

sus herederos, interesados en que aquélla se declare, no obstante la muerte de su causante, por las consecuencias que en los bienes puede tener el que dicho matrimonio fuera ó no declarado *nulo*; pero tal inteligencia no es tan apropiada al supuesto genérico de *personas que tengan interés* en dicha *nulidad*, que lo mismo lo pueden tener por derecho propio, digámoslo así, que por motivos de sucesión de quien lo tuviera, cuando ese interés se refiera al orden *patrimonial* ó de los bienes, y, sin embargo, pugna con la razón semejante criterio extensivo, en cuanto á conceder la acción de *nulidad* á los herederos de las personas á quienes la ley le otorga por la genérica razón del *interés* que en la nulidad misma pudieran tener, si bien falta para oponerse á dicha interpretación extensiva la *espectfica* condición de *cónyuge*, que en este caso no existe, mientras que no falta la *gerérica* del *interés* en la *nulidad*.

c) *Efectos civiles de los matrimonios civiles nulos*.—Se da aquí por reproducido lo dicho (1) acerca de esta materia en el matrimonio *canónico*.

C. DOCTRINAS ESPECIALES RESPECTO DEL DIVORCIO EN EL MATRIMONIO CIVIL.

a) *Sus causas*.—En lo esencial, el art. 105 del Código civil ha reproducido el sentido del 85 de la ley de Matrimonio civil, simplificando su redacción y mejorando la expresión del concepto de alguna de las *causas* del divorcio, así como incurriendo en la omisión injustificada de haber suprimido la 5.^a de aquél, ó sea los malos tratamientos de obra inferidos á los hijos, si pusieran en peligro su vida; supresión cuya razón no se alcanza, ya que parece motivo bastante para que el otro cónyuge solicite el divorcio y muy en armonía con la que se conserva respecto de las tentativas de prostitución de las hijas ó corrupción de los hijos.

Sin duda esta omisión se debe á los errores que inspiraron al Código en este punto, á saber:

1.º En considerar distinta y separadamente la sociedad y la relación conyugal, de la paterno-filial, y suponer que no todo lo que afecta á la subsistencia de ésta debe influir en la integridad de la convivencia de aquélla, cuando no existe motivo de más legítima discrepancia y desarmonía entre los cónyuges que los malos tratamientos de obra que uno de ellos infiriera á los hijos de ambos, poniendo en peligro su vida, ni manera de conciliar el mantenimiento de la normalidad de la vida conyugal con medidas de necesaria precaución y de defensa de los hijos en tales casos.

2.º En que, por lo visto, el Código entendió que proveía suficientemente á dicha necesidad, en supuesto tan triste de *dureza excesiva* de los padres en el trato de los hijos, con el remedio del art. 171 (2), ó sea con la privación, que los Tribunales impongan, de la patria potestad ó suspensión de su ejercicio en dichas circunstancias, remedio que debe estimarse insuficiente y poco menos que impracticable, sobre todo en el

(1) Núms. 24 y 25 del capítulo precedente.

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

caso en que fuera el padre el merecedor de esa corrección legal que los Tribunales le impusieran, derivándose en la madre el ejercicio de aquel poder paterno, y habiendo de coexistir en vida común ambos cónyuges con los hijos objeto de aquella dureza. Tampoco parece bastante la fórmula de la parte final del art. 171, al decir que los Tribunales podrán «adoptar las providencias que estimen convenientes á los intereses del hijo», porque se deja en pie la dificultad ó se hace producto del simple arbitrio judicial la misma separación de la vida común de los cónyuges, constituyendo, en realidad, un caso de divorcio no previsto ni autorizado en el Código en materia de interpretación tan restringida, como ésta lo es, ú originando un estado anómalo en las relaciones conyugales y paterno-filiales.

