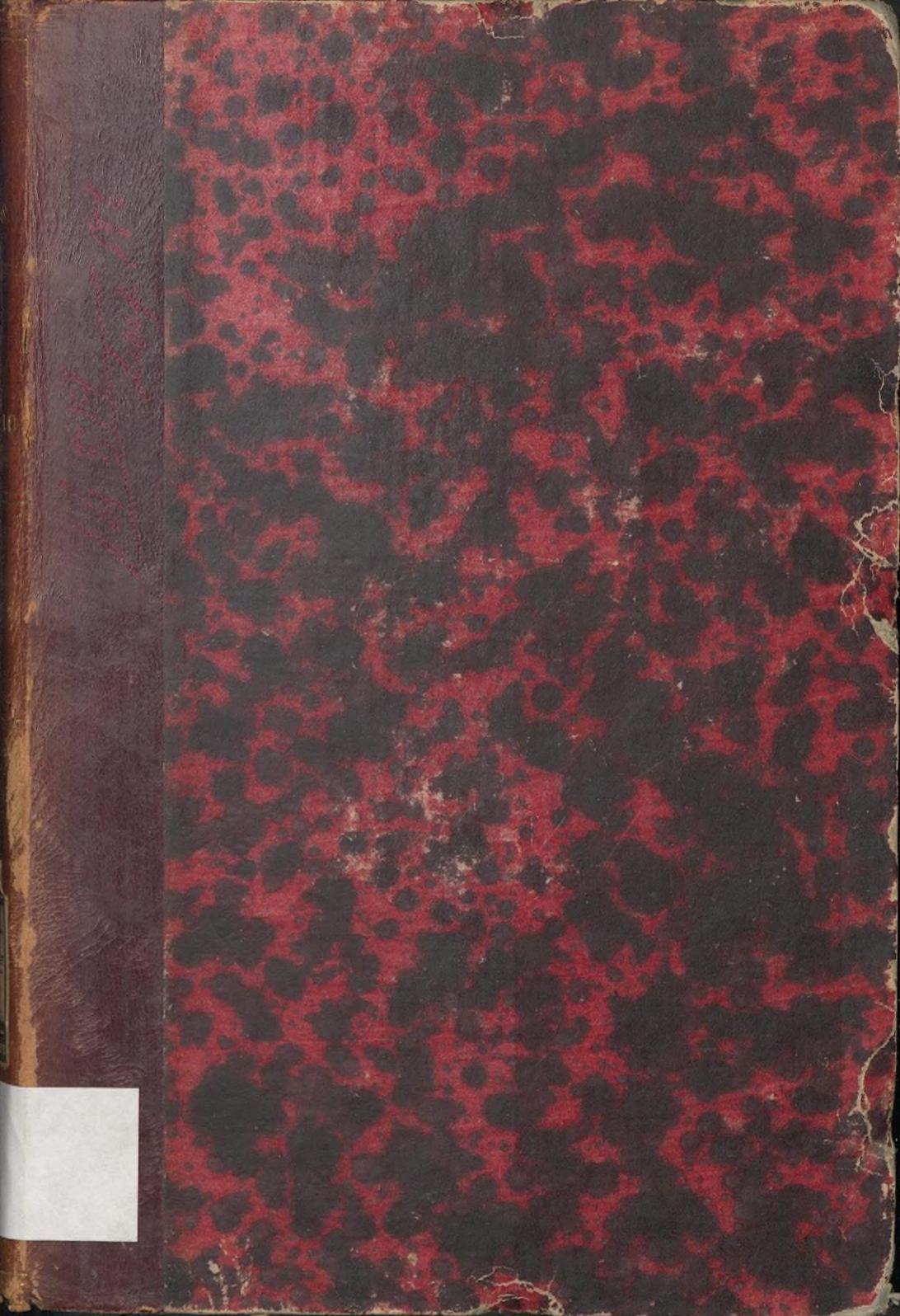


RIVERA  
—  
EL  
DIVORCIO

BIBLIOT. UNIV.  
—\*—  
EST. 32.  
TABLA 6.<sup>a</sup>  
No 7.  
—\*—  
ARTES Y OFICIOS

L47  
1013







32-6<sup>ca</sup>, n<sup>o</sup> 7.

247-1013

14 519

Sept 1848

# EL DIVORCIO

SEGUN LA LEY

DE

## MATRIMONIO CIVIL,

EN SUS RELACIONES

CON LA MORAL Y EL DERECHO CANONICO,

POR

**D. MANUEL DE RIVERA DELGADO,**

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID.

*Editor propietario  
Marcos Sanchez*



MADRID,

Librería de SANCHEZ, Calle de Carretas, núm. 21.

1873.



9091

32-6<sup>ca</sup>, v. 7.

247-1013

14 519

1848

# EL DIVORCIO

SEGUN LA LEY

DE

## MATRIMONIO CIVIL,

EN SUS RELACIONES

CON LA MORAL Y EL DERECHO CANONICO,

POR

**D. MANUEL DE RIVERA DELGADO,**

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID.

*Editor propietario  
Marcos Sanchez*



*[Handwritten signature]*

MADRID,

Librería de SANCHEZ, Calle de Carretas, núm. 21.

1873.



9091

*M. 219*  
*Exp. 1047*

# EL DIVORCIO

SEGUN LA LEY

DE

# MATRIMONIO CIVIL

EN SUS DELICIONES

CON LA MORAL Y EL DERECHO CANONICO

Es propiedad.

POR

D. MANUEL DE RIVERA DELGADO

ABOGADO DEL REY EN ESTE COLEGIO DE MADRID

*Manuel de Rivera Delgado*  
*Abogado del Rey en este Colegio de Madrid*



MADRID

Librería de SANCHEZ, Calle de Carretas, núm. 21.

MADRID: 1875.—Imp. de la V. é hijas de A. Peñuelas, Calatrava, 8.

9091

## INTRODUCCION.

Objeto de la mayor atencion y estudio de parte de todos los Gobiernos la reforma de la legislacion, no hay pueblo que desde hace un siglo crea aceptables sus viejas leyes; no hay sistema politico que á sus conquistas y progresos en la ordenacion de los poderes y de la administracion pública, deje de añadir algun progreso innovador del derecho civil y penal.

Era el derecho penal antiguo tan defectuoso y tan irracional, que exigia una inmediata reforma; y habia en el derecho civil un maridaje de instituciones romanas y de inspiraciones canónicas, que no podrian sobrevivir al tenaz empeño de derribar lo antiguo y de renunciar á la influencia y dominio de la Iglesia en el nacimiento y desarrollo de nuevas instituciones.

Voltaire elogiaba la institucion del matrimonio civil creada á la sazón en Austria; se indignaba contra la indisolubilidad del vínculo en el matrimonio, y tuvo en ésta, como en otras de sus doctri-



nas, esos prosélitos que más tarde habian de invadir las Asambleas legislativas, conquistando para el matrimonio la propiedad de disoluble.

El triunfo fué momentáneo; la sociedad hizo justicia á la Iglesia, y la ley civil reconoció en la canónica una indisputable superioridad para dar consistencia á la unidad social, que es la familia.

Este tributo al concepto canónico del matrimonio, se ha rendido tambien por nuestros legisladores; y la ley del matrimonio civil no cede en cuanto al divorcio en buena y sana doctrina.

La importancia de la institucion era grande; la reforma era trascendental: la institucion de alimentos á favor del hermano pobre, la pátria potestad en la madre, los impedimentos sometidos á la potestad civil y la condicion de naturales dada á los hijos de matrimonio canónico, eran reformas que exigian grandes discusiones, grandes debates y algunos volúmenes que descubrieran el interés que la sociedad civil debia tener y el estudio que debian merecerle estas doctrinas.

Nada sério, nada levantado se ha producido, y parece como que el derecho se modifica y se transforma sin gran sensacion en el mundo de las ideas.

¿Acaso el carácter de provisional que la ley tiene justifica esta indiferencia? No debe suceder así. Lo provisional es, por una ley fatalisima, definitivo en nuestro pueblo; y de no serlo, figura como un

ensayo entregado al tiempo, á la experiencia y al estudio de los jurisconsultos para que sirva de enseñanza su contenido y su texto de blanco crítico al que se dirijan las observaciones oportunas para el día de su correccion.

Desgraciadamente no se ha cultivado la doctrina de la ley, y es defendida ó impugnada, no segun el criterio jurídico, sino segun la idea política más propia para la impugnacion ó la defensa.

