

cito en 12 de octubre de 1787, por la cual previene S. M. que los depósitos de los que se pretende haber contraído esponsales en los casos en que se les atribuya falta de libertad, se hagan por el juez ordinario, y por el eclesiástico cuando haya llegado el caso de conocer de los esponsales, después de evacuado el punto de disenso conforme á la real pragmática, aunque los contrayentes gocen del fuero de guerra.

114. A los subdelegados del vicario general se les facilitará los testigos que pidan para declarar en las causas que se actúen en su juzgado; y si fueren de los que voluntariamente se presenten á ruego de las partes en causas matrimoniales, no necesitan impartir el auxilio: así lo mandó el rey por real resolución de 6 de abril de 1784.

SECCION IV.

DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO.

115. Por divorcio se entiende en sentido lato, la separacion del marido y la muger contra los fines del enlace que contrajeron, ya sea absoluta, disolviéndose el vínculo, de suerte que cada uno pueda casarse con otra persona, ya sea relativamente á la separacion de bienes y habitacion entre marido y muger, pues la palabra divorcio viene de *diversidad* de voluntades. Considerado estrictamente el divorcio, consiste en solo esta separacion, de suerte que no pueden el marido ni la muger mientras viva uno de ellos casarse con otra persona; y en este último sentido se conoce el divorcio entre nosotros, puesto que ha sido elevado á sacramento el matrimonio legítimamente contraído. Por la fuerza del matrimonio han reconocido los esposos, que eran sin reserva alguna el uno del otro para toda la vida, dice Walter en su Manual de derecho eclesiástico universal, y en este abandono reciproco encuentran su unidad física y moral. Cuando el cristianismo simbolizó esta idea en la mision de Cristo con su iglesia, es indudable que tuvo la indisolubilidad por condicion fundamental del matrimonio cristiano: así es que este concepto es ya muy comun en los padres mas antiguos de la iglesia, y en sus mas remotos concilios. Es pues completamente indisoluble el vínculo matrimonial entre los cristianos. La iglesia católica entiende este principio hasta el matrimonio de los hereges, porque su error de querer conciliar el divorcio con la revelacion no los exime de la autoridad ó imperio de la ley divina: Benedicto XV de sínodo diocesana: libro 13, cap. 22. Los mismos matrimonios de los infieles, sino tienen para la iglesia el concepto de sacramentos, tienen por lo menos el de legítimos, y por consecuencia el de indisolubles á juicio y segun los principios de la misma. Una escepcion solo hay, segun las espresiones del apostol san Pablo á los corintios, á saber, si convertido al catolicismo uno de los cónyuges infieles cuando contrajeron el matrimonio, el otro no quiere continuar en su compañía, sino para molestarle y retraerle de la fé, pues entonces el convertido puede casarse con otra persona, mas no sucede lo mismo cuando de dos casados fieles, el uno cae en la heregia, porque el matri-

monio de los fieles es siempre *rato* y estable por ser sacramento, al paso que el de los infieles se considera siempre como un simple contrato. Otro caso esponen los canonistas en que puede disolverse el matrimonio en cuanto al vínculo y es, cuando uno de los contrayentes antes de consumar el matrimonio entra en religion profesando en un convento, aunque sea contra la voluntad del otro cónyuge, que este queda libre para casarse.

Quando se disuelve el matrimonio á causa de algun impedimento dirimente que lo invalida, dicha disolucion tiene lugar por causa de nulidad y no por divorcio.

116. Las causas que producen el divorcio ó separacion de los cónyuges en la cohabitacion consisten en haber cometido uno de ellos adulterio pues en tal caso puede el inocente pedir la separacion, á no ser que hubiere remilido la injuria espresa ó tácitamente, v. g. cohabitando con el adúltero, después que sabia la perpetracion del adulterio; pero no puede pedirse la separacion si ambos son adúlteros. Son tambien causa de separacion la sevicia ó trato cruel del un cónyuge para con el otro, por el cual atenta contra su vida: la enfermedad crónica contagiosa que padezca uno de los cónyuges y el incurrir cualquiera de ellos en idolatría ó heregia grave; y por asechanzas ocultas de un cónyuge contra la vida ú honor del otro. El divorcio por estas últimas causas cesa cuando el culpable se enmienda y cumple con sus deberes; pero respecto de la causa de adulterio, el cónyuge inocente no puede ser nunca obligado á unirse con el culpable.

