

sido escrito por San Gregorio, á quien lo atribuyese, aunque no lo encontró en sus obras, ó á San Ambrosio, pues se encuentra efectivamente, tal como Graciano lo publica, en un comentario sobre las epístolas de San Pablo, que entonces se creía ser de San Ambrosio, y por esto no titubeó en confirmar su decisión. Se reconoce por la lectura de su decretal, que apoya su decisión en aquel canon del decreto de Graciano, y lo cita y transcribe las palabras: «Et in hoc intelligimus quod ait Apostolus... et canonem etiam in quo dicitur: Contumelia Creatoris solvit jus matrimonii circa eum qui relinquitur.»

Se sabe con certeza hoy que aquel canon de Graciano, sobre el que Inocencio III fundó su decisión, no merece ninguna consideración, y que no fué escrito por ningún padre de la Iglesia, como hemos observado *supra*, núm. 500. Por lo mismo, se ve que fué un error de Inocencio III, fundado en el decreto de Graciano, lo que dió origen á su decisión, que, á haber conocido la falsedad del origen, habría sido diferente, y por consecuencia, su decisión no merece consideración alguna. Lo que la tiene aún menos, si se atiende que el papa hace entre el matrimonio de los infieles, que él llama *verum, non tamen ratum*, y el de los cristianos, *verum et ratum*, una novedad contraria á lo que enseñan los concilios y los padres de los primeros siglos de la Iglesia, como se deduce de la epístola de Inocencio I que hemos citado, en la cual se enseña que el carácter de indisolubilidad es propio del matrimonio de los infieles y de los cristianos, y lo confirman igualmente las demás autoridades que hemos mencionado en el párrafo precedente.

Finalmente, aunque muchos teólogos y canonistas se hayan dejado arrastrar por la decretal del papa Inocencio III, hay algunos de gran fama que se separan de la opinión de aquéllos. A este número pertenece el cardenal Cajetán y Domingo de Soto, quien en el concilio de Trento sostuvo, fundado en la autoridad de los santos padres, una opinión opuesta á la decretal citada.

505. La sentencia que se dictó sobre esta cuestión data de 2 de Enero de 1758, y declara que no hubo abuso en la sentencia del vicario general de Soissons, y se prohibió á Levi que pudiera contraer matrimonio mientras viviese su mujer Mendel-Cerf.

### CAPÍTULO III

#### *De la separación de habitación*

506. La separación de habitación es la absolución que se concede, mediante justas causas, por el juez de uno de los cónyuges, de la obligación de cohabitar ambos cónyuges y de cumplir el débito conyugal, sin romper, no obstante, el vínculo matrimonial.

Esta separación tiene lugar con frecuencia á instancia de la mujer; pero también puede pedirla el marido, como sucede en caso de adulterio.

ARTÍCULO PRIMERO

*De la separación de habitación que tiene lugar á instancia de la mujer*

Trataremos: 1.º Cuáles son las causas por las cuales una mujer puede obtener la separación de habitación. 2.º Cómo se obtiene esta separación. 3.º De la ejecución y de los efectos de la separación de habitación que obtiene una mujer.

§ I. *Cuáles son las causas por las que una mujer puede pedir la separación de habitación*

507. La unión del marido y la mujer, que fué formada por Dios mismo, y el poder que cada uno de los cónyuges da al otro sobre su cuerpo en virtud del matrimonio, no permiten á la mujer pedir separación de habitación de la de su marido, á no ser que medie una causa importante. En el fuero de la conciencia, está ella obligada á procurar ganarse el afecto de su marido; y si no puede conseguir su objeto, debe oponer á los malos tratos de su marido la paciencia y sobrellevarlos con resignación, y no debe abandonarle, á no ser en caso que llegase á un extremo insoporable.