Hay, sin embargo, doctrinas en la ley, que pueden ser aceptadas por todos los sistemas; y la del divorcio, en sus causas y efectos, nada deja que desear al más escrupuloso en esta materia.

Por eso el autor de este ensayo ha preferido la materia del divorcio para un estudio crítico-legal, cuya publicacion se justifica únicamente por el objeto moral que en todo el libro domina.

La moral y el derecho tienen una correlacion tan perfecta, su accion sobre la naturaleza social, su participacion en los progresos humanos son tan iguales y tan necesarias, que únicamente de su consorcio nacen las instituciones duraderas, las que tienen conformidad con la justicia absoluta, que es el fin racional de toda ley.

El derecho como ciencia solo permite una exposicion doctrinal, ó lo más una enseñanza; la moral como regla universal de vida permite un mandato en su nombre, ó á lo ménos un consejo. Por eso no es inútil ni estéril un libro, siquiera sea lige-

ro, desaliñado y escaso de doctrina, siempre que respire ideas morales y haga la apología de la virtud en aquellos estados de la vida en que la virtud es felicísimamente un objeto del derecho, un fin especial de la ley.

Alguna vez no ha sido la moral solo objeto de encomio, ha sido la religion católica y sus doctores; pero sea lícito creer que la Iglesia es una madre olvidada por el desagradecido derecho familiar moderno, que sus doctores son maestros de fecunda y rica enseñanza en derecho y en literatura; y que cien años de desapego injusto á aquellas luminosas obras no han de debilitar la veneracion con que deben ser consultadas y el valor con que debe ser aconsejado su estudio.

Quien pretenda dominar la doctrina del matrimonio como institucion jurídica, conocer su naturaleza y la del divorcio, qué es una institucion aneja á la del matrimonio; quien pretenda sentar teorías, ponderar la fuerza de sistemas encontrados, dar fórmulas precisas, expresion clara y ley justa en el derecho conyugal, no puede prescindir de la doctrina de la Iglesia; habrá de reconocer que tanto como la institucion humana puede acercarse al ideal de la perfeccion en la vida, se acerca la doctrina de la Iglesia.

En prueba de la sinceridad é imparcial ánimo de este juicio, será oportuno decir á quienes cueste violencia el reconocer el matrimonio canónico

como el más perfecto, que si hubiéramos de hacer la apología de la pátria potestad, presentaríamos por modelo el derecho de Roma, la apología del constitucionalismo, presentaríamos como modelo las instituciones políticas de Inglaterra, y así sin dirigir censura á quien difiera de nuestro modo de pensar, respetando todas las opiniones, la fè de cada uno y la convicción y criterio de cada cual, ofrecemos por modelo el derecho canónico, y declaramos que sin la menor ortodoxia, sin creer uno solo de los dogmas de la Iglesia, por nuestra propia razón y criterio jurídico guiados, habríamos de decir lo mismo del matrimonio y del divorcio que lo que consta dicho en el discurso de este ensayo.

El método seguido es el que ofrece la ley. Declara ésta que el divorcio no disuelve el matrimonio, y examinamos los fundamentos morales y legales de la indisolubilidad; declara que suspende la vida comun y sus efectos, y nos hacemos el debido cargo de esta declaración.

Afirma solemnemente la ley que los cónyuges no pueden divorciarse ni aun separarse por mútuo consentimiento; que para ello y en todo caso es indispensable el mandato judicial, y ha sido conveniente exponer las razones que abonan la insuficiencia del mútuo consentimiento y la necesidad de que el mandato judicial, y solo él pueda producir legalmente el estado del divorcio.

Exponiéndose en la ley la doctrina de las cau-

sas, sería lícito apuntar algunas ideas sobre la causalidad, y así lo hemos hecho.

El adulterio que es, no solo la primera, sino la más grave causa, nos ha dado pretexto para considerarlo bajo sus aspectos moral, histórico y jurídico, señalando la diferencia del adulterio del hombre y el de la mujer, y exponiendo las condiciones que ante la ley les hace iguales, siempre que no se hayan tácita ó expresamente remitido.

Los malos tratamientos graves de obra ó de palabra inferidos por el marido á la mujer, su violencia moral ó física para que esta cambie de religion, los malos tratamientos de obra inferidos á los hijos, si pusiesen en peligro su vida, son otras causas expuestas, acaso sin el detenimiento debido, pero son bastante claros sus conceptos, y esto servirá de razonable excusa.

La tentativa del marido para prostituir á su mujer, ó la proposicion para el mismo objeto, la de uno ú otro cónyuge para corromper á sus hijos, y la complicidad en su corrupcion ó prostitucion, estas causas ofrecian campo abierto á grandes enseñanzas, á durísimos reproches; pero hay que guardar cierto recato en libros que se escriben en lengua vulgar, y por la misma razon que no hemos suscitado cuestiones médico-legales sobre el adulterio, sus medios de prueba, etc., por la misma, hemos sido breves en la exposicion de estas causas.

La condenacion por sentencia firme es la última de las causas y su carácter natural, la claridad de su solo enunciado ha sido suficiente.

Como la ley supone que el cónyuge que intenta divorciarse ha tenido la desdicha de ver violada la fé conyugal y se siente irresistiblemente movido á la separacion, reconoce solo en el cónyuge inocente el derecho de reclamar el divorcio, el derecho de que los hijos queden en su poder desde el comienzo del juicio de divorcio, y esto que es objeto de la ley, lo es de su exposicion critica.

La separacion provisional y el depósito de la mujer, así como el de los hijos en poder del cónyuge inocente, y si ámbos fuesen culpables, en poder de un tutor y curador, cuyo nombramiento debe ser acordado, el proveer de mútua conformidad los cónyuges al cuidado y educacion de los hijos, siempre que la causa del divorcio no sea la de malos tratamientos á ellos inferidos, ó la tentativa para corromperlos ó prostituirlos, la institucion de alimentos y las disposiciones necesarias para evitar que el marido perjudique á la mujer en la administracion de sus bienes, todos estos objetos, son de tan vital interés, que no podrian encomendarse al resultado de la demanda de divorcio, que es la más lenta y calmada que se conoce en el procedimiento. Así, pues, se revisten del carácter de provisionales las instituciones que nacen ántes ó luego de

ser admitida la demanda, y el tribunal, los cónyuges y los hijos pueden esperar sin superior perjuicio el resultado de la demanda en la sentencia ejecutoria que recaiga.

Una vez obtenida la sentencia ejecutoria, lo provisional se hace definitivo; los cónyuges se separan; los hijos quedan bajo la potestad y protección del cónyuge inocente, ó bajo la autoridad del tutor y curador si los padres fueren culpables, conservando la madre á su cuidado los menores de tres años, á no ser que en la sentencia de divorcio se declare incapaz para este cuidado. El cónyuge culpable pierde la patria potestad; muriendo el cónyuge inocente la recobra, si la causa no ha sido de las que constituian un criminal abuso de ella, que entonces deberá suplir á la potestad patria el tutor ó curador que se nombre. Pierde tambien el cónyuge culpable todo lo que hubiere sido dado ó prometido por el inocente ó por otra persona en consideracion á éste, pierde el derecho de conservar lo recibido por el inocente y tiene el de reclamar lo que hubiere sido prometido por el culpable. Se separan los bienes de la sociedad conyugal, y si es el marido quien hubiere dado causa al divorcio y la mujer reclamase estos bienes pierde la administracion de los de la mujer; bien así como de ser el marido inocente pierde la mujer la administracion de sus bienes, sin tener más derecho que el de reclamar alimentos, que le serán concedidos.

El divorcio; cuya causa no es la tentativa para corromper ó prostituir los hijos, ó los malos tratamientos que el padre les haya inferido, puede cesar y cesará cuando los cónyuges consientan en volver á reunirse, debiendo poner la reconciliacion en conocimiento del juez ó tribunal que hubiere dictado la sentencia ejecutoria del divorcio.

Tal es, fielmente transcrito, el contenido de la ley; tal la doctrina del derecho, y tales, tan vastos, tan importantes los puntos de derecho civil que abraza.

¿Qué estension no debia tener, qué conocimientos jurídicos no serán necesarios, qué experiencia tan dilatada y eficaz, qué serie de condiciones no deberian existir para hacer con la detencion debida y con la debida lucidez un tratado especial sobre el divorcio?

El tratado, no obstante, está hecho desde que las principales y más importantes cuestiones pertenecen al derecho civil en nuestro país trabajado por inteligencias clarísimas, y porque la falta de Código, si ha dado más lentamente las resoluciones normales de la doctrina de Jurisprudencia, ha depurado la ley de interpretaciones torcidas y fijado con precision la constitucion civil de nuestra sociedad desde remotos tiempos.

