

1.^a La que se refiere á la madre ó mujer que, aun declarada cónyuge culpable, tendrá á su cuidado *en todo caso* á los hijos menores de tres años, «á no ser que la sentencia de divorcio hubiera dispuesto otra cosa»; es decir, la sentencia en que se declare el divorcio, y por consiguiente, en el matrimonio canónico, la pronunciada por el Tribunal eclesiástico, que es el competente. Pero, como bien pueden sobrevenir circunstancias después de ser *firme* aquella sentencia y de haber cesado de conocer en el asunto la jurisdicción eclesiástica, que hagan necesario separar del poder de la madre los hijos menores de tres años; debe entenderse que aunque el Código hable de que la sentencia sea el lugar donde eso se halle dispuesto, que puede también ser decretado por el Tribunal civil, en la competencia que tiene para la ejecución de aquélla, y en general, por la que le atribuye el artículo 67 (1).

2.^a La de que el cónyuge culpable pueda recobrar, á la muerte del inocente, la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen al divorcio hubiese sido el adulterio y los malos tratamientos de obra ó las injurias graves, que son la 1.^a y 2.^a de las enumeradas en el art. 105, expresivo de las causas legítimas del divorcio en el matrimonio *civil*; pero, admitidas también respecto del *canónico*, habrá de entenderse, dado el texto de este tercer párrafo del núm. 2.^o del art. 73, que cualquiera de las otras admitidas para decretar el divorcio canónico nó será obstáculo á que el cónyuge culpable, muerto el inocente, *recobre* la patria potestad y sus derechos sobre sus hijos.

La ley ordena se provea de tutor á los hijos, tanto en el caso de ser ambos cónyuges culpables, como en el de morir el cónyuge inocente y ser imposible al culpable *recobrar*, si fuera el marido, ó *adquirir*, si fuera la mujer, la patria potestad y sus derechos, por no consentirlo las causas que dieron lugar al divorcio, que son cualquiera de las cuatro últimas de las que enumera el art. 105 (2) para el matrimonio *civil*, cuyo *criterio legal* hay que reputar aplicable también al matrimonio *canónico*, bien porque la mayor parte concuerda sustancialmente con ella, bien porque la última, la condena de un cónyuge á cadena ó reclusión perpetua, es también aplicable á nombre de la doctrina de interdicción *civil* (3), como causa que priva del ejercicio de la patria potestad. Esta provisión de *tutela* á los hijos, dice el párrafo segundo del núm. 2.^o del artículo 73, ha de hacerse conforme á las disposiciones del Código, ó sea con arreglo á lo que previenen los artículos concordantes (4).

Por lo demás, es visible la falta de lógica en el Código declarando que la cualidad de cónyuge *culpable*, respecto de la causa en que se fundó el divorcio, constituya un motivo legal de *privación de la patria potestad* sobre los hijos de aquel matrimonio para ambos cónyuges, si

(1) Explicado en el núm. 20 de este capítulo.

(2) Idem en la letra *a* de la B núm. 6 del capítulo siguiente.

(3) Núm. 9, cap. 12, t. II, 2.^a edic.

(4) De los contenidos en los títulos 9.^o y 10, lib. I, Cód. civ., cuya explicación es asunto del cap. 31 de este tomo.

los dos son culpables y para el que lo sea, si el otro es inocente, y ese mismo fundamento de la *culpa*, que es idéntico en las dos hipótesis no impida que en esta segunda, «á la muerte del cónyuge inocente, el culpable *recobre* la patria potestad y sus derechos»; mientras que no sucede lo propio, ya que el Código se hace cargo de los dos casos y lo prescribe para éste y no para aquél, cuando la culpa es común, y, por supuesto, igual en uno que en otro, siempre que las causas que dieran lugar al divorcio fueran «el adulterio, los malos tratamientos de obra ó las injurias graves», es decir, hechos que se refieran exclusivamente á los cónyuges, pero que no afecten más especialmente de modo directo ó indirecto á los hijos.