508. En cuanto al fuero externo, no debe autorizarse con facilidad á una mujer para que se separe de la habitación de su marido, con el que Dios le ha unido; pero cuando existan justas causas deberá permitirse, porque, según las reglas

del orden político no debe permitirse; pero se permite para evitar un mal mayor. No debe dudarse que las discordias y querellas que habría todos los días entre marido y mujer, si no se les dejase separar, serían un mal peor que la separación de habitación, y así, para evitarlo, se concede siempre que existan justas causas.

¿Cuáles son estas justas causas? Hé aquí lo que no es fácil determinar. Puede decirse en términos generales que debe separarse de la habitación á una mujer, siempre que tenga que sufrir mucho á causa de la aversión que su marido le ha cobrado, y no se pueda lograr una reconciliación; pero no se puede determinar con facilidad hasta qué grado deben remontarse estos sufrimientos para que pueda tener lugar la separación, ni aplicar este principio á las diferentes circunstancias en que se presentan las demandas de separación.

Por esto es que debe dejarse al arbitrio y á la prudencia del juez determinar las causas de la separación. No debe concederse con facilidad por causas pasajeras y de poca monta, pero sí cuando existe una antipatía decidida y un encono inveterado que la cohabitación no podría hacer más que aumentar.

509. Los malos tratos que un marido da á su mujer, á la que ha golpeado ó amenazado hacerlo, son una de las causas más frecuentes de la separación de habitación.

El papa Inocencio III considera como justa esta causa de separación de habitación, cuando dice en el capítulo 13, Extr. *de Rest. Spol.*: «Si tanta sit viri saevitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solùm non debet ei restitui, sed ab eo potius amoveri.»

El juez respectó á esta separación debe atender á muchas circunstancias.

1.º Debe atender á la calidad de las partes: un bofetón ó puñetazo, que podría motivar una separación entre personas de educación, no lo será entre gente baja, á no ser que fueran muy frecuentes.

2.º Se debe tener en consideración si los malos tratos fueron sin motivo ó por causas ligeras en las que el marido se dejara llevar de su genio; ó si fueron motivados por palabras que hirieran la susceptibilidad del marido y agotaran su paciencia.

3.º Y, por último, si ocurrió en un solo caso y el hombre se dejó arrastrar por su cólera, viviendo anteriormente en buena armonía.

El juez, según estas circunstancias, deberá acceder con más ó menos facilidad á la demanda de separación.

510. Los malos tratos de un hombre con su mujer, aunque no haya llegado á golpearla, pueden ser de tanta importancia que pueda formar una causa justa de separación.

Este caso se presentó hace unos veinte años, en una causa de demanda de separación de habitación que entabló la esposa de un tesorero de Francia. El marido no había pegado á su mujer, ni siquiera la había amenazado, pero desde los primeros años de su matrimonio y en los siguientes la había tratado con menosprecio en todas cuantas ocasiones se le presentaban, y ante las personas que frecuentaban la casa, delante de sus criados y de los hijos nacidos de este matrimonio, incitándoles á que hicieran escarnio de su madre. Probados los hechos, se sentenció en primera y

segunda instancia la separación. Tal menosprecio inspirado á los hijos es más sensible para una mujer honesta que todos los golpes que pudiera darle el marido en un acaloramiento.

511. Puede incluirse entre las justas causas de separación el negarse el marido á dar á su mujer enferma lo más necesario para la vida, teniendo medios para ello.

Obsérvese que, cuando la separación es pedida por esta causa, el juez no puede decretarla; pero debe en la primera sentencia condenar al marido á dar á su mujer lo que pide y que cree necesario; mas si el marido no cumple esta primera sentencia, debe decretar la separación.

512. La acusación de un crimen capital intentado calumniosamente por un marido contra su mujer es causa de separación de habitación. Así se decidió por una sentencia de 1716, publicada por muchos tratadistas. Lo mismo se decidió en otra de 16 de Julio de 1695, sobre la que dió dictamen Aguesseau. Véase el discurso forense de éste, que es el 34, en el tomo III de sus obras.