Mas tarde, cuando al Tribunal Supremo acudan demandas y deban resolverse cuestiones sobre los diferentes puntos que abraza la ley provisional

del matrimonio en lo que al divorcio atañe, tendrá la ley un comentario autorizado y seguro.

Por eso tienen ménos importancia hoy los comentarios á las leyes; por eso los estudios jurídicos han de versar tanto sobre el derecho positivo, como sobre la doctrina filosófica del derecho.

No basta al jurisconsulto, si ha de penetrar en el espacioso campo de la crítica, conocer lo que la ley dice, ni, como aconsejaba el Rey Sábio, el espíritu y sentido de ella, sino lo que debia decir ó lo que debia contener.

Aquel jóven desaplicado y revoltoso que veis en el aula, y aquel hombre reflexivo que olvida el tiempo en el salon de una biblioteca; éste del seso devanado, rico ó noble de cuna, que desdeña el estudio, y aquel desdichado plebeyo que con afanes se dedica á él, cualquiera de ellos, ó ámbos, son llamados á la Representacion nacional, y se convierten en legisladores.

Fomentad, pues, haced que sea fecundo el campo de los estudios críticos, y que desde la juventud á la vejez se cultiven, porque la crítica depura la verdad, oscurecida por los errores de la pasion política y del sistematicismo.

La pasion política ha dirigido duros ataques á la ley provisional de matrimonio civil, porque sustrae de la Iglesia esta institucion. Nada más injusto que estos ataques.

Todo lo que el matrimonio civil tiene de repug-

nante para la conciencia humana, lo tiene de aceptable y lógico para la conciencia social; lo que debe merecer los anatemas de la Iglesia, es que un miembro de la comunión católica se crea autorizado para vivir maritalmente sin haber celebrado el sacramento, sin haber puesto la unión conyugal bajo ese manto, esa protección religiosa que la santifica y embellece.

Si la Iglesia excomulga, si niega sepultura eclesiástica al católico que se llama casado sin haber celebrado el sacramento; si contra él fulmina las más severas penas canónicas, creamos que obra meritoriamente, que debe fulminarlas, que es una garantía de buenas costumbres la sanción penitencial.

Pero si la sociedad civil quiere instituir el matrimonio, porque la sociedad política ha declarado libre el ejercicio del culto, si exige para reconocer la validez del matrimonio la necesidad de que se celebre bajo las solemnidades de la ley, solemnidades más eficaces para evitar matrimonios nulos ó clandestinos, si la sociedad civil ha de dar al matrimonio tantos beneficios como instituciones civiles nacen de él, ¿por qué acusar á esa sociedad de una reforma que es lógica?

Cuando la pasión política se haya calmado; cuando los ánimos se serenen, habrá de convenirse en que la fórmula de verdad y de justicia dentro de la sociedad católica desde Benedicto XIV y dentro

de la sociedad política desde el advenimiento de la libertad de cultos, es ésta: «El matrimonio civil es un concubinato ante la Iglesia; el matrimonio católico un concubinato ante la ley; ámbos se completan produciendo una institucion especial, que por su naturaleza es religiosa; por sus efectos civil.»

Esta fórmula tiene aplicacion á todas las comuniones religiosas, porque ninguna religion es extraña al matrimonio.

Si la ley tuviera imperio sobre las costumbres, exigiria en el talon de vecindad, lo mismo que el nombre y la profesion ú oficio, la religion que se profese, y pondria entre los requisitos para contraer matrimonio civil, el haber contraido el religioso.

Cualquiera que sea, sin embargo, la resolucion de estas cuestiones, cualesquiera reformas que sobrevengan, la legislacion referente al divorcio será la misma; porque los articulos de la ley están textualmente tomados del proyecto de Código civil, hecho en una época y por unos hombres á quienes no se podia acusar de libres ni exagerados en estas materias, con tanta escrupulosidad estudiadas y tan nimiamente expuestas por ellos cuando debian propiciarse el beneplácito de todas las escuelas y teorías políticas.

Asi, pues, el divorcio es lo ménos provisional que la ley ofrece; y las reformas con que amagan á la ley los hombres que más adversarios de ella se

declaran, no tocarán ese capítulo VII, saturado de doctrina canónica y civil, autorizada aquella por su verdad, y ésta por el tiempo inmemorial de que goza y la abundante jurisprudencia en que puede ser apoyada.

Esta seguridad de la ley da ánimo suficiente para una disertación, estudio ó comentario, que podría ser luminoso, hecho con diligencia, tiempo é instrucción, que suelen faltar á quien Dios da buenos deseos de utilizarlos.

Por nuestra parte, al escribir sobre el divorcio un libro, quisiéramos escribir sobre un fenómeno jurídico raro; tan raro como en aquella época de la Roma primitiva, que, según cuentan, vivió quinientos años sin presenciar un caso de repudio ó de divorcio.

Madrid 1873.



dejaran no locar en capital VII. sálarlo de  
 doctrina canónica y civil, autorizada por la  
 verdad y ésta por el tiempo inmemorial de que  
 goza y la abundante jurisprudencia en que puede  
 ser apoyada.  
 Esta seguridad de la ley de ánimo suficiente  
 para una disertación, estudio ó comentario, que  
 podría ser juicioso, hecho con diligencia, tiempo ó  
 instrucción, que según falta á quien Dios ha  
 nos doctos de utilidades.  
 Por nuestra parte, al escribir sobre el divorcio  
 un libro, quisieramos escribir sobre un fenómeno  
 jurídico raro tan raro como en aquella época de  
 Roma primitiva, que, según cuentan, vivía  
 niños áños sin presenciar un caso de repudio ó  
 de divorcio.

Madrid 1873



# EL DIVORCIO

SEGUN LA

## LEY DE MATRIMONIO CIVIL.

### CONSIDERACIONES GENERALES.

#### I.

Instituciones como la del matrimonio, que nacen con la sociedad, son comunes á todos los tiempos, subsisten en la variedad de alteraciones y reformas, en la evolucion constante que descubre el cuadro de los humanos progresos; instituciones que sobreviven á esos cambios profundos, á esos choques violentos de civilizaciones que se suceden y de épocas que se sobreponen; instituciones, en fin, que son una entidad necesaria, una realidad suprema de la vida social; ocupan el preferente lugar que el derecho positivo las señala, se ingieren en los dogmas religiosos, penetran en lo más íntimo de la vida, y conservan al tiempo que el nombre con que la ley las designa, cierta inmutabilidad que es como esencial condicion que las perpetúa en las sociedades.

Varién las leyes, sucédanse las escuelas, refór-



mense las doctrinas religiosas; el matrimonio será siempre el cumplimiento de un fin superior que nos liga á la sociedad. Como el objeto de la ley es la justicia, el objeto de la moral la virtud, y el objeto de la religion la posesion de Dios; el objeto de la sociedad es la conservacion de la vida, la continuacion de la especie, la inmortalidad del derecho, y este objeto ni se realiza, ni se cumple sin el matrimonio; es decir, sin la union de dos sères que formen estado civil (1), que funden la familia, que constituyan el derecho.

La diferencia de sexo produce la atraccion como la diferencia de electricidad. La naturaleza que atrae los sexos y que los une, que deposita en cada uno el deseo de pertenecerse y la aspiracion de inseparabilidad, tiene su equivalencia en el derecho, á donde se refleja la ley natural para convertirse en una obligacion. El acto que produce el matrimonio, la obligacion que la ley reconoce y el deber que la moral establece, responden á un sentimiento que jamás se extingue en la vida, al sentimiento de la belleza, de la bondad y de la honestidad, que solo se cultiva en la vida perfecta, que dificilmente se halla fuera del matrimonio. Por eso, el matrimonio es objeto de una aspiracion nobilísima, constante en ambos sexos; aspiracion que el vicio amortigua, que el interés pervierte, que la ilu-

---

(1) Savigny y Nihebur, en sus inmortales obras sobre la Historia y el Derecho romanos, dan una explicacion satisfactoria de la inteligencia de la palabra *status* y la aplicacion que á este caso tiene.

sion esteriliza, pero que la razon abona, y que la virtud reclama, purifica y conserva. Por eso, cuando el fin del matrimonio se malogra, cuando no produce el venturoso estado á que se aspira, el ánimo abatido ó irritado desconoce ciego que así como la salud es consecuencia de la buena economía, así como el galardón supone el mérito, la felicidad es consecuencia de la virtud y la duracion, la eficacia y la bondad del matrimonio suponen la condicion necesaria de prácticas morales.