117. Para la separacion ó divorcio de los cónyuges es necesario, pues, que exista justa causa que se alegue y pruebe ante la autoridad competente, que lo declare con conocimiento de causa y después de practicar las diligencias que crea convenientes. Por tanto, no produce los efectos del divorcio la separacion de los cónyuges por convenio mútuo; pero pueden los cónyuges permanecer unidos, aun cuando existiere causa para divorciarse.

La autoridad competente para declarar el divorcio es el obispo de la diócesis respectiva de los cónyuges; los prelados con jurisdiccion episcopal en su territorio y los vicarios á quienes los obispos someten espresamente esta facultad.

118. A la demanda de divorcio debe preceder el juicio de conciliacion, pues cabiendo avenencia en cuanto á la union, se exige el juicio de paz por el decreto de 18 de mayo de 1821, restablecido en 30 de agosto de 1836: art. 4. En dicho juicio de conciliacion debe el alcalde dar providencia de que se unan los cónyuges, aunque no hubiese avenencia, pues afectando la union de los matrimonios al bien general y de la iglesia, no puede el alcalde providenciar su desunion, porque no tiene autoridad para ello, y prejuzgaria á la cuestion en cierto modo; pero la providencia de union en tal caso se circunscribe á cierto término si los cónyuges no presentan en el certificacion de haberseles admitido la demanda de divorcio por el juez eclesiástico. Los cónyuges presentan pues, en tal caso la demanda de divorcio ante el juez eclesiástico con la certificacion de haber intentado el juicio de conciliacion. En la demanda se espresa los motivos porque se solicita el divorcio, ofreciéndose hacer informacion de ellos, ó se presenta interrogatorio para que se evacue por el juez y se suplica se admita la demanda *quoad thorum et mutuum cohabitationem*.

Presentada la demanda, se pasa al fiscal y se nombra defensor del matrimonio para que informe si las causas alegadas son de las que señalan

los cánones; y pidan se practiquen las diligencias necesarias para evitar los fraudes que podrian cometerse, si bien esta práctica no es comun en todos los juzgados. El juez en vista de la aprobacion ó censura del fiscal, admite ó niega á la informacion. Si se niega, se pide reposicion, y no efectuándose, puede apelarse; si se admite, se procede á la informacion, debiendo en caso de que las diligencias hayan de evacuarse fuera de la capital de la diócesis donde se sigue el pleito, dar comision á un eclesiástico de distincion del pueblo, en que han de practicarse dichas diligencias para que proceda á ellas. Hecha la informacion, se pasa al fiscal ó defensor del matrimonio para que esponga lo conveniente, quien si viere que no están probadas las causas que se alegan, opina que no se admita la demanda, y en tal caso se entregan los autos al actor por si quiere ampliar la justificacion, y el juez dá providencia en este sentido, pudiendo la parte pedir reposicion y apelacion en caso negativo; ó bien opina el fiscal que se admita la demanda, y así se verifica por el juez, dándose traslado á la parte demandada, quien debe contestar en el término que marca el derecho, y se siguen los demas trámites del juicio ordinario sin mas diferencias que las que vamos marcando, hasta recaer sentencia ejecutoria, sin que produzca el efecto de variar ó desnaturalizar el juicio civil, que la causa que se alegue sea un delito, pues en este pleito no se trata del castigo del criminal; y en caso de que el demandante tuviera tal intento, debe acudir á los tribunales seculares, y asimismo, si el delito fuere público, puede el ministerio fiscal seguirlo de oficio.

