciamos” (33).

Puede además existir el temor, se agrega, de que el demandante hubiese obtenido la separación gracias á una habilidad mayor ó á una hipocresía refinada; en tales circunstancias nada más justo que proporcionar al demandado los medios de salir de una situación que sería cada día más penosa y que el prolongarla sería ir no sólo contra los intereses de la persona que sufre directamente las consecuencias de la separación, sino también contra los intereses del Estado. Rota de hecho la unión conyugal, el matrimonio tiene que ser estéril, sin que el cónyuge que se halle en tal situación tenga esperanza de cultivar relaciones legítimas fuera de él sin exponerse al peligro de una descendencia que se hallaría en condiciones legales y sociales desfavorables, que él tendría que ocultar y de la cual se vería forzado á avergonzarse;

---

(33) *Baudry—Lacantinerie*, Traité théorique et pratique du Code Civil [Paris 1902] Des personnes. T. III, 343.

una vez que el matrimonio subsiste, sus hijos—si ha buscado un cariño—serían siempre hijos adulterinos (34).

Por último, la necesidad de respetar la conciencia de cada uno de los dos cónyuges, había decidido al legislador de 1803 á acordar al demandado en el juicio de separación, el derecho de pedir la conversión de ésta en divorcio: “No sería justo,—decía Treilhard en la exposición de motivos del título del Código relativo al divorcio,—que el esposo que ha elegido como más conforme con sus creencias la vía de la separación, imponga al otro esposo, cuyas creencias pueden no ser las mismas, la interdicción absoluta de contraer un segundo matrimonio (35).

En nuestra opinión, sin embargo, estos razonamientos no son del todo justos; podían, en efecto, existir motivos especiales para impulsar al demandante á preferir la separación al divorcio. La desigualdad jurídica entre las dos instituciones existía en efecto aunque las causas para pedir la una ó la otra fuesen las mismas. Para el divorcio el código había dispuesto un procedimiento mucho más complicado que para la separación de cuerpos; las formalidades que había que observar para conseguir la segunda eran menos numerosas, podían cumplirse en un plazo más corto, mientras que el procedimiento para el divorcio era un procedimiento especial: si la demanda de separación debía ser intentada, instruída y juzgada de la misma manera que cualquier otra acción civil (art. 307 del Código Civil), el mismo Código había creado para el divorcio un procedimiento peculiar, dedicándole al efecto el capítulo segundo del título VI.

Estos motivos podían, á no dudarlo, influir en el ánimo del cónyuge no culpable para inducirle á adoptar la separación más bien que el divorcio,

El esposo escaso de bienes se hallaba, por otra parte, en la precisión de preferir la separación al divorcio, cuyo procedimiento era mucho más costoso;

---

[34] *Zarzycki*, *Le divorce et la séparation de corps comparés dans leurs causes* (Paris, 1903), pags. 23 y 24.

[35.] *Coulon* *La conversion de la séparation de corps en divorce* [Paris, 1906] pag. 19.

debemos, al efecto, recordar que la asistencia judicial no fue criada por la ley sino mucho más tarde, en 1851.

¿Cómo no explicarse, pues, que con un estado de cosas semejante, el demandante, víctima de las malas voluntades ó defectos de su cónyuge, y que no piensa sino en librarse de él lo más pronto posible, prefiera en muchos casos la separación de cuerpos al divorcio? La falta de previsión de las consecuencias á que esta preferencia conduce, se explica por la vehemencia propia de quién quiere sacudirse cuanto antes y en cualquier forma con tal de que esta sea breve, de la más pesada de las cargas.

Esto supuesto, ¿no habría sido talvez equitativo permitirle volver después sobre sus pasos para que se labre una vida nueva con un nuevo hogar? ¿No es acaso una inconsecuencia el tratar de colocar uno de los cónyuges á cubierto de la venganza del otro, mientras se somete á este al capricho del primero?