513. El capítulo *Quaesivit*, Extr. de *Divort.*, cita otra causa de separación de habitación, y es el caso en que el marido hiciese pública profesión de su herejía, á causa del daño que podría provenir á la mujer de ser pervertida. Esta decretal no tiene aplicación en Francia, porque sólo hay una religión (1).

514. Ni la epilepsia, con ataques muy violentos, ni otra enfermedad que padeciera el marido, aunque fuese contagiosa, pueden ser motivo para

(1) Esta causa no puede ser hoy alegada por existir en Francia la libertad de cultos.

que la mujer pida la separación de habitación, sinó que está obligada á vivir con su marido si se encuentra en aquel estado; de igual modo que, si estas enfermedades las tuviese la mujer, su marido no puede répudiarla.

Lo mismo debe decirse respecto de una deformidad, por grande que sea, que haya sobrevenido á uno de los cónyuges, tal como un cáncer en la cara. Aquí tienen aplicación aquellas palabras de Ulpiano, aunque se refieran á un caso diferente: «*Quid enim tam humanum est, quàm fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse.*» L. 22, pár. 7, ff. *Solut. matrim.*

Estos principios están conformes con la decisión del papa Alejandro III, respecto á la enfermedad de la lepra, que era muy común en su tiempo: «*Quoniam, — dice el papa, — vir et uxor una caro sint, et non debeat alter sinè alterâ esse diutiùs, mandamus ut uxores viros et viri uxores qui leprae morbum incurunt sequantur,*» etc.

Las enfermedades sifilíticas, que traen consigo la sospecha de que el marido en sus extrayíos se las buscó, tampoco pueden servir de fundamento á una petición de separación de habitación, ya que hoy no es una enfermedad incurable, y que todos los médicos saben combatirla.

515. La pérdida de la razón que padeciese el marido, aun cuando llegase el caso de tenerlo que encerrar, puede servir aún menos como motivo para fundar una demanda de separación de habitación; lo que puede pedir la mujer es que se prive á su marido la administración de sus bienes. Esto debe ordenarlo el juez, mediante instancia de la familia.

Se le nombrará un curador, que acostumbra ser

su mujer. El juez ordena comunmente que el marido sea encerrado, pero no se decreta la separación; la comunidad continúa.

516. Los adulterios cometidos por el marido no dan motivo para que la mujer pida la separación de habitación: los tribunales no permiten que las mujeres aduzcan pruebas sobre tales hechos. Al contrario, los hombres pueden presentar una acusación de adulterio contra su mujer, como veremos en el artículo siguiente.

De esto se lamentaba una tal *Laronia* en este verso de Juvenal:

*Dat veniam corvis, vexat censura columbas.* Sat. 2.

La razón de la diferencia es evidente: el adulterio que comete la mujer es mucho más contrario al buen orden de la sociedad civil, pues tiende á despojar á la familia y hacer pasar los bienes á hijos adulterinos, que son extraños á ella; al paso que el adulterio del marido, aunque en sí es muy criminal, no tiene respecto de este punto la menor consecuencia.

## ARTÍCULO II

*Cómo se obtiene la separación de habitación*

517. La mujer no puede obtener la separación de habitación sinó por sentencia del juez, dada con pleno conocimiento de la causa. Una escritura ante notario, en la que la mujer exponga todos los hechos que motivan la petición de separación de habitación y que el marido por su parte reconoce

ser ciertos, y consintiendo, en consecuencia, en la separación, es un acto nulo por completo y no produce efecto alguno. Formado por el mismo Dios el vínculo del matrimonio, no sólo es indisoluble, sinó que tampoco las partes que lo contrataron pueden por su propia autoridad menoscabar en lo más mínimo sus efectos, sin existir poderosos motivos, que debe apreciar el juez.

Así es que la mujer que pretende alcanzar la separación debe acudir al tribunal con una demanda motivada, pidiendo que se cite al marido, y que, ínterin dura la causa, se le permita retirarse á un convento ú otro lugar seguro y decoroso que designará el marido, y el juez en su defecto.