Si el demandado no se opusiere al divorcio, y conviniere en la separacion sin contestar las causas alegadas, y asimismo si por el contrario, confesare su certeza, no deberá decretarse el divorcio, sino que deberá seguirse el juicio con el defensor del matrimonio, pues interesa á la sociedad que permanezca la union de los esposos, y estos pudieron maliciosamente convenirse en la separacion sin mediar justa causa. *Berardi in jus eclesiast.* tomo 3. Disert. 2, cap. 2.

De la sentencia que se pronuncie puede interponerse apelacion, y admitida, se acude al tribunal del metropolitano, si se hubiere sentenciado el pleito por el obispo ó su vicario general, y al de la Rota, si por el metropolitano. Los autos se remiten originales, y no en compulsas. La apelacion se sigue ante los metropolitanos, de la manera que en primera instancia, y ante la Rota segun hemos dicho en la pág. 475.

La sentencia ejecutoria produce el efecto de que no pueda el cónyuge contra quien se dió compeler al otro contra su voluntad á unir nuevamente el matrimonio; pero esto no obsta para que desde el momento en que el cónyuge que obtuvo la sentencia de separacion se amistare y uniese con el otro cónyuge, aunque fuese durante el juicio, se entienda remitida la causa alegada para el divorcio; de manera, que aunque despues quiera separarse de nuevo, no puede alegar los mismos hechos ó causas porque se declaró el divorcio, sino otros nuevos, y tendrá que principiarse otra vez el juicio. Y este es el sentido en que dicen algunos autores (Sr. Elizondo, t. 7, cap. 73, núm. 32:) que la sentencia en causa de divorcio nunca pasa en autoridad de cosa juzgada, y por lo que se recomienda á las curias eclesiásticas que amonesten á los cónyuges para que se reconcilien mutuamente y vuelvan á unirse.

Respecto de las pruebas en causa de divorcio, debe tenerse presente,

que cuando la causa alegada fuese adulterio, se admite la prueba indiciaria, esto es, la de presunciones ó conjeturas que resultan de ciertos hechos, como la entrada á deshoras de la noche y cautelosamente del marido en casa de una muger, con quien se sospecha tiene relaciones ilícitas, y otras por el estilo que pueden atestiguar por los criados de la casa, prueba que se admite por la dificultad de encontrar otras mas fuertes: *Walter, Manual del derecho eclesiástico universal*, §. 214, y el cardenal de Luca; de matrim. disert. 13, núm. 20.

Acerca de la prueba de testigos que es la mas frecuente en las causas de divorcio, debe advertirse, que el testimonio que presten no sea de oídas, sino que den por sí noticia de la causa porque deba separarse el matrimonio: cap. 49, tít. 20, lib. 2 de las Decretales: que el dicho de un solo testigo no basta para la separacion ó disolucion de un matrimonio contraido, aunque puede servir para impedir la celebracion de un enlace: cap. 22, título 20, lib. 2 de las Decretales.

El defensor del matrimonio debe ser persona docta en el derecho, ó de lo contrario, dar su dictámen con acuerdo de asesor. Tambien puede serlo el fiscal en los negocios en que no intervenga con este carácter.

Asimismo, debe advertirse, respecto de la prueba de documentos, que cuando se trate de la nulidad del matrimonio, solo deben admitirse aquellos que contengan hechos que anulen por sí el matrimonio, como el de vivir el cónyuge primero de una persona que ha contraido segundo enlace, el hallarse el cónyuge ordenado *in sacris*, y aun en tales casos debe constar completamente la autenticidad de los documentos, pues para declarar la nulidad se necesita prueba completamente plena; mas si se tratara de probar la imposibilidad de contraer el matrimonio, por existir algun impedimento, no se requiere esta clase de prueba.

119. En las causas de divorcio pueden ocurrir varios incidentes como efecto del mismo; tales son el de depósito de la muger, prestacion de alimentos y abono de litis espensas, que debe hacer el marido á la misma, retencion de hijos y restitucion de dote.