Se ha dicho, lo hemos visto, que el Código estableció su regla por respeto á la conciencia de cada uno de los dos cónyuges. Examinemos si esto es cierto, y si tal fue el motivo que movió al legislador á dictar la ley, conviene que veamos si consiguió plenamente su objeto.

Se garantizó evidentemente el respeto á la libertad de conciencia de los no católicos y de todos aquellos á quienes su religión permite el divorcio; pero en cambio, el código colocó á los demás en situación desventajosa. Un esposo á quien su religión prohíba el divorcio, debe necesariamente contentarse con solicitar la separación; tres años después su cónyuge, culpable, pide el divorcio, fundado en esa separación previa....; es pues indudable que una persona verdaderamente creyente ha de abstenerse de intentar aún la separación, separación que ha de conducirle en día no remoto al divorcio. Es cierto que cuando se pida éste, el cónyuge creyente puede evitarlo consintiendo en volver á la vida conyugal; pero no es difícil adivinar cuan terrible es para él el dilema que se presenta: ó bien acepta lo que su religión le prohíbe, ó bien

se somete á una vida que le fue ya imposible antes. Estas consideraciones tienen tanta mayor fuerza, cuanto que la necesidad de respetar las creencias de todos, es el argumento que se ha hecho valer cada vez que los amigos de la conversión obligatoria se han visto obligados á transigir. En casos como el previsto estamos precisados, si queremos ser imparciales, á reconocer que no se observaría la regla de justicia evidente, de que nadie está obligado á divorciarse contra su voluntad. (36)

No podemos menos de reconocer que la situación del demandado, á quién su religión prohíba el divorcio, es desventajosa, una vez que se halla incapacitado para demandar la conversión; es menester, no obstante, tener en cuenta dos circunstancias: primera, que la persona que se casó con una cuya religión le prohiba divorciarse, no pudo ignorar esta circunstancia á la época del matrimonio, los casos de cambio posterior de religión no deben considerarse sino como excepcionales; y, segundo, que de todos modos es de presumir que el demandado sea culpable, y no se ve entonces porqué ha de tratarse con más consideraciones y con más caridad al culpable que al inocente; puestos en la alternativa de favorecer al uno ó al otro, no cabe la duda: la justicia y la moral exigen que la ley trate con más miramiento á la víctima que al victimario, al inocente que al culpable.

Por lo que respecta á la afirmación de que la persona que figuró como demandada en el juicio de separación, haya podido ser la víctima de la hipocresía ó de la más grande habilidad del demandante, es menester decir que el mismo peligro se corre con todas las sentencias judiciales de carácter definitivo, y, entonces, si se le quiere evitar no se podrá llegar nunca á *la cosa juzgada*, puesto que, generalizando el argumento, la última sentencia puede ser siempre el resultado de un engaño ó de una habilidad poco escrupulosa del vencedor en el juicio, ó del cohecho ó de la impericia de los jueces.

---

(36) *Journal officiel* (Francia), 8 février 1884. Discurso de Mr. Nàquet.

Nos parece que no es muy equitativo aquello de que la facultad para pedir la conversión no pertenezca sino al esposo demandado, y que el otro, por el hecho de haber solicitado y obtenido la separación de cuerpos, haya agotado sus derechos; hemos dicho ya que el legislador de 1803 parece haber considerado la separación como cosa enteramente distinta del divorcio; por consiguiente, la sentencia que declara aquella, no podía crear la cosa juzgada respecto de éste: francamente no vemos porqué deba una de las vías excluir la otra, de tal modo que *una electa, ad alteram recurrere non potest*.

La ley quita á la mujer originariamente demandada el derecho de pedir la conversión si la separación se hubiera declarado á causa de su adulterio. Esta excepción, acerca de la cual no insistiremos, era lógica dentro del sistema de la legislación, que consideraba el adulterio de la mujer como muy grave y sometido á las penas más severas.