Otro efecto importante del divorcio, en cuanto á los hijos, puede ser el relativo á la condición de *legitimidad* ó *ilegitimidad* del nacido después de transcurridos los *trescientos días* siguientes á la separación legal efectiva de los cónyuges; particular importante, que el Código no hace objeto de regla alguna especial en el art. 73, consagrado á los efectos del divorcio, pero que ha de resolverse con arreglo al criterio legal del artículo 111 (1), según el que el marido ó sus herederos *podrán desconocer* la *legitimidad* del hijo nacido en esas circunstancias, si bien dicho hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido. El Código los presume *legítimos* mientras *el marido y sus herederos* no usen su derecho de *desconocer su legitimidad*, y sin perjuicio de la contradicción y prueba que á ese *desconocimiento* puede oponer el hijo y su madre.

28. Los efectos *civiles* de la sentencia firme de divorcio, en cuanto á los bienes, son:

Primero. La pérdida por el cónyuge culpable de todo lo que le hubiere sido dado ó prometido por el inocente, ó por otra persona en consideración á éste, y la conservación por parte del inocente de todo cuanto hubiese recibido del culpable, con derecho á reclamar desde luego lo que él mismo hubiese prometido; esto es, una pena y un premio de carácter económico, impuesta ú otorgado, respectivamente, á los cónyuges, según su culpabilidad ó inocencia. No es, ciertamente, *expresa* esta solución en el Código, que habla de *pérdida* por el cónyuge culpable de esas donaciones ó promesas, pero no de *adquisición* y por *quién*, de eso que el culpable del divorcio ha de *perder*; si bien ese parece su indudable sentido, tanto más cuanto que por la *reconciliación*, que ha de ser obra exclusiva de la voluntad de ambos, se pueden *dejar sin efecto* esa y todas las demás consecuencias legales del divorcio, excepto las que se refieren á los hijos, en ciertos casos, á tenor del art. 74.

Como puede suceder que ambos sean culpables, y el Código no provee expresamente á esta hipótesis, caben dos soluciones: la de suponer que por ser ambos culpables pierden toda adquisición procedente del otro cónyuge ó de persona en consideración á él, á pesar de ser

(1) Explicado en los núms. 10 á 12 del cap. 25 de este tomo.

también él mismo culpable, que es la solución que parece más conforme con la del espíritu del núm. 3.º del art. 73 que ahora se *explica*; ó pudiera ser también adoptado por criterio de analogía el de *igualar la culpabilidad* de ambos cónyuges en el *divorcio*, á la mala fe de los mismos, en los casos de *nulidad* de matrimonio, aplicando la última parte del art. 72, ya *explicado*, que establece que esa mala fe *mutua* quedará *compensada*, y entonces suponer eficaces las adquisiciones recíprocas de los cónyuges entre sí y aun de sus promesas respectivas, no obstante la declaración del divorcio y la cualidad de cónyuges culpables que á los dos atribuye la sentencia.

Es de advertir que esta sanción económica del precepto contenido en el núm. 3.º del art. 73, ha de entenderse modificada en su aplicación por el núm. 2.º del artículo 50 (1), que prohíbe á los cónyuges que se casaran infringiendo la prohibición del art. 45 (2) recibir uno del otro cosa alguna por donación ni por testamento, puesto que aquél es un precepto *especial*, de carácter absoluto, compatible y subsistente con ese general efecto del divorcio. Fuera de esta hipótesis de pertinencia en la aplicación del núm. 2.º del art. 50, que alcanza á prohibir las que un cónyuge haga á otro cuando se infringiera la prohibición del art. 45, lo mismo por donación que por testamento, la letra del núm. 3.º del art. 73, no autoriza, y menos tratándose de un precepto de carácter penal, á extender la sanción á los casos de adquisición por testamento, puesto que el Código no lo dice, y se refiere claramente sólo á los supuestos de donación ó promesa.