120. Cuando la muger pide el depósito por creer fundadamente que no puede permanecer sin peligro con su marido durante el pleito de su separacion, lo hace generalmente por un otrosi á la demanda de divorcio, en el que solicita se la deposite en casa de sus padres ó persona de confianza y respeto ó monasterio por las razones espuestas, sobre cuya veracidad ofrece informacion sumaria; en caso urgente, puede la mujer pedir el depósito al alcalde ante quien celebra el juicio de conciliacion, y este puede proveerlo interinamente en el acto, mientras se admite la demanda de divorcio, sin perjuicio de que el juez lo confirme ó varíe despues.

Pidiéndose ante el juez que entiende del divorcio, en un otrosi de la demanda, se da auto señalando el punto donde ha de estar depositada la mujer, pero este auto tiene la calidad de interino, pues puede revocarse si no se admite la demanda principal, ó se declara no haber lugar al divorcio.

Quando la mujer no se atreviera á salir de su casa para constituirse en el puesto del depósito, debe nombrarse un comisionado que acompañado del notario efectúe la traslacion, pudiendo usarse en caso de resistencia hasta de la fuerza, si bien entonces debe implorarse el auxilio del brazo seglar: todo ello se hará constar por diligencia. El marido puede oponerse á la permanencia de la mujer en la casa que eligió por tener motivos

para no juzgarla decorosa y de respeto, señalando otra que sea de su confianza; en tal caso el juez si le parecieren fundadas y ciertas las razones del marido, puede proveer segun solicita, pero dando traslado á la mujer, la cual puede oponerse, y se sigue un artículo por los términos ordinarios: la muger puede tambien hacer igual solicitud, procediéndose, como en la anterior, si se opusiere el marido.

421. En cuanto al incidente de alimentos y demas arriba mencionados, entienden los tribunales seculares, pues segun se dice en la ley 20, tit. 2, libro 2 de la Nov. Recop., los jueces eclesiásticos solo deben entender en las causas de divorcio, sin mezclarse con pretesto alguno, en las temporales y profanas sobre alimentos, litis espensas ó restitucion de dote como propias y privativas de los magistrados seculares, á quienes incumbe la formacion de sus respectivos procesos. En su consecuencia los jueces eclesiásticos deben remitir á los jueces seculares estos incidentes, ó bien si los litigantes piden como suelen por un otrosi á la demanda principal que se les dé testimonio de haberse incoado en el tribunal eclesiástico la demanda de divorcio, para con él entablar la de alimentos ante el juez ordinario, proveer que se les despache sin detencion dicho testimonio.

422. En cuanto á la demanda de litis espensas para el cumplimiento de la obligacion que tiene el marido que no fuera pobre, de abonar á la mujer los que se causaren en el pleito, se presenta ante el juez un documento que acredite haberse intentado el juicio de conciliacion, y el testimonio de haberse interpuesto la demanda de divorcio, y en ella se pide se entregue una cantidad al procurador á cuenta de las que se devenguen: el juez provee auto en que asi se dispone, el cual se lleva á efecto hasta por apremio, si bien la parte contraria puede oponerse alegando no tener bienes, y se sigue el incidente por los trámites de la via ordinaria.

423. El cónyuge que dió causa al divorcio, es quien debe alimentar á los hijos, á no ser que fuera pobre y el otro cónyuge rico, pues entonces debe este alimentarlos; mas los hijos que no hayan cumplido aun tres años, deben ser alimentados por la madre: ley 3, tit. 19. Part. 4. Cuando no se convienen los padres en cuál ha de tener en su poder á los hijos, deben quedar en poder del inocente ó que no dió causa al divorcio: mas si no conviniere á dichos hijos permanecer en poder del que los tiene, por su mala conducta ú otro motivo razonable puede el otro cónyuge presentar demanda con certificado de haberse intentado el juicio de conciliacion y testimonio de haberse entablado la de divorcio, para que pasen á su poder, y se sigue este incidente en los términos que el anterior.