Quien renunciase á sus ojos no veria; quien sujetase su lengua no podria hablar; quien sus piés ligase no caminaria: ¿cómo renunciando á la moralidad se espera la dicha? ¿Cómo encadenando su espíritu á pasiones livianas se le ha de dirigir á la perfeccion? ¿Cómo entre intereses groseros se ha de cultivar el interés del amor que nace de la intimidad, de la contemplacion de la belleza ó la estimacion del mérito?

La felicidad es un resultado, y todo resultado es igual á los elementos que lo producen: la felicidad es una complacencia íntima, constante, inamisible, y toda complacencia que no penetra en la intimidad del espíritu, que es pasajera, que no dura, no produce la felicidad.

La felicidad es un resultado; como resultado general de la vida se acomoda á todas las esferas, á todos los estados particulares, pero en todos es precisa, es necesaria la virtud, única cosa que subsiste, y ni varia, ni es ineficaz. En el estado del matrimonio no solo no se puede prescindir de ella, sino que, faltando, es esta institucion una mera fórmula legal, una hi-

pócrita convencion, que dura, sin embargo, porque las instituciones han de sobreponerse á convenciones hipócritas, y han de infundir vida y aliento á las fórmulas legales.

La sociedad reconoce seguramente la sublime eficacia de esta institucion, cuando reviste de solemnidades el acto de que nace, y el hombre concibe esa sublime eficacia al considerar el dia del matrimonio, que verifica bajo la bendicion del padre y de un sacerdote; y en presencia y bajo los auspicios del misterio de la ley como el dia más solemne, como el dia más critico de la existencia.

La sociedad reconoce tambien que el malogramiento de los fines de esta institucion supone una falta, y no rehabilita fácilmente á aquel en quien la supone. Y si en el matrimonio, si en la union de dos seres hay un dia fecundo en esperanzas lisonjeras y en venturosos pensamientos, si en aquel dia el rostro del hombre se anima y ennoblece, y la mirada de la mujer irradia sublime contento, hay acaso otro dia, dia nefando, en el cual el rostro del hombre describe la vergüenza, el rostro de la mujer está bañado por la culpa; la union conyugal entra en el dominio de la maledicencia pública y se pone bajo la tutela de la ley; la ley en otro tiempo del repudio, más tarde del divorcio, y siempre de la infamia.

La sociedad culta supone y reprueba el crimen; la sociedad ignorante se burla de la deshonra; la sociedad religiosa compadece la desgracia; la sociedad vulgar, la generalidad del mundo busca en el acontecimiento una excusa del propio vicio, un motivo de

atenuacion en la propia desgracia, un consuelo triste, un incentivo pernicioso, un objeto de conversacion impúdica.

La abundancia de casos aminora su interés; la elocuente circunstancia de que sean estos comunes á todas las clases y á todos los tiempos, hace del divorcio un estado personal que puede acogerse con indiferencia. Este es precisamente el mal gravisimo que nuestra edad alcanza.

El enervamiento de las fuerzas morales trae el enervamiento de las pasiones. No es frecuente ver la passion amorosa, pero tampoco es frecuente el ódio; si no se arroja de la sociedad, si no se infama el cónyuge culpable, tampoco merecerá lástima el inocente.

Hoy el caso de culpabilidad invade todos los círculos, y mañana, con el mismo semblante sereno, aparecen en esos círculos el desgraciado y la delincuente, sin que la vindicacion en el uno, y la expiacion en el otro les haya purificado.

¿Acredita el fenómeno nuestra benignidad de costumbres? La intolerancia es hija de la rectitud. Quien tolera consiente, quien consiente encuentra en si mismo la justificacion ajena.

Una sociedad en la que el sentimiento del honor está robustecido, no ofrece el espectáculo vergonzoso de esa impunidad de los culpables, de esa condescendencia para con los desgraciados; no ofrece tampoco el espectáculo de esos divorcios de un dia, de un año, de un lustro, despues de los cuales reaparece no el perdon que supone la enmienda y que una alta virtud religiosa puede otorgar, sino la tolerancia injustifi-

cada, porque no existe un caso de culpabilidad aislado, porque la falta engendra el hábito, el hábito engendra el vicio, y el vicio es refractario á toda correccion que no proceda de una alta estimacion de sí mismo en la que no abundan ejemplos.

Pero la enervacion de las fuerzas morales en el individuo es una prueba de la eterna reflexion de los males, de la solidaridad con que se desarrollan y se mantienen.

Está envilecida la sociedad política y degenerada la sociedad religiosa, ¿cómo no ha de envilecerse y degenerar la sociedad doméstica, foco de irradiacion y convergencia de las relaciones humanas?

¿Cuántos hombres hay que en un momento de atencion séria recorran la ley moral y no se encuentren comprendidos en alguna regla prohibitiva?

¿Cuántos hay que hallen justificados sus actos y pensamientos en cualquier instante en que se sometan al juicio y fallo de una conciencia pura? Pues hé ahí el gérmen de los males. Para vivir al abrigo de una ley religiosa es necesario ser sinceramente religioso; para vivir en una sociedad regida por leyes, es necesario ser cumplidor exacto de las leyes.

## II.

Yo no concibo el matrimonio religioso, no concibo que dos seres, cuya vida ha de consagrarse al complejo deber conyugal, dejen ni un solo instante de ser religiosos. Si invocais á Dios por testigo, si os

someteis á una prescripcion , á un religioso c anon , y no rige vuestra vida una conciencia religiosa ,   con qué atestiguais vuestra lealtad y cumplimiento?   Qué importa la falta de ejecucion en la infidelidad si existe en el ánimo?

Cuando penseis , cuando os halleis capaces de infidelidad , y no corriais vuestro pensamiento y no pongais una valla   vuestro designio , preciso es que os creais culpables ; porque falta la ocasion , falta la oportunidad , falta la seguridad del secreto , y consideraciones leves son éstas que se disipan pronto. La ocasion vendrá , y el secreto , que es garantía de impunidad , es fácilmente reservable ; entre tanto vuestro cónyuge inocente penetra con la intuicion clarísima del espíritu en lo más recóndito de vuestra intencion culpable ; mientras subsista la quietud de su confianza no lo advertir  ; pero el contagio no existe solo de un modo visible , sino invisible. Un día encontras m enos agradable   vuestra compañera , m enos hermosa , m enos solícita , m enos virtuosa , y es que pasando la region diáfana de vuestros ojos , aquel pensamiento oculto ha sembrado en los suyos la infidelidad.

Dormid entonces tranquilo , y ella velará vuestro sueño ; excedeos en atenciones y cuidados , aumentad el repertorio de vuestros regalados atractivos , y encendeis una misteriosa duda de vuestra sinceridad ; que no os pregunte de dónde venis con curiosidad impertinente , porque habeis despertado sus celos , y cuando un cónyuge v  que el otro le puede ser infiel , est  en el camino de la infidelidad. El g rmen existe ;

el tiempo lo fertiliza; el amigo, el pariente, la enfermedad, la ausencia, el círculo, el teatro, cualquiera pequeña contingencia, un incidente mudo, una ocasión imprevista, y si al tiempo está encomendado el que el gérmen se desarrolle, la ocasión se aproveche y la oportunidad la abone, la consumación habrá de ser segura y cierta.

El día más tranquilo de vuestra existencia, la hora más favorable á vuestra fortuna, el momento más delicioso de vuestras esperanzas, ha servido también para que profanen vuestro ídolo nupcial el traidor amigo y la mujer hipócrita.

Pero la profanación se ignora, los efectos no se sienten, la ley no rige las conciencias, la sociedad no penetra en los secretos, ¿quién detiene la corriente, quién salva el abismo, quién pone vuestro nombre á perpétua distancia de la difamación? La prudencia. Pero si hubiera existido la conciencia moral, su fuero os hubiese salvado; si hubiera existido la conciencia religiosa, Dios que todo lo vé, Dios que todo lo juzga, y su providencia que en todo se revela, hubieran impedido la profanación, hubieran evitado la acción culpable.

Por eso insistimos y creemos que el matrimonio religioso no vive, no puede vivir sino conservado, robustecido por la conciencia religiosa.

Perdida la conciencia religiosa, queda la conciencia moral; perdida la conciencia moral, queda la social; es decir, el sentimiento de la dignidad y del honor; perdido ese sentimiento no queda más que el vicio ó la prostitución, el degradante cinismo, la va-

nidad del lujo y la lisonja, la fuente inagotable de todas las degradaciones y miserias.

