

TÍTULO IV

DEL DIVORCIO Y DE LA DISOLUCION Y NULIDAD DEL MATRIMONIO

PARTE PRIMERA

Del divorcio y de la disolucion y nulidad del matrimonio canónico.

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DIVORCIO

SECCION PRIMERA

DE LA NATURALEZA Y CAUSAS DEL DIVORCIO

Artículo 142.—El divorcio no disuelve el matrimonio; suspendiendo tan sólo la vida comun de los cónyuges y sus efectos.

ORIGENES

Ley 2.^a, tit. X, Partida 4.^a
Conc. Trid., sess. 24 de ref. mat. cán. VIII.

CONCORDANCIAS

Concuenda con: Ley 8 Marzo 1816, Francia.—
Art. 148 Cód. Italia.—1203 al 1230 Portugal.—
111 Austria.—42 Baviera.

COMENTARIO

La palabra *divorcio* entre los romanos significaba legítima disolucion del vínculo matrimonial en vida de ambos cónyuges, de tal manera, que despues de él era lícito contraer otro matrimonio. Existía ademas el *repudio*, que no era lo mismo que el divorcio, pues dice Modestino que: *hay divorcio cuando es entre marido y muger; pero el repudio parece se envia á la esposa, el cual sin que sea un absurdo recae en la persona de la muger.*

Entre los hebreos, «si un hombre se casa con una mujer y despues no es agradable á sus ojos en razon de alguna torpeza, escribirá una carta de repudio, se la pondrá en la mano y la despedirá de su casa.»

En varios pueblos y en épocas diversas se ha admitido el divorcio unas veces y el repudio otras.

El Fuero Juzgo lo admitió en ciertos casos y por ciertos delitos.

Gregorio II lo permitió *si mulier infirmitate correpta, matrimonio inepta evaderet*. San Mateo había dicho (1): *Quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit mœchatur: et qui dimissam duxerit mœchatur*. Con este motivo ha sido larga y animada la discusion que se ha sostenido acerca de las causas que podían motivar el divorcio, y de la extension é importancia de éste. San Agustin, el cardenal Cayetano, Ambrosio Catarini, Origenes, Inocencio I, Hincmaro de Reims, Teodoro de Cantorberi y otros muchos tercia-

(1) Cap. XIX, v. 9.º

ron en la interesante polémica tratando de interpretar las palabras de San Mateo.

El Concilio de Trento (1) anatematiza á los que afirman que yerra la Iglesia cuando enseña que segun la doctrina evangélica y apostólica, ni áun por el adulterio puede disolverse el vínculo matrimonial.

En otro lugar dejamos expuesta con más extension la diversidad de doctrina sobre este punto.

Hoy, por consiguiente, con arreglo á la disciplina vigente en España, el divorcio no disuelve el vínculo, limitándose á suspender la vida comun de los cónyuges.

¿Es el divorcio fuente de inmoralidad, ó correctivo del vicio? Cuestion debatidísima es ésta, que no ha de obtener fácilmente el concurso de todas las opiniones.

«Pido,—ha dicho Cabarrús,—á todo hombre sincero que me responda si está bastante seguro de querer siempre la misma mujer y no querer á otra; le suplico que cotejando inconvenientes, pues ésta es toda la perfeccion humana, decida en dónde los encuentra mayores: en el divorcio ó en el estado actual de nuestras costumbres.»

«Sin duda,—ha dicho Treilhard,—el divorcio ó la separacion de los padres forma en la vida una época bien funesta; pero ni el acto del divorcio ni la separacion constituyen el mal; es el cuadro espantoso de la guerra intestina que ha hecho esos actos necesarios.»