La *razón jurídica* en que ha de fundarse esta doctrina de revocación de donación ó promesa del cónyuge inocente, ó de otra persona en consideración á éste, al cónyuge culpable, en caso de *divorcio*, bien puede ser la de que en toda donación por razón de matrimonio, sobrevenido que sea el *divorcio*, parece que falta su condición esencial de *causalidad*; ó el considerar equivalente la *culpabilidad* del cónyuge donatario á la de *ingratitude* con el donante, como causa de *revocación*, en cuyo supuesto sería aplicable la doctrina de los arts. 648 y 653 (3), así como en el primero sería pertinente la del 647 (4).

Es de observar, finalmente:

1.º Que los términos generales en que está concebido el núm. 3.º del art. 73, al decir que «pierde el cónyuge culpable todo lo que le hubiese sido dado ó prometido», y «conserva el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable», constituye una regla de Derecho tan absoluta, de un carácter penal económico tan pronunciado, que puede entenderse muy fundadamente *modificativa* de lo dispuesto en los artículos 1.333 y 1.334 (5) acerca de los casos en que son *revocables* las donaciones

(1) Explicado en el núm. 41, cap. 14 de este tomo.

(2) Idem id.

(3) Insertos y explicados en las págs. 690, 691, 695 y 696 del t. IV, 2.ª edic.

(4) Idem id.

(5) Explicados en los núms. 36 y 38, cap. 20 de este tomo.

por razón de matrimonio y las en que se consideran *nulas* las hechas entre los cónyuges durante el mismo.

2.º Que la *separación de bienes* de la sociedad conyugal es resultado *necesario* del divorcio declarado, de cuyo supuesto se hacen cargo otros artículos del Código, concordantes con esta doctrina, para reglamentarla (1); que es, aunque *literalmente* algo arbitraria, la única inteligencia posible para concordar y armonizar dos textos contradictorios en su *letra*, como los del núm. 4.º del art. 73, que considera efecto legal *forzoso* de la sentencia de divorcio la *separación de bienes*, y el del 1.433, que le da cierto carácter *voluntario*, al decir: «el marido y la mujer *podrán* solicitar la separación de bienes, y *deberá decretarse*, cuando el cónyuge del demandante hubiere dado causa al divorcio», cosa que no puede tenerse por determinada mientras la sentencia firme que ponga término al pleito de divorcio así no lo declare.

Sin perjuicio de la *explicación* correspondiente en otro lugar de este volumen (2), se hace constar aquí que la principal consecuencia de la separación de bienes es la disolución de la sociedad de *gananciales* por ministerio de la ley, en virtud de la sentencia de divorcio, y su liquidación, conforme á lo establecido en el Código.

Segundo. Conservar el marido la administración de los bienes del matrimonio que le correspondan con arreglo al Código, cuando la separación es acordada á su instancia.

Tercero. Perder la mujer todo derecho á los gananciales ulteriores (3).

Cuarto. Entrar la mujer en la administración de su dote y en la de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido, si el marido fué cónyuge culpable (4).

Quinto. La pérdida de la administración de los bienes de la mujer, en el caso de tenerla el marido, si él fuera el culpable de la causa que dió lugar al divorcio.

Sexto. La conservación, en cambio, por parte del marido inocente, de la administración que pudiera tener de los bienes de la mujer, reduciéndose los derechos de ésta únicamente á los alimentos (5).

(1) Arts. 1.433 y otros, explicados en los núms. 7 á 17, cap. 22 de este tomo.

(2) Art. 1.434, explicado en el núm. 13 de este tomo.

(3) Art. 1.435, idem en la letra a, núm. 14, idem id.

(4) Art. 1.436, idem en la letra b, núm. 14, idem id.