Lamentable y excepcional es, respecto de la sociedad conyugal, el estado de *divorcio*, y sin duda á esto obedece cierto espíritu, más de restricción que de amplitud, que en punto á la admisión de *causas legales* que lo motiven se observa en el Código, por lo que á la forma matrimonial puramente *civil* se refiere, única que lo reglamenta por completo, ya que la *canónica* se rige, con eficacia legal, por la legislación de la Iglesia; pero adviértase que ésta, como todas las reglas jurídicas, no es cuestión de cantidad ó número, sino de realidad y de esencia. Ó existen ó no fundamentos de verdad en el supuesto de *hecho* á que proveen y necesidad de justicia en la pauta que establecen, sin que deba detener al legislador el *total* de aplicaciones que de la misma resulten, para que una preocupación excesiva no dé lugar á la desigualdad y á la injusticia de dejar huérfanos de precepto casos de igual entidad moral que otros que la misma ley reconoce y sanciona.

La igualdad ante la ley, ó el principio de la *igualdad civil*, no es sólo para las *personas*, sino para los *hechos*, en su equivalencia real, moral y social. Por eso no debe considerarse acertada la supresión en el Código de la causa indicada, que establecía la ley de Matrimonio civil, y en cuyo precedente se inspiran, hasta el extremo de la reproducción, las disposiciones de aquél sobre la materia, ni la omisión de otras que no debió proscribir con su silencio (1).

(1) Alguna que pudiera considerarse ocasionada por la aplicación de otros de sus preceptos, tales como los de los arts. 63 y 168, relativos á la posibilidad legal de que la mujer casada tenga la patria potestad de los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto de ellos y de sus bienes ejerza los derechos y cumpla los deberes que le correspondan; pues si bien es verdad que puede hacerlo sin necesidad de licencia de su marido, también lo es que la autoridad y derechos de éste, como tal, sobre la mujer, á quien esa patria potestad compete en aquéllos, no obstante su condición de casada con persona distinta del padre de quien los tuvo, pudiera dificultar considerablemente y hasta hacer imposible la práctica de unos y otros, con malicia ó sin ella del marido, por falta de la necesaria libertad de acción para ejercerlos ó cumplirlos, en virtud de los deberes de la mujer casada respecto de la unidad de domicilio (art. 56), de prestar obediencia al marido (art. 57), de estar obligada á seguirle dondequiera que fije su residencia, con algunas excepciones, quizá insuficientes para el caso (art. 58), sin contar las dificultades provenientes de los derechos del marido, por

Por lo demás, en cuanto á cada una de las *causas legales* del *divorcio* en el matrimonio civil, que admite el Código y enumera dicho art. 105, cabe observar:

1.º La del *adulterio* figura en primer lugar, con el carácter absoluto de que, en *todo caso*, el de la mujer constituya causa legítima de divorcio, y con la fórmula legal de que el cometido por el marido sólo lo constituye «cuando resulte escándalo público ó menosprecio de la mujer», respondiendo en esto, más que á los dictados de la justicia absoluta y de la moral general, al sentido social de la época, que ve deshonra infamante para el marido en todo caso de infidelidad de la mujer, y compadece á ésta, sin que por ello la denigre, en los de la infidelidad del marido para con la mujer, á menos que el adulterio reúna condiciones específicas que, en lugar de detallarse por una enumeración casuística más ó menos completa ó *ad exemplum*, según lo hacen otros Códigos y lo hacía la misma ley de 1870 respecto del caso de que el adúltero tuviera su concubina en la casa conyugal, determina la regla en la forma indicada, que es más expansiva, con perjuicio de su mejor precisión, y deja al arbitrio de los Tribunales la estimación de si las varias circunstancias de cada caso engendran el *escándalo público* ó el *menosprecio de la mujer*, ya que este resultado, más que el hecho mismo, es lo que constituye lo característico del adulterio del marido para esta aplicación del divorcio al matrimonio *civil*.

En armonía con ese sentido social, y tal vez por guardar cierta analogía entre las esferas de la ley civil y la penal en la consideración del

regla general, en la administración de los bienes; pudiendo ser, por todo esto, en determinadas circunstancias, tal vez la única y justificada solución á semejante conflicto de deberes en la mujer, el recurso del divorcio, á fin de sustraerse á la acción del marido, incompatible con los fines y necesidades de la patria potestad que á aquélla corresponde en la prole habida de otro. Como se observa, el Código ha creado la racionalidad y la verosimilitud de esta necesidad y, sin embargo, la deja sin medios de satisfacción.