Y Gutierrez contesta: «mal conocen el corazon humano los que pretenden calmar por concesiones las impetuosas exigencias de la pasion. Los deseos que se desencadenan con sólo ver un átomo de esperanza, ceden y se extinguen ante un solo obstáculo; la imposibilidad... ademas, la inmoralidad triunfa, empezando por corromper los matrimonios: las tablas de proscripción y los libelos de divorcio se escriben y se firman en el mismo lugar y en la misma hora. La historia recuerda el divorcio de Pompeyo por orden de Sila, el de Antonio, etc... de modo que como oportunamente alguien ha dicho, las lágrimas de los esposos y la sangre de los pueblos corren á un mismo tiempo... tal es el triste efecto de una facultad que no se concibe, ni es posible sin el abuso.»

Los adicionadores de Escriche replican: «En vano se alegrará que si se permitiera el divorcio por el mutuo disentiimiento de los divorciados,

(1) Sess. XXV de Sac. Mat., cán. 7.º

la sociedad y sus más caros intereses quedarían entregados á las pasiones ó al capricho de los cónyuges mal avenidos ó ya cansados del cumplimiento de sus deberes, porque esto que podrá ser una razon de utilidad, no puede ser una razon de justicia; jamas se persuadirá á los que deseen separarse que hay beneficio social en que continúe un lazo que contrajeron amantes y quieren, de comun acuerdo, romper porque les es odioso, y áun persuadiéndoselo, no es fácil convencerles de que á ese beneficio social deben sacrificar la felicidad de toda su vida, impotentes para romper la pesada cadena que arrastran maldiciéndola. Debería la ley cuando ménos, consignar como necesarios ciertos requisitos para que pudiera tener efecto la separacion total; pero sentando el principio lógico é indestructible de la licitud del divorcio, cuando se cumplieran aquellas condiciones, por ser lo natural del contrato romperse por el mutuo consentimiento: puede regularse un principio, pero no negarse en absoluto; puede reglamentarse un derecho, pero no destruirse atacando la base esencial que lo constituye.»

En nuestro entender, el odio, el odio, el cuadro espantoso de la guerra intestina, en una palabra, que surge á veces y arrastra á las familias á la desesperacion y eterna desventura, es un problema y un problema gravísimo; ¿es el divorcio en cuanto al vínculo el término de ese problema? ¿Tiene siquiera resolucion posible?

No nos atrevemos á decirlo.

Las costumbres y los juicios que se forman por la opinion pública, serían el mejor lenitivo á tan grave mal, si se encauzasen por la senda de lo que la moral exige.

Mas, sea de ello lo que quiera, la doctrina vigente, tanto tratándose de matrimonios canónicos como puramente civiles, es la indisolubilidad en cuanto al vínculo, que no se desata por medio alguno. Las excepciones á este principio que la Iglesia admite, tendrán explicacion en su lugar, así como los efectos, perpetuos ó temporales, de la separacion de los cónyuges.

Artículo 143.—El conocimiento de las causas de divorcio pertenece exclusivamente á los tribunales eclesiásticos.

ORIGENES

Ley 2.^a, tit. IX, Partida 4.^a

Ley 7.^a, tit. X, Partida 4.^a

Conc. Trid., sess. XXIV, cán. XII.

COMENTARIO

Aceptada la legislación canónica como vigente para los matrimonios celebrados en España por los católicos, pareció natural aceptar la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos como la única competente para aplicar sus propias leyes.

Así venía practicándose antes de 1870, y así volvió á practicarse por virtud del Decreto de 9 de Febrero de 1875.

El Proyecto de Código civil introdujo una variación que debemos recordar. En aquel proyecto faltó, sin duda, valor suficiente para reivindicar por completo el poder legislativo *magistático, imprescriptible é inalienable* de que la sociedad civil no puede desprenderse; así es, que se conservó el matrimonio canónico tal y como existía, con arreglo á las disposiciones tridentinas.