(5) No suscribimos la opinión de algún comentarista,—Manresa, ob. cit., t. I, página 320,—en cuanto afirma «que la mujer culpable que tuviera bienes parafernales y durante el matrimonio no hubiera querido desprenderse de su administración, la pierde desde que es firme la sentencia de divorcio»; porque nada hay en el texto del art. 73, ni en sus otros concordantes del Código, que autorice semejante doctrina. Antes, por el contrario, son bien terminantes, tanto el núm. 4.º como el núm. 5.º del art. 73, que no atribuyen, el 4.º, la pérdida de la administración de los bienes de la mujer por parte del marido que hubiera dado causa al divorcio, sino en el caso de que *la tuviere*, como en el núm. 5.º, que no le otorga al marido inocente la conservación de los bienes de la mujer, sino también en el supuesto expreso de «*si la tuviere*».

Séptimo. Perder el viudo ó la viuda la cuota viudal en usufructo, á que tienen derecho al morir su cónyuge, según el art. 834; porque este precepto exige, para que tal derecho del superstite pueda invocarse y hacerse efectivo, que *no se hallare divorciado, ó de estarlo, no fuere por culpa de aquél, sino del cónyuge difunto.*

Resulta, pues, que el *divorcio* fundado en la culpabilidad del cónyuge sobreviviente produce el efecto importante, en cuanto á los *bienes*, de privar á aquél del derecho de sucesión legítima que en cierta cuota usufructuaria le otorga en el patrimonio del cónyuge premuerto el indicado art. 834; pero claro es que, ya por los términos de este su primer párrafo, ya por los en que están concebidos los dos últimos del mismo artículo, ya también por la doctrina que se ha expuesto, tal efecto privativo en el orden sucesorio de un cónyuge respecto de otro, no se produce sino cuando en el divorcio se llega al estado procesal de sentencia *firme*, que es la verdadera significación de la frase hallarse divorciado; y, asimismo, que el tenor del artículo citado no tiene aplicación más que al caso de sucesión de un cónyuge á otro por *ministerio de la ley* ó derecho de *legítima*, pero no en cualquiera otra disposición testamentaria de carácter *voluntario* ordenada por el cónyuge premuerto en favor del superstite, aunque al tiempo del fallecimiento de aquél se hallasen divorciados por culpa de éste, toda vez que no cabe ampliar la aplicación de dicho art. 834 á otros supuestos que los mismos á que él se refiere, y que en los casos de incapacidad para suceder por causa de *indignidad* enumerados en el art. 756, ni en ningún otro del Código, se comprende la hipótesis del estado de *divorcio* ulterior al otorgamiento de cualquier liberalidad testamentaria entre cónyuges, ni, por último, es otra la inteligencia que se ha considerado procedente establecer en el número *primero* de estos efectos civiles del divorcio en cuanto á los *bienes*, explicando el núm. 3.º del art. 73.

El Código, en el párrafo 3.º de este art. 834, se hace cargo de la hipótesis de que «los cónyuges estuvieren separados por demanda de divorcio», es decir, acordada y ejecutada la separación *provisional de ellos*, conforme el núm. 1.º del art. 68, y por consecuencia de haberse interpuesto y admitido la demanda de divorcio, pero sin que, al sobrevenir la muerte de uno de ellos, se hubiera llegado á pronunciar sentencia firme, esto es, hallarse *pendiente* el pleito de divorcio; y para este supuesto provee con la extraña regla de que «se esperará al resultado del pleito», siendo el criterio del Código, sin duda, que, según que la sentencia decreta ó no el divorcio, y según que de ella resulte culpable el cónyuge premuerto ó el superstite, así éste tendrá ó no derecho á la cuota viudal en la sucesión del previamente fallecido.