Sentada esta regla podía ocurrir un fenómeno extraño desde el punto de vista de la justicia y aún de la simple lógica, fenómeno que parece no previó el legislador: la mujer adúltera, no obstante haber sido la demandada en el juicio de separación, no podía pedir la conversión; pero el marido, por el hecho de haber sido el demandante, se hallaba imposibilitado para ello en virtud de la regla general; luego, en un caso semejante, la conversión no podía tener lugar jamás. ¿A que atribuir esta excepción á la regla general de conversión? ¿Era acaso un castigo impuesto á la adúltera, éste de privarle del derecho de solicitarla? Es indudable que tal fue el pensamiento del legislador; pero, por más que se considere como gravísimo el adulterio, es menester confesar que hay aquí un castigo desproporcionado dentro del sistema general de la legislación; en efecto, cualquiera que fuese la gravedad que se quiera atribuir al adulterio de la mujer, es indudable que es un acto menos grave, y, por consiguiente, susceptible de un castigo menos severo, que el atentado contra la vida del marido; si esto es así, tendremos que convenir en que es ilógica una disposición que coloca en situación más desfavorable á la mujer in-

fiel que á aquella que hubiese cometido tentativa de asesinato contra su cónyuge ó que hubiese sido declarada culpable de crimen merecedor de pena infamante (37). La injusticia salta á la vista.

Los legisladores habían olvidado que con una disposición semejante podían proporcionar al marido ocasión de ejercer continuamente su venganza, lo cual es innoble y es odioso y la ley debía procurar evitarlo. La mujer separada tenía motivos especiales para desear la conversión; para ella el estado de separación ofrecía, en efecto, muy serios inconvenientes. Según el artículo 215 del código civil no podía presentarse en juicio sin la autorización de su marido ó de la justicia (38); el artículo 217 exige el concurso del marido en el acto ó su consentimiento por escrito para que la mujer separada pueda donar, enajenar, hipotecar ó adquirir á título oneroso ó gratuito. Fácil es comprender las molestias que de semejantes disposiciones se seguían para la mujer y la conveniencia que le traía la conversión librándole del odioso tutelaje del marido ó del supletorio judicial. En el caso previsto, de que el marido quiesiese ejercer sus venganzas negaría él su autorización en cada caso en que la ley lo demande, renovando así los desagradados de su mujer, que debería ir cada vez, á suplicarle su consentimiento y aquiescencia para recibir un rechazo, y acudir entonces y sólo entonces al juez.

#### IV

En contraposición á este sistema, adoptado por el Código de 1803, podemos concebir otro, en el que el esposo inocente, ó el demandante en el juicio de separación, pueda pedir la conversión de la separación en divorcio, con exclusión del otro que no poseería facultad para ello.

---

(37) La ley de 1884, agregó la palabra *aflictiva*, que no se hallaba en el primitivo artículo 232.

[38] Esta disposición fue derogada por la ley de 6 de Febrero de 1893, que declaró que la separación de cuerpos produce el efecto de devolver á la mujer el ejercicio de su capacidad civil, sin que tenga necesidad de recurrir á la autorización del marido ó del juez (art. 34).



Muy cerca de este sistema se halla el indicado por Thezard en una propuesta de modificación á un proyecto de ley devuelto por el Senado, propuesta que obtuvo el voto favorable de la Cámara, el 23 de noviembre de 1896. El texto de Thezard decía: “la conversión se declarará de hecho, si fuese pedida por el esposo que obtuvo la separación”.

Otra enmienda, en el mismo sentido, fue presentada por Milliard, cuando se discutía en el Senado la ley de 1908; tendía dicha enmienda á que la conversión fuese facultativa si la demanda emanare del esposo, cuyos hechos ó actitud hubiesen provocado la separación de cuerpos (39).

Dejando de lado la cuestión de saber si la conversión es obligatoria ó no, según sea pedida por el cónyuge inocente ó por el culpable,—problema que estudiaremos más adelante,—por lo que respecta á examinar si es ó no conveniente que sólo aquél sea capaz de pedir la conversión, diremos que las razones que apoyan esta solución pueden reducirse á las siguientes: nadie negará que es un beneficio y un privilegio el que se concede al cónyuge que puede pedir la conversión, tanto más si esa facultad se atribuye al uno de los esposos privando al otro de todo derecho al respecto; esto supuesto, justo es que esta situación favorecida pertenezca al cónyuge inocente y no al culpable, de tal modo que sólo aquél tenga derecho de pedir la conversión.