Pero en el art. 75 estableció, que el conocimiento de las causas de divorcio perteneciese exclusivamente á los tribunales civiles. Es decir, que se consignaba una distinción entre el *vínculo sacramental*, acerca del que nada se había de tolerar á los tribunales civiles, y el acto meramente civil de autorizar á los cónyuges á tener domicilio separado mediante justa causa, dejando siempre á salvo la santidad é indisolubilidad del vínculo.

A nuestro juicio, es preferible la doctrina sustentada por la ley del Matrimonio civil; pero en último caso entendemos que, tanto las causas que justifiquen el divorcio, como el procedimiento para obtenerlo, ha de someterse en un todo á disposiciones puramente civiles, puesto que, aun concediendo al matrimonio el carácter exclusivo de sacramento, en nada toca al mismo la separación de los bienes y de la habitación.

La querrela de adulterio, las reclamaciones de alimentos, de litisexpensas, de restitución de dotes, etc., etc., se producen ante los tribunales ordinarios. Ahora bien, de mayor importancia son algunos de estos asuntos sometidos á la jurisdicción ordinaria.

¿Qué es, al fin y al cabo, una sentencia ejecutoria por adulterio ó por sevicia? ¿No es anormal que todo esto puedan hacerlo los jueces del fuero común, y que «la esposa cuyo marido está sufriendo diez años de presidio ó acaso trabajos perpetuos, no se tenga por legalmente divorciada si no acude al eclesiástico, quien, después de

los gastos y molestias de un nuevo proceso, podrá fallar en sentido contrario?»

Artículo 144.—Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, corresponderá á los tribunales ordinarios el conocimiento de las cuestiones sobre alimentos, litisexpensas y restitución de dotes, que se susciten con ocasión de las demandas de divorcio.

ORÍGENES

Ley 20, tit. I, lib. II, Nov. Rec.

COMENTARIO

La creencia de que el divorcio es algo que se refiere muy directamente al vínculo sacramental, tal vez porque en algún tiempo ha sucedido así, ha hecho que se establezca dentro del divorcio una división de materias entre lo más y lo menos profano, por decirlo así; entre el divorcio mismo y los incidentes que le acompañan.

Esta ha sido la causa de lo dispuesto en nuestro artículo.

Después de lo que dejamos consignado en el comentario del artículo anterior, no es necesario añadir que encontramos justa la disposición de la ley recopilada, por más que entre este precepto y el del artículo anterior hallemos patente una contradicción que el Proyecto de Código resolvía.

Artículo 145.—Los cónyuges no podrán divorciarse, ni aun separarse por mutuo consentimiento: para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial.

ORÍGENES

Proem. tit. X, Partida 4.^a

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 307 Cód. Francia y ley 8 Marzo 1816.—140 Cerdeña.—222 Nápoles.—140 Luisiana.—263 Holanda.—134 Vaud.

JURISPRUDENCIA

El matrimonio se estima subsistente para todos los efectos civiles, mientras no haya sentencia firme que autorice la separación. (Sentencia 23 Abril y 8 Octubre 1866.)

COMENTARIO

¿Debe tener lugar el divorcio por mutuo disenso de marido y mujer?

La ley francesa admitió el divorcio cuando así lo solicitaban de comun acuerdo los cónyuges.

En 1816 se abolió esta clase de divorcio.

No hemos de repetir aquí lo que en otro lugar dejamos consignado respecto á las diversas opiniones que se sustentan acerca de la conveniencia ó inconveniencia del divorcio en cuanto al vínculo, tanto por disentimiento mutuo de los cónyuges como por otros motivos.

¿Debe tener lugar la separación de los casados por acuerdo de los mismos?

De ninguna manera; cualquiera que sea la opinión que se sustente respecto al divorcio, nadie ha podido creer que los cónyuges estaban autorizados para separarse convencionalmente y sin que para ello precediera justa causa, si quiera ésta no fuera otra que el mutuo disenso, y además la sanción y mandato de la autoridad judicial.