Pero ¿qué es la conciencia moral, y qué es la conciencia social en el matrimonio? Razonemos sobre estos términos ya que es tan frecuente y común la creencia de que pueden suplir con ventaja ó sin ella á sus equivalentes en materia de religion.

La conciencia moral es el sentimiento íntimo de la justicia y la honestidad, independientes de toda derivacion divina, de toda consideracion ultra-terrestre.

Un padre que llegara á persuadirse, á convencerse plena y claramente de que el hijo licencioso habia de subir las gradas del vicio y del crimen, habia de manchar su nombre y cubrir de baldon su memoria, habia de disipar su vida en la ociosidad ó el establecimiento penitenciario; le arrojaria de buen grado una mirada que le hiriera de muerte. Pero no mata la indignacion de un padre, ni mata una mirada furiosa; cualquier instrumento material que elija deja las huellas del parricidio, deja la sombra del crimen; un secreto toxicológico garantiza el éxito; aquel hombre tembloroso, no por el crimen, sino por la desgracia, prepara el tósigo y nadie más que él, absolutamente nadie conoce el sacrificio del padre honrado que prefiere en su respeto á la sociedad y á su nombre llorar la dura alternativa y ser él criminal ante el secreto de su conciencia, primero que ver á su hijo criminal incorregible ante la sociedad. ¿Puede llegar el caso? Si; hay esperiencias tristes que se combinan con su razonamiento, hay actos que responden á un vicio de organizacion; hay fuerzas irresistibles que

se dibujan en una mirada oscura, y que á un hombre de ciencia y de observacion le dan el conocimiento íntimo de la idoneidad culpable. La conciencia moral en estos casos tolera el crimen, si el crimen es absolutamente ignorado. Lo tolerará la conciencia religiosa? No. Si en la conciencia moral es bello este poderoso sentimiento de la virtud y la justicia, en la conciencia religiosa es sublime, y la sublimidad aconseja una serenidad de ánimo que solo Dios, que solo el sentimiento religioso puede conceder.

Hagamos, pues, aplicacion de este caso y de esta doctrina al objeto de nuestro ensayo.

La conciencia moral es acaso bastante para que no se perturbe el derecho á la fidelidad y demás deberes conyugales.

La conciencia moral, pura, delicada, la que no acepta esos sofismas con que la imaginacion esclava de un deseo (1) ofusca la razon tranquila, la que sin fé

---

(1) Recuérdese lo que Rousseau decia de M. Tavel (*Confessions*.—Tom. 1.<sup>er</sup>, part. 1.<sup>ere</sup>, Lib. V, pág. 402, ed. Furne, 1844), profesor de filosofia de una señora, la cual siendo «attachée a son mari, a ses devoirs, toujours froide raisonnante et inattaquable par les sens il l'attaqua par des sophismes et parvint a lui montrer ses devoirs auxquels elle etait si attachée comme un babardage de catechisme fait uniquement pour amuser les enfans; l'union de sexes comme l'acte le plus indiferent en soi; la fidelité conyugal, comme une apparence obligatoire dont toute la moralité regardait l'opinion; le repos des maris comme la seule regle du devoir des femmes; en sorte que des fidelités ignorées nulles pour celui que elles offensaint l'aitaient aussi pour la conscience; en fin, il lui persuada que la chose en elle meme n'était rien; qu'elle ne

en la providencia admite un vínculo, una relacion entre los efectos y las causas, el reato y la pena, la conciencia en fin hija de un criterio ilustrado y de un natural recto, es una alta y preciosa garantía del cumplimiento del deber.

Pero veamos los casos en que la conciencia moral transige consigo misma.

Un cónyuge se vé obligado á vivir ausente para mejorar de fortuna ó para crear un modesto porvenir á su familia.

En su ausencia abandonado ó enfermo, ó pobre necesita proteccion. Una mano bienhechora le atiende con solicitud y esmero; le alienta en su camino; ejerce ese ministerio de ayuda que solo la mujer delicada sabe ejercer, le relaciona, le recomienda y pone sus bienes al éxito ó la desgracia de ajenas empresas. Aquel hombre, merced á estos señalados favores, vé nacer su esperanza y colmarse su deseo. La proteccion es noble y desinteresada, la protectora agradable. El sentimiento de gratitud y simpatía no debilitan el de amor y fidelidad que debe á su ausente compañera; no solo no lo debilitan sino que en nombre de ella y de los tiernos hijos que esperan de Dios la bendicion sobre el trabajo de su padre, se cambia este sentimiento de gratitud por el de una veneracion profunda.

---

prennait l'existence que par le scandale et que tout femme que paraissait sage par cela seul l'était en effect.»

Esto que Rousseau reprende ¿no debia haberlo tenido en cuenta para no *inmortalizar la deshonra* de Mdme. Warens, como con razon le acusa Chateaubriand?

Pero desgraciadamente aquella alma noble admira la fidelidad de su protegido, envidia la suerte de su mujer y de sus hijos, y por un fenómeno fisiológico tiembla ó se resiente con solo oirla mentar.

Envidiar á la esposa es amar al esposo, y amarle es renunciar á la delicia de su noble, desinteresado y delicado proceder. Un aire melancólico, una expresion triste, una lágrima imprudente denuncian ese amor que tal vez es libre. Permitirlo de parte de su protegido no es decoroso; condenarlo es ejercer la más dura de las tiranías; corresponderlo es la infidelidad. Este hombre renuncia en un momento de desesperacion al éxito de sus asuntos, y prefiiriria la tranquilidad de su alma á la realizacion de sus empresas; pero ella resignada, dolorida y generosa oculta su sentimiento y le aconseja que vuelva al seno de la familia que le espera con ánsia.

Esta nueva prueba de grandeza de espíritu le cautiva, desequilibra sus dudas, y un momento en que conspira la naturaleza, se ofusca el ánimo y la pasion brota, recobra la iniciativa y audacia de su sexo, rinde homenaje á la debilidad, torna la serenidad, oculta á su misma conciencia esta falta y vuelve á su hogar tranquilo.

### III.

Ocurre tambien que la organizacion, el temperamento, ó el hábito crean necesidades fisiológicas, cuya satisfaccion, incompatible con la conciencia reli-

giosa, es permitida á la conciencia moral. En vano se recata la virginal doncella y huye de la luz que á sus ojos ofende; su espíritu agobiado por una lucha insostenible resiste la fuerza de las inclinaciones impuras; pero débil su naturaleza, linfática su sangre, la circulación difícil, oye de los labios de un profesor la sentencia que su pudor quebranta. Un régimen reconstituyente desequilibra sus fuerzas; el orden natural adquiere predominio sobre la conciencia dudosa y el fervoroso amante, á quien vió rendido, recibe la triste prueba que acredita la debilidad de su amada.

La debilidad es la culpa, y la culpable doncella se redime con la adopción nupcial. Pero así como la conciencia íntima, el sentimiento puro de su sér inocente fué accesible á los atractivos de una condescendencia culpable; el sentimiento de la fidelidad ménos vigoroso y la redención del secreto, la harán accesible después á los atractivos de un amante importuno.

Y si la conciencia moral es tan frágil, la social es fragilísima. ¿Qué es el sentimiento del honor ni la dignidad en una alma irreligiosa, en un espíritu poco afectado de los deberes morales? El honor en el hombre, como en la mujer, depende del concepto público. El honor es como todas las virtudes sociales; el resultado de nuestra perseverancia en los respetos propios y ajenos; pero depende más de la sociedad que de nosotros mismos.

El honor es la luz de la opinión que se refleja sobre nuestro nombre. Si en la reflexión luminosa se encuentra una superficie que define la blancura, la pureza, nuestro honor subsiste. Si por el contra-

rio la superficie protuberada proyecta sombras, si una y otra de nuestras malas acciones han empañado nuestro nombre, la sociedad colora de tintes la superficie empañada.

El color de los cuerpos depende de la luz; el honor depende de la sociedad.

Aislad las acciones malas, y dura el sentimiento del honor lo que el aislamiento dura. Por eso el honor, que es la primera de las virtudes sociales, es la última en la categoría moral.

Però ¡cuán fácilmente se encomienda á la educación, á la hidalguía ó la prudencia, el secreto del honor perdido!

La complicidad es un sello que garantiza la prudencia. La vanidad, los celos ó el descontento, son pasiones que denuncian la falta. Y como estas pasiones no se preven en el falaz consejo del amor culpable, como nadie delinque que no sea con la esperanza de la impunidad y del secreto, sucede con el honor lo que con la gloria en las batallas, no la conquista el más valeroso guerrero, sino el más afortunado; no la pierde el más cobarde de los combatientes, sino el más atribulado caudillo.