Otros motivos cabe citar que no proceden del mecanismo legal del Código, y pueden dar lugar á causas justificadísimas de divorcio, también omitidas, á saber: el *abandono* de la mujer ó de la prole por el marido en condiciones y circunstancias que le sean imputables; y la misma declaración legal de *ausencia* ó de *presunción de muerte*, que pueden implicar igual idea de *abandono*, sobre todo, si por el número de años transcurridos desde que se ausentó y cambios experimentados en su persona, el otro cónyuge no le reconociese á su vuelta y resistiera aceptar el restablecimiento de la normalidad matrimonial, porque no sería justo obligarle á tal violencia después de tan largo tiempo como aquél estuvo ausente en el concepto legal y, por el contrario, parece fundado el que tales hechos constituyan causa legítima de divorcio que pueda invocar el cónyuge presente; pues aunque la declaración de ausencia, ni la misma presunción de muerte, no disuelvan el matrimonio y dejen subsistente el vínculo, tampoco lo disuelve el divorcio, ni afecta á la subsistencia del vínculo matrimonial. Esta solución, por supuesto, sin perjuicio del derecho del cónyuge ausente—desconocido á su regreso por su consorte, y hecho objeto por éste de su acción de divorcio dentro de tal criterio de doctrina,—á justificar la identidad de su persona y cualidad de tal cónyuge, con todas las circunstancias legales compatibles con la misma decisión declaratoria del divorcio.

adulterio como *causa del divorcio* y como *delito*, se desconoce el valor esencial de la *fidelidad mutua* que se deben los cónyuges y no se conserva el rigor de la congruencia con el art. 56 del Código (1), que la establece en iguales generales términos para ambos cónyuges, como uno de los derechos y una de las obligaciones *recíprocas* entre marido y mujer.

El Código ha suprimido, con razón, la *remisión* expresa ó tácita del adulterio por el cónyuge ofendido, pues á tal circunstancia en esa causa, como en las demás del divorcio, provee en dicho supuesto la regla general del art. 74, que establece los efectos de la *reconciliación* (2).

2.º Lo que en la ley de Matrimonio civil se decía «*malos tratamientos graves de obra y de palabra*, inferidos por el marido á la mujer», ha sufrido una importante modificación en el núm. 2.º del art. 105, que se expresa en estos términos: «Los malos tratamientos de obra ó las injurias graves.»

Comparando los dos textos, se observa: que esta causa no es sólo alegable por la mujer respecto del marido, sino también viceversa; novedad plausible, puesto que si los malos tratamientos de obra son hipótesis muy excepcionales, ya que no imposibles en el sentido de que sean inferidos por la mujer al marido, no así lo de las injurias graves; que con buen acuerdo el Código ha suprimido la calificación de *graves* á los malos tratamientos de obra, bien porque todo mal trato de obra, cualquiera que sea su gravedad, debe estimarse como causa muy adecuada al divorcio, bien porque la calificación de mayor ó menor gravedad de estos malos tratamientos no puede juzgarse sólo por la intensidad de ellos, sino por otros motivos subjetivos y circunstanciales que varían según las condiciones de cada caso; y que ha suprimido, en cambio, lo de «malos tratamientos de palabra», sustituyéndolo por lo de «injurias graves», frase en la que se hallan aquéllos incluidos, pero exigiendo respecto de ellos la nota de *gravedad*, para evitar que sea este medio de facilitar sin razón bastante los divorcios.

Lo único que en este último punto hay que poner en claro es el concepto de *injuria* y su calificación de *grave*; si han de ser extremos sometidos á la apreciación de los Tribunales, en cada caso ó si han de estimarse dentro del tipo legal que define la *injuria* y la califica de *grave* el Código penal en sus artículos 471 y 472.