En este sistema se reconoce que por el hecho de haber pedido la separación de cuerpos no se ha renunciado al derecho de solicitar el divorcio. Se concibe,—se dice,—que cuando el esposo ha presentado su primera demanda, espere que su cónyuge reflexione durante el tiempo de prueba de la separación, y que esa reflexión le lleve á la enmienda á fin de que una vez enmendado, vuelva á la vida común; pero si esas esperanzas quedan sin realización, si, por ejemplo, el cónyuge persiste en las relaciones ilícitas que provocaron la separación, nada debe impedir que la víctima, por medio

---

[39] *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1908, p. 597.

de la conversión, pueda libertarse en derecho de un lazo completamente roto de hecho y que recupere su libertad de existencia y de acción [40].

La capacidad para pedir la conversión sería un premio á la paciencia del inocente, á sus sufrimientos y hasta á su afección hacia el culpable: en lugar de elegir una vía rápida y violenta que criara lo irremediable, prefirió advertir al culpable, darle tiempo de reflexionar y de volver atrás en el camino de deshonor emprendido por él, permitirle rehabilitarse; si esto ocurre, el demandante no pedira el divorcio y se contentará con la lección que dió al culpable con la separación; mas, si sus esperanzas resultan fallidas, ¿como podrá abusarse de la paciencia del inocente para entregarle maniatado en poder del culpable, quién podrá seguir cubriéndole de oprobios, sin que aquel pueda llegar al fin de una situación ridícula é imposible?

La situación de los hijos nacidos del matrimonio puede tener justa influencia en el ánimo del demandante para preferir la separación al divorcio: es indiscutible que desde el punto de vista social la condición de los hijos de esposos separados de cuerpos es mejor que la de los hijos de padres divorciados; al solicitar la separación, con preferencia al divorcio, es probable que el padre no quiso privar de madre á sus hijos, ó viciversa, sino solamente corregir á su esposo poniéndole de manifiesto las consecuencias á que conduciría una resolución más radical.

Tampoco faltan motivos para que el esposo inocente prefiera la separación al divorcio, si se atiende á la situación económica de los hijos; tal es el deseo de evitar que el culpable contraiga un nuevo matrimonio y de que nuevos hijos vengan á participar de la herencia, que con la simple separación,—que impide todo enlace legítimo posterior con otra persona,—pertenería exclusivamente á los primeros; tal es el temor mismo de que el nuevo esposo del cónyuge divorciado tenga una influencia hasta tal punto considerable sobre este que logre apoderarse de la fortuna ó que dilapide los bienes que, de otra manera

irían á los hijos habidos del matrimonio disuelto; tal provendrá de los derechos que, en su caso, competen por ley al marido para vigilar hasta cierto punto los negocios de la mujer separada, etc.

En virtud de estas y otras consideraciones análogas, es indudable que, en muchos casos, es preferible la separación al divorcio y es por esto, explicable que mientras estas consideraciones duren, una persona razonable y juiciosa la prefiera; pero habría injusticia si de ahí se siguiere que debe continuar aún cuando las circunstancias hubiesen cambiado hasta el punto de hacer desaparecer los motivos de la preferencia, como cuando los hijos del matrimonio mueren ó reniegan del padre inocente; justo, justísimo es en ese supuesto que se conceda á éste el derecho de ir á la conversión.