El juez competente es el seglar; el eclesiástico es incompetente, porque sólo debe entender en las causas de *foedere matrimonii*, en las que no se trata de las causas de separación de habitación, que no afecta al vínculo, el cual queda subsistente. Además de que la separación de habitación lleva consigo la separación de bienes, lo que es una cosa muy profana, que no es de la incumbencia del tribunal eclesiástico.

Designado por el marido el lugar en donde debe retirarse la mujer, debe mandarle sus trajes y ropas que lleva comunmente, y satisfacer la pensión durante la tramitación del proceso; y si se negase á ello podrá condenársele á verificarlo.

519. Llevados los autos á la audiencia, si el juez cree que son insuficientes los motivos alegados por la mujer, deberá sobreseer la causa; si los encuentra bastantes, recibirá las pruebas, y la mujer podrá presentar testigos y pruebas de

cuanto haya alegado en su denuncia, y el marido podrá hacer lo mismo.

En negocios ordinarios, cuando la parte reconvenida confiese ser cierto lo que se le acusa, no se exige otra prueba. Pero en las causas de que nos ocupamos en este lugar, el juez viene obligado á recibir pruebas aun de los hechos confesados por el marido; porque no debe decretar la separación sinó por motivos muy poderosos, sin que las partes, por mutuo consentimiento, puedan acordarla, por cuyo motivo no debe darse gran valor á una confesión que pudiera ser efecto de un convenio entre los cónyuges.

520. Si hubiese existido un principio de desavenencia seguido de reconciliación, los hechos anteriores quedan sin efecto por aquel acto, y la mujer no puede aducirlos para pedir la separación.

Con mayor motivo todavía, si la mujer hubiese presentado una demanda de separación, de la que el marido había sido absuelto, en cuyo caso no podrá presentar otra si no puede aducir nuevos hechos, y compete al marido oponer la excepción de cosa juzgada.

521. Cuando la mujer ha sido admitida á prueba y el marido también, después de seguir la debida tramitación, el juez dictará la sentencia, concediendo ó negando la separación de habitación, según quedasen suficientemente probados los hechos ó fuesen insuficientes. Algunas veces concede el juez un plazo, como de seis meses, á fin de dar tiempo para que pueda calmarse algo el resentimiento que tal vez tuviese el marido por el acto intentado por la mujer contra él. Durante

este tiempo, la mujer deberá permanecer en el convento que escogió como retiro. Encontramos adoptado esto en una sentencia de 14 de Mayo de 1695, publicada en el tomo 4 del *Journal des Audiences* (lib. 10, cap. 10).

§ III. *De los efectos de la separación de habitación*

522. Cuando la separación de habitación está acordada por el juez, y se acata ó confirma en segunda instancia, queda la mujer libre de la obligación que le impuso el matrimonio de vivir en compañía de su marido, y de prestarse al débito conyugal; así es que puede elegir su domicilio donde mejor le parezca.

La separación de habitación supone la de bienes, y compete al marido el derecho para que le restituya su dote; y si hubiese habido entre ellos sociedad conyugal, podrá pedir la formación de un inventario, ó instar la partición, si no prefiere renunciar, como puede, á los gananciales.

523. La separación de habitación no rompe, como hemos dicho anteriormente, el vínculo del matrimonio; sólo destruye sus efectos. El marido conserva, aun después de la separación de habitación, algunos restos del poder marital: de manera que la mujer necesita autorización de su marido, ó, en su defecto, del juez, que representa aquélla, para todos los actos que se refieran á la enajenación de sus bienes raíces, pues la separación sólo le concede facultad para administrarlos.

524. Todos los efectos de la separación serán nulos cuando la mujer separada vuelve volunta-

riamente á reunirse con su marido. Este recobra entonces todos los derechos sobre la persona y bienes de su mujer, y lo adquirido durante la separación se considera verificado como si no hubieran llegado á este caso, aunque hubiese transcurrido mucho tiempo; pero debe advertirse que los actos ejecutados por la mujer subsisten, con tal que pertenezcan á la clase de los que la separación autoriza.