Lo primero parece más conforme con la diferente condición del orden *civil* respecto del *penal* y la aplicación estricta de éste á los casos constitutivos de delito; pero lo segundo establece mayor armonía entre la legislación civil y la penal, evita la arbitrariedad y discordancia de los Tribunales, así como los peligros de la susceptibilidad de los cónyuges,

(1) Explicado en los núms. 18 á 23, cap. 17 de este tomo.

(2) Sin perjuicio de las responsabilidades penales, que se regulan, respecto del adulterio de la mujer y del marido, por los arts. 448 á 452 del Código penal.

y fija una norma legal predeterminada y suficiente para servir á esta aplicación civil (1).

3.º Que la causa de divorcio por la *violencia* ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla á cambiar de religión, como debido tributo al respeto de la libertad de conciencia, es la expresión del supuesto más verosímil. Si lo de *violencia* se toma como sinónimo de *fuera física*, es muy improbable que sea ejercida en sentido contrario por la mujer en el marido, en cuanto sólo se refiere al culto externo y prácticas religiosas, puesto que el culto interno y la fe se sustraen á esa coacción material; pero si con la palabra *violencia* se ha de comprender lo mismo la coacción *física* que la *moral*, ya no es tan extraño el supuesto de que aquélla se ejerza por la mujer sobre el marido para obligarle á cambiar de religión, y de todos modos, aunque más excepcional el supuesto, no es imposible, debiendo por ello el Código garantir en el matrimonio el respeto á la integridad de las creencias religiosas lo mismo del marido que de la mujer.

4.º Ninguna justificación necesita, más que su mera enunciación, la causa relativa á la «*propuesta del marido para prostituir á la mujer*», que el art. 105 también enumera; sustituyendo la palabra *propuesta* á la de *tentativa* que empleaba la ley de 1870, con lo cual, por lo visto, se excluye indebidamente dicha *tentativa* que, si difícil de probar, no es imposible y pudo adicionarse con lo de *propuesta*, más difícil todavía si se toma en el sentido de esta indigna *proposición* hecha por el marido á la mujer, dejando impune la enormidad moral de la *tentativa*, que puede ser, en tal incalificable supuesto, forma más frecuente que la de la *propuesta*.

Pero si esto obedece á los peligros que en tal sentido puede correr la mujer por razón de su sexo cuando tiene por cónyuge un marido inmoral y degradado hasta tal punto, quizá la ley no debió olvidar los peligros que corre el honor del marido con una mujer desconsiderada que pone asedio constante á su moralidad y á su decoro, provocándole por variados influjos á la comisión de acciones indignas que le proporcionen mayores medios y holguras que disfrutar.

Por desgracia, la hipótesis no es tan extravagante y exótica que no mereciera la pena de haber meditado si debía ser objeto de alguna regla legal que legítimamente sustrajera á un hombre de tales riesgos de corrupción, á que puede hallarse expuesto, no fiando sólo á su firmeza moral y á la severidad de sus costumbres sociales el mantenimiento de

(1) Llegado el caso de invocarse como fundamento de una demanda de divorcio por el cónyuge que resultó inocente, en virtud de desistimiento del actor ó de sentencia absolutoria, el hecho de otra contra él formulada por su consorte, parece que tal circunstancia bien merece considerarse como un positivo agravio constitutivo de *injuria grave*, y causa á su vez de divorcio contra aquel cónyuge que antes le promovió sin razón suficiente, exponiendo al otro al deshonor y difamación consiguientes y haciendo muy difícil, si no imposible, después de aquel hecho, la convivencia y armonía conyugales.

su dignidad y probidad personales en medio del eterno malestar de resistencia en que le tenga sumido la vida conyugal por tales motivos, en virtud de los estímulos á la inmoralidad y desconsideradas exigencias de su consorte.

5.º De igual evidencia es la de este número del art. 105, á que el Código llama *conato* en lugar de *tentativa*, y *connivencia* en lugar de *complicidad*, «para corromper á sus hijos y prostituir á sus hijas».