¡Honor y dignidad! Fíad á este solo sentimiento el brillo de vuestro nombre intachable, y observad que el honor es patrimonio ya de toda mujer que lleva el nombre de su marido, y la dignidad no se ofende ni con la galantería oportuna, ni con la graciosa audacia.

Y cuenta con descender de estas observaciones, un tanto prácticas, á la multiplicidad de casos que for-

man el lado visible de la degradante época en que nuestras costumbres han entrado; que no pasará desapercibida á nuestros ojos la vanidad ridícula de damas que hacen ostentacion de sus cohortados atractivos; que para encender amor en el pecho del inocente ó el libertino, se atribuyen una historia de galanteos, en la que figuran como tipo la seduccion; ni pasarán tampoco desapercibidos la inocencia y pudor de aquella maliciosa educanda que visteis salir de su colegio, no como la paloma sencilla que abandona el nido de la tierna madre, sino como la astuta raposa que, saliendo de la madriguera, sabe dónde recoger el fruto; ni pasarán esos horribles crímenes secretos donde aparece en toda su desnudez la miserable condicion humana (1), esos atentados de una edad prematura, y una naturaleza precoz que hacen de la pubertad y la adolescencia, de la familia y del amor puro, la más repugnante parodia que puede imaginar el más libre criterio; pasen, en fin, tantos y tan inveterados vicios como han contagiado la generacion nueva, raquítica, escrofulosa, dispéptica en lo físico; superficial, indiferente, ligera, irreflexiva y mal inclinada en lo moral.

Por eso precisamente, porque á la devastacion

---

(1) Solo el estudio de los cánones penitenciales puede hacer que se conozca en toda su verdad lo que decimos. Aquellos prelados y maestros que oían la confesion de todas las debilidades y culpas fijaron y detallaron la culpabilidad de un modo que no podria hoy traducirse á lengua vulgar alguna.



impúdica y criminosa que existe, no se puede poner otro correctivo que la educación y la ley; por eso clamaremos y pediremos la educación eminentemente religiosa, y ley eminentemente práctica y eficaz.

La educación religiosa es, después de todo, el más sencillo y fácil atributo de la mujer que ha de fundar la familia; solo la educación religiosa desarrolla ese sentimiento de la pureza y la honestidad, de la justicia y de la bondad, que tantos frutos ha de dejar en la sociedad y en la vida.

#### IV.

En cuanto á la ley debemos manifestar sinceramente nuestra opinion.

Las leyes coercitivas son los puntales que sostienen un edificio amenazado; cuando la sociedad moral era imperfecta, la ley social debia perfeccionarla.

La ley regula aquellos actos que fijan el derecho y su accion; se limita á garantizar el cumplimiento de los fines en la vida social.

El hombre tiene deberes para con Dios, derechos para con la sociedad. La religion y la moral regulan los deberes; la ley regula los derechos. El primero, el fundamental de los deberes, es el perfeccionamiento propio; el fundamental de los derechos, es la creacion de propia individualidad.

La moralidad y el derecho son eternos, y eterna su determinacion. No se puede ser perfecto sin serlo siempre; no se puede tener derecho sin tenerlo

siempre; porque la perfeccion y el derecho si faltaran, serian la imperfeccion y la violacion. Para fijar la regla de perfeccion tiene el hombre la ley de su razon y su conciencia; para fijar la regla de su derecho tiene la persona, tiene el individuo la ley social, la ley civil, la penal, etc.

Los cónyuges tienen derechos reciprocos. La ley conyugal les obliga igualmente: la ley civil los hace mutuamente responsables.

La moral ha definido especiales deberes para los casados; la religion especiales virtudes. La fidelidad, la obediencia, la sumision, la resignacion, el afecto, condiciones necesarias al régimen moral y religioso del matrimonio, tienen su equivalencia en el orden civil; la fidelidad y el mútuo socorro, la proteccion, la obediencia, la vida en compañía, son condiciones de la institucion del matrimonio, y han merecido una consignacion expresa en el articulado legal (1).

Todavía, sin embargo, los legisladores desconocen la institucion que definen.

La fidelidad, por ejemplo, considerada en el mismo derecho civil como un deber, es un efecto del derecho incontrastable que se tiene á ella. Los deberes se cumplen ó dejan de cumplirse sin que la falta de cumplimiento produzca efectos irreparables. Deber de obediencia tiene el hijo respecto del padre, el subordinado respecto del jefe, y la falta produce en quien es objeto de ella un efecto de disgusto ó de cólera. Fidelidad se deben los amigos, fidelidad los asociados,

(1) Artículos 44, 45 y 48 de la Ley de matrimonio civil.

los compañeros; y cuando la infidelidad ocurre, cualquiera que sean sus efectos, se intenta reparar el daño y aun castigar al infiel; pero, ¡qué diferencia tan notable de ésta á la infidelidad de los secretos! ¡á la infidelidad de las promesas y de los juramentos! Entonces el ánimo se exalta y la mirada colérica cae como el rayo sobre el infiel: ¿por qué? ¿acaso, porque siendo más graves las consecuencias, es más grave la infidelidad? No, porque en el secreto, en el depósito, en la conjuración hay *especial* deber de fidelidad y es porque la relación del infiel y el que es objeto de ella es más íntima, es porque tal vez se ha prometido solemnemente, y la falta es tan grave cuanto la promesa solemne.

Compárese, sin embargo, el efecto que produce esta infidelidad con el de la infidelidad conyugal.

Observad el pelo erizado, la mirada sombría, el color pálido, la figura temblorosa, la boca comprimida y la aptitud desesperada del marido que sorprende á su mujer en el acto de la infidelidad; observad aquel vertiginoso instinto de muerte y de venganza que se apodera de su espíritu inquieto; aquella evocación pavorosa de la suerte de sus hijos, aquella turbación, aquel temblor, aquella humillación, aquel abismo en que se hunde la conciencia de la culpable; ¿qué dice, qué espera, qué revela este fenómeno? La presencia de un derecho quebrantado, más imperante, más avasalladora que la de un deber no cumplido; la presencia horrible de un crimen manifiesto, más temible que la de una culpa conocida. Y es que solo el derecho puede inspirar la resolución desesperada,

es que solo el crimen puede abatir, puede humillar de ese modo la voluntad criminal.

¿Cómo sin la seguridad y fuerza de ese derecho podrán las leyes imponer tan ténue correctivo al marido que mata, que asesina á su mujer y á su cómplice cuando sorprende el acto de infidelidad? ¿Cómo habia de autorizarse pues (que tan leve castigo es una autorizacion encubierta) á la justicia humana á la que no espera el vengador colérico? (1).

Lo mismo puede decirse del socorro; socorrer es ejercitar una virtud; el ejercicio de las virtudes no sale del orden moral ó el religioso.

Sin embargo, para que sea socorrido el marido, pone la ley en sus manos los bienes de la mujer y los de la sociedad conyugal, y para que el socorro sea objeto de una accion civil existe la institucion de alimentos (2).

De esto debemos deducir que la ley conyugal fija además de aquellas condiciones propias de la institucion de la familia, las de los bienes y dominios, y en general las que son objeto del orden juridico, y otras que pudiéramos llamar internas, íntimas ó esenciales, cuya infraccion ó cuya violacion da origen á la formacion del divorcio.

Por esto el divorcio ha nacido y pasado por las mismas vicisitudes, por las mismas evoluciones histó-

---

(1) En nuestras antiguas leyes se entregaban la adúltera y el cómplice al marido para que hiciera de ellos lo que quisiera.

(2) Artículo 88, caso 6.º

ricas que el matrimonio; por eso, si el matrimonio es la base del derecho familiar, y éste la parte más fecunda del derecho civil; el divorcio como institucion aneja al matrimonio, como institucion de órden casi penal, como forma, accidente lógico de la naturaleza humana, algunas veces ménos pura que la naturaleza social (1), ha debido ser objeto de singular atencion por los legisladores, contribuyendo mucho á esto la circunstancia de que tantos y tan repetidos ejemplos trasmitidos por la historia produzcan la experiencia y amaestren en la necesidad de legislar con acierto.

Basta considerar para este objeto que la institucion de la familia es la base del derecho civil y que el matrimonio es el generador de la familia, en la cual, aparte de la necesidad de la continuacion de la especie, se producen las instituciones de pátria potestad, dote, sociedad conyugal, parentesco, herencia necesaria y otras que tan directamente actúan en el organismo de la vida social.