Dejar á los casados en libertad de decidir por sí los más graves problemas y cortar las excisiones más profundas y trascendentales de la familia, equivalía en último caso á llegar, no ya al divorcio como se pretende por algunas escuelas, sino á algo más perturbador que el abuso del repudio mismo.

Ninguna ley autoriza, por tanto, que los cónyuges sean á un tiempo juez y parte en este asunto.

El escándalo á que se llegaría por la tolerancia, los males gravísimos que con ello habían de producirse á la prole, han aconsejado al legislador este precepto, cuyos efectos no alcanzarán seguramente á que la autoridad vaya de casa en casa obligando á vivir juntos á aquellos á quienes un lazo que se ha hecho odioso, ha separado de la vida común, pero sí á negar efectos jurídicos á estas separaciones convencionales. Los efectos del divorcio, pues, no tienen ni pueden tener lugar más que por el oportuno fallo declaratorio del divorcio; y las separaciones convencionales, como no reconocidas ni sancionadas por el legislador, son de resultados completamente ineficaces á los ojos de la ley.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, siendo por lo mismo nulos los contratos que con el mencionado objeto formalicen los cónyuges. La ley 2.^a, tit. X, Partida 4.^a, prohíbe que la separación se someta á juicio de árbitros.

Artículo 146.—El divorcio *quoad thorum et habitationem* se rige por los sagrados cá-

nonnes en cuanto á las justas causas que lo motivan y modo de obtenerlo.

ORÍGENES

Ley 13, tit. I, lib. I, Nov. Rec.
R. D. 9 Febrero 1875.

COMENTARIO

Ya lo hemos dicho, por Real Cédula de 12 de Julio de 1564 (ley recopilada que citamos) se aceptaron por el rey Felipe II las disposiciones canónicas respecto al matrimonio: «hemos aceptado y recibido, aceptamos y recibimos el dicho sacrosanto Concilio (el de Trento), y queremos que en estos nuestros reinos sea guardado, cumplido y ejecutado.»

Vamos á dar una idea sucinta de las leyes de la Iglesia, pues no hemos juzgado que pudieran formar parte del articulado de este Código.

El divorcio puede ser en cuanto al vínculo que desata completamente el sacramento, y de él hablaremos en el capítulo de nulidad; y divorcio que algunos canonistas llaman parcial, y cuyos efectos quedan limitados *ad thorum et habitationem*.

Este divorcio, cuyos efectos veremos más tarde, es de dos clases: perpetuo y temporal, cuya condición explican perfectamente las palabras con que se les designa.

Divorcio perpetuo: Las causas del divorcio perpetuo son, entre otras de escasa importancia, las siguientes:

1.^a *El adulterio*.—Sobre esta causa de divorcio se ha discutido largamente, y la disciplina ha sido varia, según en otro lugar hemos dicho.

La *fornicatio* de que hablan los canonistas ha merecido diversas interpretaciones, pues en tanto que algunos (Tertuliano, Lactancio, Basilio, Jerónimo, Crisóstomo, etc.) comprenden en ella, no sólo el ayuntamiento carnal, sino la apostasía y otros actos de esta naturaleza, otros circunscriben la significación de la palabra al trato deshonesto.

Hoy la palabra adulterio ha venido á dar más claridad á este punto.

El adulterio de cualquiera de los cónyuges es suficiente causa de divorcio, y debemos hacer notar la diferencia entre la ley canónica y la civil, pues en tanto que ésta exige para que el adulterio del marido sea causa del divorcio, que sea con escándalo público ó con el abandono completo de la mujer, ó que el adúltero tenga

á su cómplice en la casa conyugal, la ley canónica no hace distincion ninguna entre el adulterio del marido y el de la mujer.

Tambien debe tenerse presente que si ambos cónyuges fueren adúlteros, ninguno de ellos podrá reclamar el divorcio.