6.º Por último, la *condena del cónyuge á cadena ó reclusión perpetua*, que es otra causa legítima de divorcio, consecuencia legal de la *interdicción civil*, que la primera de aquellas penas lleva como accesoria (1), pero que no ha debido limitarse á estas penas por su cualidad de *perpetuas*, lo cual es también *relativo* en la ley penal, sino que ha debido extenderse á otras que por su duración y gravedad, así como por el grado de perversión que suponen en el delincuente, ofrecen motivo racional sobrado para convertirse en *causas legales* de divorcio.

El Código ha prescindido de la declaración que contenía el art. 84 de la ley de Matrimonio civil, prohibitiva de que «los cónyuges se divorcien, ni aun se separen, por *mutuo consentimiento*, siendo para ello indispensable *en todo caso* el mandato judicial».

Respecto de lo primero, esta omisión no significa que el Código acepte la doctrina contraria, y la omisión no es censurable ni peligrosa; pero en cuanto á la *simple separación* de los cónyuges, ya no hubiera tenido carácter tan ocioso una declaración prohibitiva, si bien es indudable que en la mayor parte de los casos puede resultar estéril el precepto legal que la contenga, cuando el cónyuge, que puede utilizar sus derechos para impedirlo, consiente de hecho en tal separación.

El único remedio sería encomendar al Ministerio fiscal, como representante de la ley, el ejercicio de la acción para obtener que ésta fuera cumplida en semejante punto; es decir, que mientras los cónyuges no estuvieran divorciados no pudiesen tampoco separarse y suspender la vida común sino por mandato judicial, debiendo el Ministerio público promover el cumplimiento de la ley en todos los casos en que tuviera noticia de estar infringida.

A este criterio se oponen los indudables respetos que merece, en cierta medida, la determinación personal de los cónyuges que trataran, con tal conducta, de evitar el escándalo de contender judicialmente acerca de las mismas delicadas causas que, sin ser de las enumeradas como legales para el divorcio, pueden en algún caso haber hecho moralmente necesaria esta suspensión de la vida común.

b) *Quién puede pedir el divorcio*.—«Sólo puede ser pedido por el cónyuge *inocente*», dice el art. 106; precepto sencillo y justo, ya desde el punto de vista de que el ofendido es árbitro como nadie para estimar la necesidad del divorcio y *reclamar* su declaración, así como para *remitir*

(1) Art. 54, Código penal; lo de *reclusión* fué adicionado en la edición reformada del Código civil.

sus causas y aun *reconciliarse* después de entablado ó ejecutoriado aquél, ya también porque de ninguna manera cabe aceptar que el mismo cónyuge que dió causa al divorcio pueda provocarlo.

Entendido literalmente que sólo el cónyuge *inocente* puede *pedir* el divorcio, resulta:

1.º Que por el hecho de entablarse la demanda, y durante la sustanciación del juicio, se atribuye gratuitamente al actor la condición presunta de cónyuge *inocente* y al demandado la de *culpable*, cuando no cabe admitir que baste tomar la iniciativa de promover el pleito para atribuirse, por sí propio, aquella cualidad favorable é imponer al otro la desfavorable, ya que una ú otra cualidad ha de ser producto de la resultancia del pleito y de la declaración de la sentencia, ya que, también, la única presunción admisible en buenos principios es la de *inculpabilidad* ó *inocencia* mientras no se pruebe lo contrario.

2.º Que si la condición de *cónyuge inocente* dice relación á los hechos de entablar la demanda y resolver acerca de su *admisión* y sustanciación, exigirá una *cuestión previa* en que se acreditara así, prejuzgándose lo que es verdadera *cuestión principal* y de *fondo* del pleito de divorcio, ó se convertiría en un incidente de *personalidad* ó de falta de ella en el demandante, lo que es cosa que se refiere á la *acción* y á la *decisión* que recaiga por la sentencia definitiva que ponga término al juicio; declarando probada la acción y decretando el divorcio, ó absolviendo de la demanda al demandado, derivándose de uno de estos dos fallos aquella condición de *culpabilidad* ó *inocencia*, ya que cualquiera de ellas puede resultar de la prueba que la tengan uno ú otro de los cónyuges ó que ambos sean *inocentes* ó *culpables* con relación á los hechos que se les hayan imputado como causas en que el divorcio se funde.