424. La demanda para que el marido devuelva á la mujer la dote y los demas bienes que le corresponden de la sociedad de gananciales en virtud de haber cesado esta por causa del divorcio, se presenta tambien con el certificado del juicio de conciliacion y asimismo de haberse sentenciado el divorcio; de esta demanda se dá traslado al marido y se sigue el incidente por los trámites de la via ordinaria.

SECCION V.

DEL JUICIO SOBRE NULIDAD DEL MATRIMONIO.

425. Este juicio tiene lugar cuando se ha contraido el matrimonio con alguno de los impedimentos llamados dirimientes, esto es, que estorban contraer el enlace, y contraido lo destruyen, pudiendo cada uno de los consortes casarse con otra persona.

Los autores comprenden los impedimentos dirimientes en los siguientes versos:

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas.
Si sis affinis, si forte cohíre nequibis
Si parochi et duplicis desit presentia testis
Raptave sit mulier, nec parti reddita tutae;
Haec facienda vetant, cognubia facta retractant.

De todos ellos se ha tratado en el tomo 1.º del Febrero, seccion 4.º del titulo 4.º

Es tambien nulo el matrimonio con relacion al derecho natural, cuando se contrae por los que no tienen la edad competente, á no que aparecieren idóneos por haber tenido sucesion; por los que están locos ó dementes, puesto que no pueden consentir, ó por los impotentes con anterioridad á la celebracion del matrimonio, de un modo absoluto, ya fuera por naturaleza ó por accidente; mas no por los estériles, por lo difícil que es su prueba, pues suelen con el tiempo tener sucesion, y asimismo por haberse revocado el poder para contraerlo, cuando se efectúa de este modo, y no haberse revalidado despues.

426. Para que se declare la nulidad del matrimonio, es necesario recurrir á la autoridad competente, la cual es la eclesiástica, pues los cónyuges no pueden separarse por su solo consentimiento, anulando su enlace.

La instancia para la nulidad puede intentarse ó por solo los cónyuges ó de oficio ó por cualquier persona. Pueden interponer demanda de nulidad solamente los cónyuges, cuando el impedimento fuere solo de los relativos al consentimiento, bienestar ó mutacion de la vida de los cónyuges, como la fuerza, el error, el miedo, etc., y en tales casos, pueden los cónyuges aun despues de interpuesta la demanda consentir en permanecer en su union. Puede promoverse la instancia de oficio, ó por quien tenga noticia del impedimento, cuando este tiene su origen en el interés público. Tales son por ejemplo los de consanguinidad y afinidad y demas opuestos á los altos fines sociales y políticos en que se funda su establecimiento, pues interesa á los individuos de la sociedad que no se obre en oposicion

á aquellos fines: cap. 4, tít. 18, lib. 4 de las Decretales de Gregorio IX: cap. 2 y final, de *conjugio servorum*; ley 3, tít. 9, Part. 4.

Segun el derecho antiguo de las Decretales, no podia separarse á los impotentes cuando habiendo contraido matrimonio ignorando el impedimento, se convenian en vivir como hermanos; mas la disciplina moderna ha establecido que se declaren nulos dichos matrimonios para evitar uniones torpes, si bien en tales casos, debe el juez proceder con suma prudencia, y solo cuando conste públicamente la certeza del impedimento espresado: Sixto V citado por Sanchez, lib. 7, disposicion 92, núm. 17 y disposicion 97, núm. 5. Cuando los cónyuges reclaman la nulidad por dicha causa, no basta la confesion del acusado como impotente para declararla, porque puede ser fraudulenta con el objeto de librarse de su consorte, sino que deberá preceder reconocimiento pericial, en virtud del que se declare la existencia del impedimento. Contradiéndose el impedimento por alguno de los cónyuges, se procede á la práctica de otras pruebas que lo hagan constar. Cuando aparece dudosa la impotencia, ó no se puede averiguar si es temporal ó perpétua, se dá á los cónyuges el plazo de tres años para que vivan juntos, recibiendo juramento de que procurarán cohabitar, y si no lo consiguieren, debe declararse perpétua la impotencia, previos los competentes reconocimientos, y toma de juramento á los consortes de que procuraron la cohabitacion, á siete parientes del varon y á otros siete de la mujer, y en su falta, á igual número de vecinos de que creen que los consortes han jurado con verdad: leyes 5 y 6, tít. 8, Part. 4. Si la impotencia era de la mujer se señala un término mas breve: Berardi, cap. 2, *Dissert. 4.*