Si la inteligencia de los términos del artículo no puede ser dudosa, su criterio y doctrina no dejan de ser bien extraños y censurables, sin más que observar que obliga á la violencia de que se siga un pleito nada menos que de *divorcio*, es decir, por motivos íntimos y personalísimos entre las partes, cuyo divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge

inocente, según el art. 106 del Código (1), y que, por tanto, si el inocente fuera el premuerto se harán imposibles los frecuentes y plausibles recursos del desestimiento y del perdón y los beneficios ulteriores de la *reconciliación*, con la impropiedad de doctrina de que en cuestión tan esencialmente personal tengan que ser los herederos del cónyuge premuerto los que litiguen con el superstite y la visible falta de lógica de que por este medio general y común, tan impropio para tal aplicación, se mantenga la ficción de la existencia de la otra parte cuando ya no existe, para que el pleito de divorcio continúe sustanciándose, *esperando al resultado*, á fin de determinar si el sobreviviente conserva ó no su derecho á la legítima viudal, y en cambio falte la parte ó representación *bastante* del cónyuge fallecido para que no fuera imposible, como lo es, que sobreviniese perdón ó *reconciliación* entre los cónyuges divorciados, hechos por los cuales el párrafo final del art. 834 declara, que el «sobreviviente conservará sus derechos, ó sea los que por ministerio de la ley—párrafo 1.º de este artículo—se le reconocen á la cuota viudal usufructuaria.

29. Un problema importante había de resolver el Código con motivo del *divorcio* y de sus *efectos*, una vez que el divorcio admitido sólo produce el resultado de la *suspensión de la vida común*, dejando *subsistente* el *vínculo*, cual era el del influjo que hubiera de tener la voluntad de los cónyuges, en la *permanencia y duración* de ese estado judicialmente declarado por sentencia firme, ó, en suma, la eficacia de lo que el Código llama la *reconciliación*, á fin de determinar: si ésta pueda ser obra de la exclusiva voluntad de los cónyuges, sin nueva declaración judicial ó mediante ella; si debe considerarse el divorcio obtenido por el cónyuge inocente, como un derecho susceptible de ser renunciado; si ha de distinguirse la causa del supuesto en que la sentencia se fundara declarando culpables á uno ó á ambos cónyuges; ó si, estimando que era un estado legal, la prudencia pudiera aconsejar que, una vez puesto en juego recurso tan extremo, no se sometiera á rectificación individual, más ó menos reflexiva y libre, y tal vez ocasionada á nuevas situaciones de perturbación del orden conyugal, al menos sin ciertas garantías. La tendencia ideal es favorecer la obra de restablecimiento de la armonía conyugal, volviendo á la normalidad que había destruído el divorcio, y atribuyendo para ello eficacia á toda rectificación que la favorezca en los sentimientos y cordialidad restaurados de los cónyuges divorciados. El criterio práctico, y aun la razón jurídica, pudieran demandar una solución menos optimista y de mayores prendas de madurez y deliberación, y, sobre todo, de una determinación más precisa de concepto y reglamentación legales, atendida la distinta naturaleza y gravedad de las causas que hubieran motivado el *divorcio*.

El Código, en cuanto á este problema, se ha decidido resueltamente

(1) Que importa poco se refiera al matrimonio civil, por ser la misma la doctrina canónica.

por aquella tendencia ideal, declarando que *en todo caso la reconciliación* pone término al juicio *pendiente*, lo cual es perfectamente lógico, porque equivale á un desistimiento y no trae aquellos inconvenientes de falta de respeto á lo juzgado, puesto que no se ha pronunciado aún la sentencia; ó deja ésta *sin efecto ulterior*, aun después de dictada, no exigiendo otro requisito que el meramente *formal* de que los cónyuges pongan su *reconciliación en conocimiento del Tribunal* que entiende ó haya entendido en el litigio.

La *reconciliación* es obra de las dos voluntades de los cónyuges, conformándose en el restablecimiento de la normalidad de su vida conyugal y consiguiente cesación de los efectos del divorcio. Por eso no puede considerarse equivalente al simple *perdón* del cónyuge ofendido, el cual, por sí solo, será insuficiente para obtener aquel resultado; así como la *reconciliación* fundada en el perdón del cónyuge ofendido no podrá destruirse por la revocación de este perdón hecha después de poner en conocimiento del Tribunal competente la reconciliación habida, pero sí antes, porque á partir sólo de aquel hecho deja de producir el *divorcio* sus efectos y los produce la *reconciliación*.