Como el divorcio, ahora bien, aun considerado el carácter que le da nuestra legislacion, más perfecta que la romana y la que intentaba establecer la Francia revolucionaria, más perfecta que ninguna otra, sino es la canónica, que derivada del Cristianismo ha definido como él la perfeccion y casi el idealismo del matrimonio, como el divorcio repetimos suspende la vida

---

(1) Así nos expresamos siendo tolerantes con la creencia, casi comun, de que el hombre es por su naturaleza poligamo y la mujer poliandria; creencia que borra toda noción de racionalidad y de humanidad.

comun y los efectos matrimoniales, debe considerársele enemigo natural de esas instituciones constitutivas del derecho de familia.

La mujer sale de la potestad del marido, el hijo de la potestad del cónyuge culpable ó de ambos, si lo son y queda bajo la institucion de la tutela ó curaduría; la familia y las rentas ó el producto del trabajo se dividen; no solo falta la comunion de intereses, falta tambien la comunion de aspiraciones. Los hijos estiman con desigualdad á sus padres, la educacion lleva el vicio forzoso del escándalo, y la perturbacion de la familia trae el funesto influjo de un inmoral ejemplo.

Felizmente pára la generacion actual que, rindiendo un tributo á las prácticas cristianas, ha establecido en la ley civil la condicion precisa de indisolubilidad, no llegaremos á aquel grado de espantosa perversion á que llegó la sociedad romana que hizo fácil el divorcio, y al que llegó la sociedad francesa desde la declaracion de disolubilidad del vínculo hasta la ley de 1816 (1).

---

(1) En los motivos de la ley de matrimonio civil despues de razonar sobre la preferencia de la indisolubilidad se dice: «tiéndase la vista sobre el estado de la familia en las naciones que admiten el divorcio, especialmente Inglaterra, Alemania y los Estados Unidos de América. En ellas parece que el matrimonio ha quedado reducido por muchos individuos á una simple forma legal de prostitucion, ó á lo menos de la mancebia, dado el considerabilísimo número de matrimonios que anualmente se disuelven por las más livianas causas. El infanticidio en las esferas del crimen y las más escandalo-

Allí era permitido repudiar la mujer ó á la mujer separarse del marido no por causas atendibles, sino por pretextos ó antojos, y era frecuente que uno y otra procurasen la separacion.

Como la mujer culpable perdiese todo derecho á su dote, no era extraño que el avaro y el libertino se casasen con mujer dotada y rica, aunque impúdica, afectasen ignorancia y descuido para dar origen á la debilidad, y aprovechándose de ella, repudiarla y quedar con su dote: era fácil tambien que el marido procurase devaneos de su mujer para tener pretesto con el cual desecharla. Era repudiada la mujer á quien los años ó los padecimientos arrebataban la hermosura; la que enfermaba, la que era pobre y no tenía para pagar los gastos de su marido, como sucedió á la de Ciceron, la desgraciada Terencia, repudiada por su marido, el elocuente moralista, solo porque otra mujer con quien se casó despues podia pagar sus deudas. Augusto, Mecenas, Paulo Emilio, César, Ciceron y tantos otros ilustres nombres, dieron el escándalo de repetidos divorcios (1), dando lugar á que las mujeres, al saber que podian divorciarse, porque las leyes, aunque siempre desfavorables á ellas, pues que las reducía á la esclavitud, al *mancipiù causa*; ó á lo menos á la sumision, pues que el marido tenia potestad sobre

estas cuestiones judiciales de familia en el órden civil son la funesta escuela de tan deplorable legislacion.»

(1) P. Sempronio repudió á su mujer porque habia ido á un espectáculo sin saberlo él. C. Sulpicio porque habia salido sin velo. Mecenas repudió la suya tantas veces, que hizo decir que se habia casado otras tantas.

ellas; las mujeres repetimos, que veían el desenfreno común de las pasiones, apenas notaban síntomas de disgusto en sus maridos, se hacían licenciosas, impúdicas y no se sonrojaban del divorcio; pues como decía Séneca, y tanto se ha repetido «¿qué mujer se avergüenza de divorciarse desde que las damas ilustres no cuentan ya los años por el número de cónsules, sino por el de maridos?»

Este cuadro, que se borró con la benéfica influencia del Cristianismo, se reprodujo en alguna época de la Reforma protestante, y se copió con sus vivos colores en la moderna Francia.

Por esto, sin duda, apenas se suscitó cuestión sobre el divorcio en el Parlamento francés, á fines del siglo pasado, se produgeron infinitos escritos, folletos y artículos que propendían á conjurar el mal ó á provocarle. Buchotte en 1790 (1), Hennet en 1792 (2), Montesquieu (3), Voltaire (4), escribieron en favor del divorcio ó de la separación de los cónyuges con facultad de volver á casarse.

Voltaire, cuyas palabras eran oídas como las de un oráculo, cuyos escritos corrían de mano en mano con celeridad hasta entonces desconocida, cuya influencia sobre las creencias populares fué tan vasta como su reputación, Voltaire decía (5): «Dirijo la

- (1) Du divorce.
- (2) Le divorce.
- (3) Lettres pers. CXV.
- (4) Dictionnaire historique.
- (5) Dictionnaire hist., tomo III, pág. 370.

mirada á todos los pueblos de la tierra, y ni un solo, excepto el pueblo católico romano, ni uno solo hay en el cual el divorcio, y un nuevo matrimonio, no sean de derecho natural. ¿Qué trastorno ha obligado á los católicos á considerar una virtud la tolerancia del adulterio, y un deber el carecer de mujer cuando uno ha sido indignamente ultrajado por la suya? ¿Por qué un lazo podrido ha de ser indisoluble, no obstante la gran ley que los Códigos adoptan, *quidquid ligatur dissolubile est*? Se me permite la separacion del cuerpo y la separacion de bienes, y no el divorcio. ¡La ley puede quitarme mi mujer, y me deja un nombre que se llama *sacramento*! ¡Yo no disfruto del matrimonio, y es forzoso que me llame casado! ¡Qué contradiccion, qué esclavitud y bajo qué leyes hemos nacido!» etc.

Montesquieu, en su reputadísima obra *L'esprit des lois*, decia: «el divorcio es comunmente de una gran utilidad política (1), las leyes (2) de perfeccion, sacadas de la religion, tienen más bien por objeto la bondad del hombre que las observa, que la de la sociedad en la cual debe observarlas, etc.»

El autor de la *legislacion del divorcio*, precedida del grito de un hombre honrado que se cree asistido de un derecho natural y divino ¡para repudiar á su mujer (3); obra no escasa de datos curiosos y de refle-

---

(1) *Esprit des lois*, lib. XVI, cap. XV.

(2) *Id. id.*, cap. IX.

(3) *Legislation du divorce*, etc. Lóndres, 1745. Tiene cuatro partes, y un articulado para que sirviese de proyecto en la intentada reforma legal de su tiempo.

xiones oportunas, pero apasionadas, dice: «yo propongo que se derogue la irrefragable indisolubilidad del matrimonio, refractaria á toda reforma que pretenda unir el fuego y el agua, que permite á dos personas unidas despreciarse y hacerse traicion, sin que puedan cesar, no obstante, sin que dejen de sufrir toda su vida este vergonzoso vinculo; yo propongo que sea abolida esta institucion *anti-moral*, etc.»

Sea excusado citar aquí el potente esfuerzo de los partidarios del divorcio *quoad thorum et mutuam cohabitationem* tan solo, al tenor de lo prescrito en las Decretales de Gregorio IX y en el Concilio de Trento.

El resultado obtenido por estos esfuerzos se ha traducido en la ley por muy breve tiempo derogada, y los Códigos modernos, rechazando el divorcio que disuelve el matrimonio, han hecho justicia al ideal cristiano, al derecho canónico, perfecto sin duda alguna en esta materia.

Pero la lucha empeñada permanece; la crítica social, y la jurídica sobre todo, se afanan en encontrar razones, ya en pró, ya en contra del divorcio, como institucion que faculte nuevo matrimonio.

Eligese por tésis para el doctorado en las Universidades extranjeras, en la de Paris especialmente (1), la cuestion del divorcio; la obra del conde de Bonald (2) parecia haber agotado el asunto bajo el punto de vista

---

(1) Véanse las de Ch. Mateau, Camile Breton, F. Sourbes y otros, las cuales, aunque muy semejantes, todas son un cuadro curioso de las cuestiones que ofrece la materia.

(2) Du divorce 1808-40.

católico, y no obstante son muchos los que dan á luz las prensas (1), reflejándose en ellas el interés y trascendencia de un asunto que todavía no han esclarecido convenientemente la ley ni el derecho, pues que subsiste el espíritu religioso, al cual se acomoda traducido en ley.