Debiendo estarse siempre en caso de duda por la validez del matrimonio, se sigue, que cuando uno de los dos cónyuges niegue que consumó el matrimonio y el otro lo afirme, y no hubiese señales ciertas, se está por el dicho del que afirma.

Cuando se duda sobre si es ó no anterior al matrimonio la impotencia, se presume anterior si es intrínseca ó natural, y posterior, si estrínseca ó accidental, á no que la querella fuere en el primer mes siguiente al matrimonio: argumento de la ley 6, tít. 8, Part. 4.

Debe declararse tambien si la impotencia es absoluta ó solo relativa á la persona con quien se ha contraido el matrimonio; en el primer caso, se declara ademas de la nulidad del matrimonio actual, que no se pueda celebrar otro por el impotente: can. 29, cuest. 2, causa 24. Véase *Escricho*, artículo, *Impotencia*.

La demanda de nulidad se presenta sin necesidad de juicio de conciliacion, espresando el impedimento que existe con la debida justificacion ú ofreciéndola hacer en su caso y solicitando se declare la nulidad del matrimonio.

El juez pasa los autos al fiscal antes de la informacion, para que dé su dictámen, sobre si las causas alegadas son de las que marcan los cánones y despues de dicha informacion para que diga si de ella aparecen ciertas. Tambien se nombra un defensor del matrimonio, si el fiscal no pudiese defenderlo, quien aceptado el cargo, espone cuanto cree conducente para la defensa del vínculo: Const. de Benedicto XIV de 3 de noviembre de 1744.

El juez da traslado de la demanda y de lo que espone el defensor al consorte que se opusiere á ella, y visto, admite ó desecha la demanda,

siguiéndose los trámites del juicio ordinario en el primer caso, debiendo oír al defensor antes de tomar providencias, y entendiéndose con él todos los trámites hasta dar sentencia, de la que apelará dicho defensor si así no lo hiciere ninguno de los cónyuges, presentándose como actor en el tribunal superior hasta que se nombre otro defensor. La sentencia definitiva no pasa en autoridad de cosa juzgada, de suerte que siempre puede abrirse el juicio fenecido y admitirse nuevas alegaciones y pruebas para que se varíe la providencia: cap. 7, X. de sent. et *re judicata*.

Acerca de la prueba de testigos que es la mas frecuente en las causas de nulidad de matrimonio, debe advertirse, que cuando se trate de averiguar el impedimento que consiste en la cognacion, pueden admitirse los parientes de los cónyuges, á pesar de que por regla general son excluidos en las causas de sus parientes, pues en las causas matrimoniales se admiten todos los que pueden tener noticia del hecho que se trata de averiguar; que no testifiquen de oídas, sino que den por sí noticia de la causa porque debe disolverse el matrimonio: cap. 47, tít. 20, lib. 2 de las Decretales: Que cuando testifiquen sobre grados de cognacion, deben hacerlo por lo menos desde los hermanos carnales de que descenden, pues no basta que lo hagan desde el grado segundo de cognacion: cap. 7, título 14, lib. 4 de las Decretales.

La nulidad del matrimonio produce la nulidad de sus efectos, á no que se hubiese contraido ignorando la causa de la nulidad, y que esta buena fé subsista posteriormente, pues en cuanto cesare, el matrimonio dejará de producir sus efectos, y en su consecuencia los hijos habidos desde entonces, serán considerados como ilegítimos, respecto del que tuviere mala fé: leyes 2 y 3, tít. 5, Part. 4.