La remision de la injuria priva de accion para entablar el divorcio; mas téngase presente que el continuar la adúltera en la habitacion de su marido, el que la acompañe éste á los paseos y teatros despues de haber sido sorprendida con el adúltero, no supone el consentimiento de su infidelidad ni el perdon, y ménos cuando el marido formaliza querrela y continúa siendo parte en la causa para la imposicion de la pena (Sent. Trib. Supr. 23 Junio 1874).

Por último, hay una ley que ignoramos si se practica (la 6.^a, tít. X, Partida 4.^a), donde se dice: «*si despues desto ficiese fornicio el marido con otra muger, puedelo demandar la muger que torne a ella e debe la Eglefia apremiar que lo faga... E esto es porque cayendo en tal pecado entiéndese que renunció la sentencia.*»

2.^a *La sevicia*.—Si tanta sit viri savitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri. Los malos tratamientos inferidos por el marido á la mujer, las injurias graves, las amenazas continuas, las asechanzas para quitarle la vida, aunque sean de la mujer al marido, constituye lo que se llama sevicia, y causa bastante para el divorcio.

3.^a *Herejía*.—El cónyuge que incurre en herejía, es un peligro constante para el fiel: por eso se le permite separar el lecho. La ley del Matrimonio civil tiene un principio análogo, aunque más racional: violencia moral ó física ejercida por el marido sobre la mujer, para obligarla á cambiar de religion: aunque tal vez debiera tenerse presente por la ley idéntica violencia ejercida por la mujer sobre el marido (la moral sobre todo, que es poderosa), es de aplaudir que el sólo cambio de religion no sea por sí solo causa bastante para el divorcio.

4.^a *Ser el marido ocasion de pecado para la mujer*.—Si el marido intentare prostituir á su mujer, ó corromperla ó la indujere, como dicen los canonistas, á cometer un pecado mortal, el divorcio es consiguiente.

Tales son las principales causas de divorcio que enumeran los autores. Algunos consignan ademas las siguientes: 1.^a, si se ha comunicado algun mal y continúa en una vida disoluta el marido: 2.^a, si le ha acusado de adulterio ó de otro delito grave sin probarlo á juicio de los

tribunales: 3.^a, el odio capital que le profese el otro cónyuge.

Acerca de todos estos puntos no son unánimes las opiniones de los autores, y lo cierto es que las disposiciones canónicas no son todo lo claras que fuera de desear.

Hemos dicho que hay ademas divorcio temporal, llamado separacion, y ésta se produce por varias causas, siendo las principales:

1.^a Si el marido muda constantemente de lugar de residencia, sin causa que justifique estas variaciones, ó si el clima ó el cambio del mismo produce á la mujer grave peligro espiritual ó corporal (1).

Las leyes civiles (art. 48 ley Matrimonio civil), solamente eximen á la mujer de la obligacion de vivir en compañía del marido y seguirle donde traslade su domicilio ó residencia cuando medie justa causa y la residencia elegida por el marido sea en país extranjero. Antes de esta ley se hacia idéntica excepcion cuando el marido trasladaba su residencia á nuestras posesiones de Ultramar.

2.^a Por voluntad de ambos cónyuges (2), pues en caso de solicitarlo ambos de comun acuerdo y previa la licencia eclesiástica, pueden separar el domicilio, siempre que no haya peligro de incontinencia ó medie alguna justa causa.

Tambien habrá lugar á la separacion temporal en los mismos casos en que proceda el divorcio, así como por enfermedad, demencia, etc.

Artículo 147.—El divorcio solamente podrá ser reclamado por el cónyuge inocente.

ORÍGENES

Ley 7.^a, tít. IX, Partida 4.^a

JURISPRUDENCIA

Sent. 9 Enero 1873.

COMENTARIO

El divorcio es una satisfaccion dada al cónyuge inocente, es una reparacion á su honor lastimado. En este concepto, solamente el inocente puede alejar de sí al criminal. El delito de éste no ha de aprovechar á su mismo autor; no ha de poder éste añadir al agravio inferido á su cónyuge el que inferiria á la moral y á la sociedad toda, basando en su propia falta una peti-

(1) Bouvier. *De matrimonio*.