3.º Que no es gratuita, sino *expresa*, en el Código esa hipótesis de la *culpabilidad* en *ambos* cónyuges (pár. 2.º del núm. 2.º, art. 73) con efectos *especiales* respecto de la prole habida en aquel matrimonio, y, por consiguiente, es preciso *concordar* con esta regla del art. 73 la inteligencia que haya de darse al 106, para que esos dos artículos no sean inconciliables; refiriendo siempre la condición de cónyuge *inocente* ó la de *culpable*, en el divorcio, á la sentencia firme que lo declare, y no á cuestión alguna *previa*, sin otro alcance que el de un incidente de *personalidad* en el actor, que se limitara á otorgar ó negar la *admisión* de la demanda y la *prosecución* del juicio.

Lo que significa el art. 106, necesitado de alguna declaración en sus términos demasiado sencillos y anfíbológicos, es:

1.º *Declarar* el derecho, que *únicamente* tiene el cónyuge inocente, de *pedir* y *obtener* el divorcio, así como el de hacer que no se declare, no provocándolo, si esa es su voluntad; considerándose para este efecto como *cónyuge inocente* ó *culpable*, ya respecto de toda causa, ya respecto tan sólo de las que por su consorte se le imputen, aunque fuera *culpable* de otras que no sean objeto de las alegaciones contrarias en el juicio, por vía de *demanda* ó de *reconvención*.

2.º *Prohibir* que pueda fundarse una demanda de divorcio, alegando como *causas* que le hagan procedente, hechos, faltas ó culpas personales y propias del cónyuge actor, que las invoque en su demanda.

c) *Sus efectos civiles*.—El Código ha optado resueltamente por el criterio de proscribir toda idea de *disolución* del vínculo con motivo del divorcio, copiando en esto el art. 83 de la ley de Matrimonio civil, aunque no con tan explícita redacción, pero con igual sentido en cuanto á declarar que el divorcio en el matrimonio civil «sólo produce la *suspensión de la vida común* de los casados», guardando en ello perfecta armonía con la doctrina canónica, como era también necesario desde el momento en que ambas especies de matrimonios se consideraban como *formas legales* de igual eficacia ante la ley civil.

El matrimonio civil produce también, por supuesto, todos los efectos civiles que enumeran los artículos 73 y 834 del Código, ya explicados con motivo del divorcio del matrimonio canónico (1).

d) Lo propio puede afirmarse en cuanto á los *efectos civiles* de la *reconciliación* de los cónyuges, puesto que el art. 74, explicado anteriormente (2), es *común* á este caso de restablecimiento de la normalidad en la vida conyugal, lo mismo en el divorcio de matrimonio *canónico* que en el de matrimonio *civil*.

e) En cuantos á los *efectos civiles* que, aparte los especiales antes indicados, para cada uno de los supuestos de *nulidad* y de *divorcio*, se producen por la *extinción* y *suspensión* de la sociedad conyugal respecto de las relaciones *patrimoniales* entre cónyuges y sus derechohabientes, ha de estarse á lo dicho acerca de este punto para el matrimonio *canónico* (3).

ART. III

RÉGIMEN VIGENTE

§ 1.º

Criterio de transición.

7. REGLAS DE DERECHO.—Las establecidas en el capítulo anterior (4) son de *común aplicación* al presente y además la *especial*:

Única. Los preceptos del Código que se diferencian en más ó en menos de los establecidos en la ley de 18 de Junio de 1870 respecto de la *nulidad* ó del *divorcio* de matrimonio *civil*, como las personas á quienes compete la acción de nulidad (pár. 1.º, art. 102) ó las *causas tasadas* en que la demanda de divorcio puede fundarse (art. 105), serán apli-

(1) Núms. 26, 27 y 28 del capítulo precedente de este tomo.

(2) Núm. 29, *idem id.*

(3) *Idem id.* y sus concordantes, citados por nota.

(4) Núm. 31.