ARTÍCULO II

*De la separación de habitación pedida por el marido*

525. El marido puede pedir la separación de habitación contra su mujer, siempre que á sus instancias se la declare convicta y confesa del crimen de adulterio.

526. Según nuestro derecho francés, sólo al marido compete presentar la acusación de este crimen contra su mujer.

Cuando el marido ha fallecido sin intentarlo, sus herederos no podrán hacerlo, ni se les admitirán las pruebas sobre el crimen de que la acusan, para excusarse de satisfacer á la viuda lo que le corresponde por sus derechos.

Si el marido intentase la acusación y falleciese durante la tramitación de la causa, no debe ponerse en duda que los herederos pueden proseguirla en su representación. Esto está conforme con aquella regla de derecho: «Omnes actiones quae tempore aut morte pereunt, semel inclusae iudicio, salvae permaneat.» L. 139, *Dig. de Reg. jur.*

Mas cuando el marido en vida ha desistido de su acusación, ó declaró que perdonaba á su mujer, sus herederos no podrán proseguir la acusación.

Así se resolvió en una sentencia de 10 de Junio de 1650, publicada por Soefve, en el tomo I, cent. 3, cap. 43. En ella, el marido, después de haber obtenido sentencia declarando á su mujer convicta de adulterio, y de seguir la apelación, otorgó testamento, declarando que perdonaba á su mujer de la falta que contra él había cometido. Falleció luégo, y su hermano quiso sostener la acusación y se presentó como heredero, bajo beneficio de inventario. Se declaró por sentencia definitiva que no le competía este derecho, é interinamente se le privó de la posesión de la herencia que se le había otorgado, perjudicando al hijo que la viuda había dado á luz.

Cuando el marido no acusa, el ministerio fiscal no puede tampoco sostener la acusación, ni subsistente el matrimonio, ni después de disuelto.

Sin embargo, cuando existiera escándalo y prostitución pública, especialmente en el caso en que el marido sea cómplice de la prostitución de su mujer, el ministerio fiscal debe intentar la acusación.

En el caso en que el marido intentase la acusación de adulterio contra su mujer y su adúltero, debe tomar parte el ministerio fiscal y recibir testigos.

527. La pena que está en uso en nuestro derecho contra la mujer convicta de adulterio, y que hemos tomado de la Novela de Justiniano, es la reclusión á un monasterio, en donde el marido

la puede ver y visitar, volviéndose á unir al cabo de dos años de reclusión. Si transcurrido este tiempo el marido no la recogiese, se le cortará el cabello y quedará en el convento por el resto de su vida, y pierde todo derecho á su dote y á lo pactado en su favor en las capitulaciones matrimoniales.

Debe observarse que el castigo de reclusión perpetua pronunciado contra la mujer adúltera no impide que, muerto su marido, pueda salir de ella y contraer otro matrimonio. En este sentido se sentenció en 21 de Julio de 1684, cuya sentencia fué publicada en el tomo 3 del *Journal des Audiences* (lib. 10, cap. 21), y se dictó, según las conclusiones de M. Talou, que dijo que esta pena de reclusión, á la que fué condenada la mujer adúltera, no supone la muerte civil, y no la hace incapaz para el matrimonio, siendo en este punto distintas nuestras leyes de las romanas, que declaraban incapacitadas para el matrimonio á las mujeres que habían sido condenadas por el crimen de adulterio.

#### PARTE SÉPTIMA

##### De las segundas nupcias

528. Es permitido á un hombre ó una mujer contraer muchos matrimonios, con tal que sean sucesivamente y después de la disolución de los precedentes. Esto es lo que enseña San Pablo: «Mulier obligata est legi, quanto tempore vir ejus vivit: quòd si dormiserit vir ejus, liberata est;