(2) 1.^a *Epis ad Corinth.*, cap. VII, v. 5.^o

cion de libertad que le permita aumentarlas.

Por eso ninguna ley ha concedido ni podido conceder al cónyuge culpable accion para entablar la demanda de divorcio. Esta facultad corresponde toda íntegra al inocente, quien pue-

de abandonarla si estima ménos perjudicial el perdon que la venganza.

Y si el cónyuge inocente se incapacita, ¿quién podrá reclamar el divorcio? ¿se entenderá renunciada la accion? Nada dice la ley sobre este punto.

SECCION SEGUNDA

DE LAS DISPOSICIONES PRELIMINARES DEL DIVORCIO

Artículo 148.—Entablada la demanda de divorcio por el marido, ó ántes si fuere la mujer la que haya de intentarla, procederá el depósito de ésta en los términos que previene la ley.

ORÍGENES

Art. 1277 Ley Enjuic. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 267 Cód. Francia.—144 Luisiana.—269 Holanda.—137 Vaud.

COMENTARIO

Ya hemos dicho en otro lugar que con arreglo á la legislacion vigente en materia de divorcios canónicos, existe una division en cuanto al procedimiento, pues mientras la tramitacion principal y todo lo referente á la esencia del divorcio es puramente eclesiástico, y en tal concepto á la autoridad eclesiástica corresponde conocer exclusivamente de ello, hay otros, incidentes pudiéramos llamarlos, cuya tramitacion es especial, y que se someten en un todo á disposiciones puramente civiles y ante los tribunales ordinarios.

Uno de estos incidentes es la separacion provisional de los cónyuges, es el depósito de la mujer que intenta ó se propone intentar demanda de divorcio, ó cuyo marido la tiene ya entablada.

Esta disposicion se consigna en la ley de Enjuiciamiento civil. Por esto, siendo una ley puramente adjetiva la que contiene el precepto, parece que no debiera consignarse en este Código. Nuestro propósito ha sido formar un Código sustantivo, y por consiguiente, que en él no hubiera disposiciones de carácter adjetivo. Sin embargo, la disposicion de este artículo, consignada en una ley de procedimiento, ha debido

formar parte de este libro por dos razones principales: 1.^a, porque la ley del Matrimonio civil, en su capítulo correspondiente (art. 87), ha fijado el mismo principio, y por tanto, de no haber colocado en este lugar la doctrina de la ley de Enjuiciamiento, hubiera quedado como manco el articulado, toda vez que un mismo precepto se omitía respecto á los divorcios canónicos, y se hacia constar respecto de los puramente civiles; y 2.^a, porque á nuestro entender, lo dispuesto en este artículo forma una ley verdaderamente sustantiva, por más que sea adjetivo el cuerpo legal que lo consagra. Por otra parte, son muchos los Códigos que no olvidan idéntica disposicion.

Lo mismo decimos del artículo siguiente, cuya doctrina tomamos igualmente de la ley de Enjuiciamiento civil.

No es extraño ver estas confusiones en nuestras leyes, donde se mezclan no pocas veces disposiciones de carácter puramente reglamentario, con preceptos verdaderamente de ley. Nuestro criterio en este punto ha sido no omitir nada de lo reglamentario que va incluido en leyes sustantivas, introduciendo al mismo tiempo disposiciones sustantivas, aun cuando hallen vida en leyes de otro carácter.

Artículo 149.—Tambien procederá el depósito de los hijos cuando la causa que motive la demanda de divorcio sea los malos tratamientos inferidos á los mismos, ó la tentativa de corromperlos ó prostituirlos.

ORÍGENES

Art. 1277 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Sent. 27 Noviembre 1872.