Y si hay esperanzas de reconciliación, natural era que un padre amante de su familia, prefiriese un camino que le permitiera volver á ella, y este camino no podía ser otro, en el antiguo derecho, que la separación, toda vez que los esposos divorciados no podían volver á casarse entre ellos. Es cierto que este obstáculo desapareció de la legislación francesa á partir de 1884; sin embargo, y aún cuando los divorciados puedan unirse en un nuevo común matrimonio, la simple razón nos dice que siendo la separación una grieta mucho menos profunda que el divorcio, es de presumir que una reconciliación entre esposos separados sea más factible que entre divorciados. Mas si el tiempo llega á convencer que toda esperanza de reconciliación es inútil, sería injusto el pagar la buena voluntad del demandante negándole todo medio para consolarse de tanta ingratitude.

Por último bien puede ocurrir que el esposo que pidió la separación no hubiese creído conveniente pedir en su lugar el divorcio, en atención á que las faltas de que se quejaba eran de relativa poca gravedad, no obstante de serlo lo bastante para obligarle á desear la separación. Carpentier cita, por ejemplo, el caso de una condena correccional (41), que, según la jurisprudencia puede cons-

---

(41) Corresponde á la pena de simple delito según las leyes ecuatorianas.

tituir injuria grave. ¿No parece natural que el esposo se contente con solicitar, por un hecho semejante, la separación y no el divorcio? ¿y no es también lógico que si tal hace le quede la facultad de pedir más tarde la conversión en divorcio, si la conducta del cónyuge condenado no se modifica y si él no se reforma?. Lo contrario sería lamentablemente injusto (42).

## V

Si se admite la bondad de la conversión y su utilidad, ha de concluirse que no solo el demandante ó el demandado, con exclusión el uno del otro, ha de poseer facultad para solicitar la conversión; acabamos de ver las razones que militan en favor del derecho del demandante en el juicio de separación, hemos expuesto las que indujeron á los legisladores de 1803 para acordarla al demandado; unas y otras son poderosas, no obstante las objeciones que se hacen valer contra ellas; luego parece que la facultad de convertir debe ser común á los dos.

El único argumento que suele presentarse contra la facultad del demandante, es de que él tuvo derecho de elegir entre la separación y el divorcio y que una vez que se decidió por la primera, la elección debe tener carácter definitivo; pero hemos dicho ya que no hay motivos jurídicos para asegurar que la elección sea definitiva y que, por el contrario sí los hay, y de razón y justicia, para no declararla tal. En todo caso, no puede haber derechos adquiridos en tratándose de disposiciones de orden público. Por el solo hecho de que una persona no haya hecho uso, en toda su plenitud, de las facultades que le competen, no ha de declararsele desposeída de todo derecho para solicitar más tarde el complemento de lo que pidió á medias, negándosele toda capacidad para pedir la plena posesión.

La situación de separación es no solo sumamente enojosa para el demandado, sino que también es perjudicial para la sociedad toda y para el Estado, á causa de

---

(42) *Carpentier*, *Divorce et séparation de corps* [Paris, 1899], N<sup>o</sup> 48.

la esterilidad de una unión que si existe ante la ley, no existe de hecho. Por otra parte, la situación de separación no deja de ser contraria á la moral pública á causa de las relaciones ilegales á que naturalmente acude por lo común el esposo separado. Por consiguiente, si la ley acepta el principio de la conversión, parece que no debe limitarse el derecho de pedirla á uno solo de los esposos separados, sino que ha de concederse á los dos por igual.

La razón de que el demandado en el juicio de separación, habiendo sido culpable, es justo que en castigo de su falta se someta á la ley que quiera imponerle el inocente, es decir el demandante,—puesto que si el demandado pudiese pedir la conversión sería el inocente que se sujetaría al culpable,—no es siempre verdadera: si es cierto que el demandado en el juicio de separación es por lo general culpable, no lo es siempre contra su cónyuge. La ley admite causas de separación ó divorcio que no constituyen actos cuya intención sea la de ofender ó perjudicar al otro esposo. En tales casos la separación, con sus consecuencias de celibato forzoso, etc., sería más el castigo de una falta cometida contra la sociedad que el de una falta contra el otro cónyuge; por consiguiente no se vé la razón porqué aquella renuncia en manos de éste el derecho al castigo, castigo que aparece en nuestro caso revestido de todos los caracteres de una venganza.