Lo que en este punto ha sido objeto de más discrepancia para escritores y Tribunales es si la *reconciliación* había de ser realizada en forma *solemne*, y, por tanto, era de necesidad que fuera *expresa*, ó si bastaría la *tácita*, deducida de una serie de hechos expresivos del restablecimiento de la cordialidad conyugal, tales como la superveniencia de hijos legítimos durante el divorcio, por cuya fecha de nacimiento se dedujera que habían sido engendrados después de entablada la demanda ó pronunciada la sentencia, el regreso voluntario de la mujer inocente y demandante en el divorcio al hogar conyugal, el acuerdo de los cónyuges para fijar su domicilio común en un nuevo lugar ó la cesación del adulterio del hombre por la ruptura de toda clase de relaciones con la concubina y la observancia ulterior de una vida de fidelidad para con el cónyuge ofendido durante algún tiempo, que produjera la convicción moral de la firmeza de su enmienda ú otras análogas. Desde el momento en que el Código exige que *los cónyuges*, no uno solo, deberán poner la *reconciliación* en conocimiento del Tribunal, es claro que, aunque originada por alguno de aquellos hechos, ha de ser *expresa*, y no suspende los efectos de la sentencia de divorcio, ni pone término al juicio del mismo, caso de no haberse pronunciado, sino á virtud de ser *manifiesta* y *explícita*, por aquella noticia que *ambos* deben dar al Tribunal y á partir únicamente de la fecha en que tal formalidad se cumpla.

Tampoco el Código, á diferencia de lo que disponía el art. 89 de la ley de Matrimonio civil (1), distingue entre las causas que pueden moti-

(1) Que prohibía la *reconciliación* cuando la causa del divorcio fuese los malos tratamientos de obra, inferidos á los hijos, que pusieran en peligro su vida; la tentativa del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos y la complicidad en su corrupción ó prostitución.

var el divorcio, para consentir en unas y negar en otras la eficacia de la *reconciliación* conyugal. Esta es *siempre* eficaz para dejar sin efecto ulterior la sentencia de divorcio, *cualquiera* que sea la causa en que la misma se funde.

La solución empleada para ocurrir á la necesidad de evitar que la *reconciliación*, restableciendo la normalidad de la vida conyugal entre los divorciados, pueda ser causa de perjuicio ó de peligro para los hijos, es determinar que en tales casos de haberse provocado el divorcio cuando la sentencia que lo declare se funde «en el conato ó en la connivencia del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos ó prostituir á sus hijas», *subsistirán* en cuanto á los hijos, á pesar de la *reconciliación*, los *efectos* de la sentencia de *divorcio*; y caso de estar por su edad sometidos todavía á la patria potestad, los Tribunales *adoptarán las medidas convenientes* para preservarlos de la corrupción ó prostitución (1); cuyo precepto final del art. 74 tiene sustancial congruencia con el núm. 2.º del art. 169 (2), y puede entenderse complementado con el 171 (3), por el cual se dispone que «los Tribunales podrán privar á los padres de la patria potestad, ó *suspender* el ejercicio de ésta, si trataran á sus hijos con *dureza excesiva* ó si les diesen órdenes, consejos ó ejemplos corruptores».

Lo de la *dureza excesiva*, como supuesto de aplicación de este artículo 171, puede servir para suplir el vacío que en el art. 105 se observa

(1) De temer es que la intervención judicial, con la fórmula vaga que el Código emplea, por los trámites que exige, por el arbitrio discrecional que otorga á aquélla y aun por los únicos supuestos á que se contrae, aunque los más significados, no constituya el remedio eficaz y necesario en defensa de los hijos, para que la *reconciliación* de sus padres antes divorciados, no ceda en su perjuicio, obligándoles á vivir, si no bajo la potestad, en la compañía del cónyuge culpable y dando tal vez lugar con ello á frecuentes disensiones entre los mismos consortes reconciliados. Quizá fuera preferible en casos semejantes declarar *extinguida* la patria potestad, por sobrevenir esa reconciliación entre los cónyuges, cuando la causa del divorcio fué alguna que pudiera afectar á los hijos, y ya que aquélla deja sin efecto, en principio, las consecuencias legales del divorcio, de cuyo restablecimiento de la normalidad familiar se quieren y se deben exceptuar los hijos en tales casos, constituir á éstos bajo la salvaguardia de una *tutela* que de modo permanente, y regido por las reglas de esta institución y no de modo circunstancial é incompleto, como por la intervención judicial, proveyera á la educación y defensa de los hijos de cónyuges *reconciliados*, en tales hipótesis. Esta solución, no deja de ser excepcional y tal vez retraería de la reconciliación al cónyuge inocente por no perder la patria potestad, pero es injusto desconocer que este motivo, con ser muy atendible, no puede serlo tanto que deba anteponerse al interés de procurar buenas condiciones de vida, defensa y educación á la prole de ese matrimonio, cuando precisamente el divorcio que en él sobrevino y la reconciliación que le hace cesar entre los cónyuges por obra de su voluntad y por el influjo de generosos sentimientos de perdón y de cariño del cónyuge inocente, si es que no fueron los dos culpables, se fundó en causas que afectaban y perjudicaban directa y especialmente á los hijos, á los cuales no es imputable, ni el estado de divorcio anterior, ni la reconciliación que lo anula, pero en cambio les deja expuestos á probables daños y agravios, de que no deben ser víctimas.

(2) Explicado en el cap. 29 de este tomo.

(3) Idem id.

al no comprender entre las causas legítimas del divorcio, respecto de la otra forma *civil* del matrimonio, la que figuraba, con el número de 5.^a, en el art. 85 de la ley de Matrimonio civil de 1870, «de malos tratamientos de obra inferidos á los hijos, si pusiesen en peligro su vida»; si bien es de advertir que, por no ser ésta causa expresa para el divorcio en el matrimonio canónico, es, sin duda, y para no alterar la integridad de la legislación canónica, por lo que el Código no se hizo cargo de ella, siendo tan racional y justa, al tratar de dicho matrimonio *canónico*, ni tampoco, al ocuparse del *civil* en el 105, y no obstante el explícito precedente del art. 85, causa 5.^a, de la ley de 1870, para evitar esta discordancia entre una y otra legislación, acerca del divorcio en el mismo acto del matrimonio, celebrado bajo cualquiera de sus dos *formas*, ambas de igual eficacia para la ley civil.

De todas suertes, es de reconocer que la ley de 1870 es más completa en este punto, así como el Código aparece con semejante vacío, que sólo puede resultar suplido en cuanto á los efectos de la patria potestad y como causa de *suspensión*, por el art. 171, cuando los padres tratan á los hijos con *dureza excesiva*, etc., verdadera equivalencia respecto de los hijos de lo que se llama *sevicia* entre cónyuges.

En cuanto al Tribunal á que los cónyuges deben dar *conocimiento* de la *reconciliación*, no participamos de algunas opiniones que estiman que, tratándose del matrimonio *canónico*, será, bien el eclesiástico, bien el civil, en los cuales se halle pendiente el pleito de divorcio ó la ejecución de sentencia para obtener los efectos civiles del mismo; porque ya se ha dicho no profesamos la doctrina de considerar necesario un nuevo juicio civil después del juicio eclesiástico, y porque, además, parece terminante el texto del primer párrafo del art. 74 al decir: el «Tribunal que entienda ó haya entendido en el litigio», y el único litigio es el pleito de divorcio, y, por consiguiente, el único Tribunal competente para conocer de él en el matrimonio *canónico*, es el eclesiástico, al cual ha de referirse en este caso la noticia de la *reconciliación* de los cónyuges, por más que pueda ser preciso librar testimonio de tal antecedente para acreditar ante el Tribunal ordinario dónde se haya de *obtener* la consiguiente reforma de *efectos civiles*, siempre que fuera precisa la intervención judicial por consecuencia de la *reconciliación* ó de la desaparición de todo efecto legal en el estado de divorcio, á que la *reconciliación* pone término.