El mejor sistema sería á la verdad, en nuestro concepto, aquel que el Código no consagró; es decir el de la no conversión, la separación y el divorcio coexistiendo, no obstante, como entidades jurídicas diferentes. La única diferencia con el sistema de conversión sería así la de que la separación no podría ser considerada como un ensayo para el divorcio, ensayo que en el sistema dicho existe, dando á la separación un carácter meramente transitorio. El hecho de haber obtenido la separación no constituiría tampoco un obstáculo para demandar después el divorcio, que el juez lo concederá, si hay causas legales para ello, sin tener para nada en cuenta la separación previa; de esta manera no cabe siquiera hablar de *conversión*.

No repetiremos aquí los argumentos que se han alegado por y contra el divorcio; limitándonos á la conversión, podemos notar que, dígase lo que se quiera, esta tal cual se la concibe generalmente, no es del todo útil ni para la sociedad, ni para los esposos, ni para los hijos.

El largo período de tres años ó más, durante el cual los esposos separados de cuerpos quedan en suspenso, no sabiendo á ciencia cierta si el otro cónyuge quiere pedir el divorcio ó continuar en la separación, tiene por fuerza que ser desastroso para la situación económica y moral de los esposos y de los hijos; los cónyuges se hallan así á la merced el uno del otro y ninguno de ellos sabe de manera inequívoca si va á continuar casado ó nó. Pero supongamos que el derecho de pedir la conversión pertenezca no á uno de los esposos sino á los dos, entonces, podría decirse, el inconveniente queda obviado, pues nada más natural que aquel que se halla en la indecisión, pida la conversión; sin embargo este raciocinio, á más de que olvida que siempre ha de existir un período más ó menos largo dentro del cual la conversión no ha de poder solicitarse, no toma en cuenta las creencias de una parte de los ciudadanos, creencias que les prohíben pedir el divorcio, prohibiéndoles aún colocarse en una situación que pueda facilitar el divorcio ó que pueda conducir á él; luego, si se habla de respeto á las creencias y de tolerancia, nosotros que abogamos por lo racional y lo civilizado, por lo liberal y lo equitativo, creemos que hay injusticia y desigualdad, torpeza é inconsecuencia en mirar en menos á los que creen tal ó cual cosa para no atender sino á las que no las creen, y decimos, por esto, que no han de menospreciarse absolutamente las creencias de aquellos á quienes su religión prohíbe el divorcio y hasta ponerse en condiciones favorables á él.

La conversión después de un cierto plazo, es precisamente lo que permite hablar de esposos casados sin serlo.

El procedimiento de la conversión, si esta tiene lugar después de una separación tenida como ensayo previo al divorcio, debe procurar la reunión de los esposos;

es decir que el procedimiento ha de criar de nuevo el acuerdo conyugal, para evitar lo más posible la conversión, pero resulta que, sobre todo bajo el imperio de la ley de 1908, parece que el procedimiento no tuviera en mira otro objeto que el de procurar la conversión: lejos de intentar el menor esfuerzo en el sentido de llegar al acuerdo de los esposos separados, parece que no quisiera otra cosa que favorecer en sus deseos al esposo que pidió la conversión. Pero no lleguemos á la ley de 1908, antes, bajo el imperio de la de 1884 el resultado era el mismo si no peor; el tribunal, en efecto, no podía discutir la cuestión y esta discusión no podía en el fondo tener otro resultado que el de agriar más y más las disputas de los esposos.

Hay, desde luego, una gran inconveniencia en el hecho de que mientras que para volver al antiguo estado de cosas, al de matrimonio, se necesita el consentimiento de ambos esposos, para pasar—agravando la situación,—del estado de separación al de divorcio, baste la voluntad de uno solo de los cónyuges; lo que además es contrario á la regla general de los contratos bilaterales, según la cual estos no pueden disolverse sino por la voluntad de una de las partes.