30. En cuanto á los efectos civiles que, aparte los especiales antes indicados para cada uno de los supuestos de *nulidad* y de *divorcio*, se producen, en general, por la *extinción* y *suspensión* de la sociedad conyugal respecto de las relaciones *patrimoniales* entre los cónyuges y sus derechohabientes, ha de estarse á lo expuesto al tratar de cada una de estas *instituciones de bienes* (1).

(1) Con análogo criterio al expuesto en el núm. 7 de este capítulo en cuanto al Derecho anterior, pero conforme á las reglas del Código expresadas en el núm. 47, ca-

ART. III.

RÉGIMEN VIGENTE

§ 1.º

Criterio de transición.

31. REGLAS DE DERECHO.—Pueden considerarse tales las siguientes:

Primera. Es evidente que las *disposiciones provisionales*, por consecuencia de los pleitos de *nulidad* y de *divorcio* del matrimonio, *canónico* ó *civil*, á que se refiere el art. 68, tal como en el mismo está determinado, han de aplicarse tan sólo en los pleitos *pendientes* de estas clases.

Segunda. En cambio, ha de entenderse aplicable con *plena retroactividad* el último párrafo del art. 69, según el que el matrimonio declarado *nulo*, aunque hubiera sido contraído con *mala fe* por parte de ambos cónyuges, surte *efectos civiles* respecto de los *hijos*; en cuanto este precepto, de índole más amplia que el *criterio* del Derecho anterior, viene á constituir la *aparición de derechos declarados por primera vez* en el Código, que habrán de someterse al *segundo* párrafo de la regla *primera* de las *Disposiciones transitorias*; considerándose aplicable el Código en este punto aun á matrimonios celebrados ó declarados *nulos* con anterioridad á la fecha de su vigencia *en cuanto no se perjudiquen derechos adquiridos de igual origen*.

Tercera. También nos inclinamos á creer en la procedente aplicación, con *retroactividad*, del último párrafo del art. 72, por el que se declara que, tratándose de un matrimonio *nulo*, la mala fe de ambos se *compensa*: porque más que constituir criterio legal distinto que el del Derecho anterior es una disposición *adicional* esencialmente conforme con el espíritu del mismo, como se deduce de su aplicación á la pérdida de los *gananciales*; y porque, si lo mismo en el Derecho anterior que en el Código, la mala fe de un cónyuge, en el caso de matrimonios *nulos*, producía la pérdida de lo que hubiera de corresponderle por *gananciales*, claro es que esta parte la adquiriría el otro cónyuge, y teniendo mala fe le era aplicable igual pena, resultando de ésta la *compensación*, puesto que ni la ley anterior ni el Código han dicho que en tales casos de doble mala fe los *gananciales* pasarán á distintas personas.

Cuarta. Finalmente, en orden á los *efectos* de las sentencias de *divorcio* y á la eficacia legal de la *reconciliación* de los cónyuges, á que se contraen los artículos 73 y 74 del Código, y en cuanto más que con-

pítulo 18; 6.º, letra a, núm. 24, cap. 19; núm. 38, cap. 20; núms. 37 á 40, cap. 21; y núm. 13, cap. 22; aparte las establecidas para los supuestos *anormales* que dan lugar á la separación de bienes por interdicción civil del marido, divorcio de que sea culpable ó ausencia del mismo, según se deja expuesto en el cap. 22: todos de este tomo.