O bien la separación es cosa distinta del divorcio, es decir una institución separada é independiente, concebida de una manera en un todo diferente por el legislador, ó bien es su ensayo previo, esto es una creación jurídica que no difiere esencialmente de él y en el cual debe necesariamente terminar.

Si lo primero es lo justo, es inconcebible que una sentencia, la de separación, tenga una influencia tan grande en la segunda, ó sea en la de conversión, que el juez sea libre de discutirla ó nó, según la ley de 1884, ó que el juez no pueda ni examinarla, hallándose obligado á aceptarla y, mediante ella, dictar la conversión, según el código de 1803 y la ley de 1908.

Aceptado el divorcio juntamente con la separación habría sido infinitamente más natural que el procedimiento de divorcio siga un curso distinto, en cuaderno separado

Si el divorcio no es una cosa distinta de la separación de cuerpos, si ésta es una simple formalidad previa á aquella y si tiene el carácter de un interinato, no vemos porqué el juzgamiento de separación, desunión incompleta y conducente á consecuencias jurídicas propias, podrá producir un antecedente indiscutible, inamovible é inatacable que lleve de manera segura al divorcio, separación más completa y de resultados jurídicos distintos.

Se dirá quizá que este segundo proceso ha de basarse en las mismas causas que el primero, y que el juez habiéndose ya pronunciado en tal ó cual sentido cuando declaró la separación, faltaríamos á la regla *non bis in idem*; esto, no obstante, aún en el supuesto de que se consideren los dos juicios como análogos, si hay *eadem causa*, no puede jamás asegurarse que hay *eadem res* y, por consiguiente, la segunda demanda no puede ser rechazada bajo pretexto de que cae bajo la categoría de cosa juzgada. “No se puede objetar al esposo que demandó la separación, —dice Baudry-Lacantinerie,— que ha renunciado ya á pedir lo más por haberse anticipado á demandar lo menos; pues en ningún caso puede suponerse un abandono ó un renunciamiento. De sostenerse la opinión contraria se le haría víctima de una prescripción, la que no puede existir sino basándose en un texto expreso de la ley” [43].

Al aceptar la conversión habríamos querido que fuese el modo de divorcio único, y la separación una como necesidad de procedimiento que deba preceder indispensablemente á él, tal como la conciben varias legislaciones; habríamos aún deseado que así fuese, á fin de que los cónyuges tuviesen tiempo de reflexionar; pero, una vez que el legislador ha dado la preferencia á otros sistemas, permitiendo el divorcio tan luego como la causa de desunión se produjo, parece que no debió extralimitarse autorizando el cambio de una situación tan definitiva como el divorcio, y que él mismo tuvo por más ó menos definitiva.

---

(43) Baudry Lacantinerie, op. y tom. cit. p. 225



Antes de terminar el estudio de la cuestión de saber quién debe demandar la conversión, es menester que nos detengamos un poco acerca de la última frase del primitivo artículo 310: "si el demandante citado, no consiente en hacer cesar inmediatamente la separación."

Este texto podría explicarse diciendo que el matrimonio siendo un contrato para el cual el concurso de la voluntad de las partes es indispensable, este concurso es igualmente necesario para su disolución. El demandado quiere hacer cesar la separación convirtiéndola en divorcio; pero es preciso hacerlo de tal manera que el otro pueda oponerse si á bien tiene y esta oposición se manifiesta, en nuestro caso, por la expresión de la voluntad de volver á la vida común (44).

Esta explicación no es sin embargo del todo justa: lo sería si la separación no existiese y si nada hubiese entre el estado de vida común y el de divorcio; pero como en el sistema del Código, la separación es una institución reconocida é independiente, habría sido preciso dar al demandante la facultad de quedar también en el estado de separación, si lo prefiere así, por las razones ya apuntadas.

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

(Continuará).

---

(44) *Demolombe*, Cours de Droit Napoléon [Paris, 1851] Mariage, IV, II N<sup>o</sup> 533.