Recientemente ha dicho Odilon Barrot (2), á propósito de las reformas proyectadas en la legislación francesa en 1852: «El Código civil restringe considerablemente el número de las causas de divorcio; grave innovacion á la cual la influencia católica no es estraña.»

Tissot en 1868 (3) dice: «Es indudable que la Francia es en mayoría católica; pero aunque no lo fuese en mayoría, sino en totalidad, no sería una razon para que el divorcio dejase de ser de justicia natural, si tal es en esencia su carácter.»

Más reciente todavía, y dicho por un hombre que goza de envidiable fama entre nuestros profesores de derecho y de letras, Mr. Laurent, el afanoso profesor de Gand dice en 1870. «En definitiva la separacion

---

(1) El abate Barruel en sus *lettres sur l'divorce, La Question du divorce attribué á Fenelon, Charron le pour et le contre dans le divorce*, De Chapt de Rastignat. *Acorde, etc.* Mde. Necker, Sieyes, Nougarede, etc., y en contra Maleville, Cramer, Tissot, Odilon, que han seguido al célebre Gioja y á otros.

(2) Du divorce.

(3) Tissot. *Le Mariage, la separation et le divorce considérés au point de vue du droit naturel, du droit civil, du droit eclesiastique et de la morale.*—Paris, 1868.

del cuerpo (en alternativa con el divorcio como allí se entiende) es *un sacrificio hecho á una creencia religiosa*. Respetamos esta creencia, porque nuestra fé, nuestro deseo más vivo es tambien la perpetuidad y la indisolubilidad del lazo conyugal. Disputamos, empero, al legislador el derecho de elevar una creencia religiosa á la categoría de una ley, es decir, de dar á un dogma el carácter de obligatorio para todos los ciudadanos. En nuestra opinion la indisolubilidad del matrimonio es del dominio de la conciencia; el progreso de las costumbres es quien debe realizar este ideal hasta donde sea posible á los hombres confiar en su perfeccion. El legislador debe considerar á la humanidad tal y como es con sus debilidades é imperfecciones; guárdese bien de imponer á los hombres una perfeccion, porque habremos de recordarle la experiencia de la Iglesia cuyos monjes en su afan de trasformar los hombres en ángeles, acabaron por ser ellos mismos demonios de impureza» (1).

Con razon nos quejábamos de que los juriscríticos no hubiesen dado al divorcio civil un carácter de originalidad de que indudablemente es susceptible no obstante el acabado concepto que el derecho canónico ofrece.

¿Qué importan, sin embargo, la originalidad ni el acomodamiento á propias esferas en materia de instituciones legales? Porque las acciones que nacen de

---

(1) F. Laurent, professeur à l' Université de Gand. *Principes de droit civil français*. 6. vol. Paris. 1870. Durant. Tomo 3.º, pág. 213.

los derechos sean hoy las mismas ó semejantes á las de los romanos, porque en infinitad de leyes subsista la expresion de Roma; ¿es por eso ménos perfecta nuestra legislacion? No; la justicia es una y una la recta razon comun á todos los pueblos y á todas las épocas (1) y lo que razonablemente es justo en el derecho canónico, razonable ha de ser en el civil adonde felizmente puede ser trasmigrado.

En nuestra humilde razon, Mr. Laurent y la mayoría de los tratadistas modernos carecen de la base racional, del fondo lógico al definir la institucion matrimonial. Más cerca de la verdad, este docto crítico define el matrimonio «la union de dos almas» (2), y se pregunta «¿pero se concibe que dos almas se unan para un tiempo dado? En el momento continua en que se unen aspiran á la eternidad de un lazo que hace uno de dos séres, dicen que Dios mismo es quien ha creado estas almas la una para la otra, sienten que, separadas, han de hallarse incompletas; la vida comun terrenal no les basta, quisieran continuarla en una vida ulterior á la corta existencia que disfrutamos, tienen esperanza de que el amor sea más poderoso que la muerte, este es el ideal.»

¿Pero qué es el ideal, preguntamos nosotros, sino la norma para la vida? y lo que es norma para la vida ¿puede no serlo para la ley? ¿Por ventura la ley ha de tomar por base en sus prescripciones absolutas, tales hechos aislados que acusan la incompatibilidad de mi-

---

(1) Cicero. De off.

(2) Título VI de la misma obra.

ras, los opuestos deseos, los disgustos y aun las faltas que amaguen y destruyan la tranquilidad conyugal? ¿Debe el legislador autorizar la disolucion del matrimonio porque sea frecuente ó no raro el que una mujer libertina ó un marido salvaje den lugar al adulterio ó la *sevicia* que permite la separacion? ¿O en otros términos la ley, que ha de ser expresion de la justicia universal, ¿debe favorecer á un marido desgraciado para desgraciar á miles, debe abrir la puerta de segundos matrimonios para que el capricho, la perversion moral, la ambicion y el vicio hagan insubsistentes los primeros? ¿debe sacrificar una escasisima parte de la sociedad á la otra? Mejor y más equitativo es que aquella solemne promesa de union y ayuda tenga su cumplimiento siempre. El cónyuge inocente rodeado de sus hijos á cuya vida, á cuya salud es extraña la mujer separada de su marido, es un cuadro sublime que no puede sufrir retoque. Autorizadle á casarse y da madrastra á sus hijos; permitid á la madre culpable que se case y no expia su delito, reconcentra por el contrario todo su afecto en una nueva prole; la pasion, la vanidad, el amor propio precipitaria á los hoy separados para contraer nuevas nupcias, para vengar mutuamente el origen de la separacion.

Permitid, permitid la disolucion del vínculo matrimonial; pero observad que ningun pueblo ha quedado sin expiar tamaña culpa; observad que Roma pervertida, Roma caduca, tuvo no obstante que poner el correctivo.

Y ¿cómo no poner correctivo, cómo no aceptar el

ideal cristiano en este asunto, si se reconoce unánimemente como el más perfecto?

La naturaleza misma del matrimonio reclama como suyo este principio. No son dos almas consideradas en el estado de pura y mística sensacion, no son dos partes contratantes las que forman por mútuo anhelo ó mútua conveniencia la institucion del matrimonio; lo primero está sujeto á leyes puramente espirituales á donde el derecho no penetra; lo segundo es un contrasentido, es una negacion de la lógica y de la ciencia, porque si el matrimonio es un contrato ¿cómo asegura la escuela positivista en filosofia y la escuela reformista en el derecho, si el matrimonio es un contrato ¿dónde está la capacidad de los contrayentes que por lo comun viven bajo la pátria potestad? Qué parte abdica de su derecho como la mujer que sin la licencia de su marido no puede contratar ni tiene personalidad jurídica? Y aunque lo primero sea fácil con solo imponer la condicion de capacidad legal que se subsana con el tiempo, lo segundo produce una revolucion en el sistema dotal, en el derecho civil, en el hipotecario, en el procedimiento, en todo el organismo jurídico, revolucion cuyas consecuencias acaso espanten á los que inconsiderada é irreflexivamente han motejado el matrimonio, llamándole contrato.

No; la ley no puede aceptar esta gravisima reforma que se pretende, la ley aun prescindiendo de la religion y de la moral debe considerar la union de dos seres para la fines de la familia y de la sociedad, como institucion necesaria, como elemento realísimo del derecho, como el más elevado principio social, la

ley debe definir esta union como la ciencia define la union de los elementos necesarios. El oxígeno y el hidrógeno forman el agua; no hay agua si es separable uno ú otro de los elementos que la forman, y cuando se separan nada de comun tienen, nada de semejante conservan. La union de las fuerzas de atraccion y de repulsion forman el organismo planetario; no hay sistema, no hay astronomía, no hay mundo si se separan estas dos fuerzas. La disolubilidad en el matrimonio es la negacion del matrimonio, como la descomposicion del liquido que nos sirve de comparacion es la negacion del liquido.

Si un cónyuge vive contrariado ¿merece por su sufrimiento que la ley le sacrifique el principal atributo que es la conveniencia general y la conformidad con el ideal de la perfeccion? ¿Qué, se arguye por ventura? ¿qué la indisolubilidad es producto de costumbres morigeradas? La ley debe suponerlas, y cuando no existen seria premiar el vicio de un cónyuge culpable el otorgarle la facultad de un nuevo vinculo con todos los respetos y todas las garantías legales del primero; seria tambien cerrar al cónyuge inocente el camino de la virtud y del sufrimiento edificante con el cual suele obtener la paz perdida y el reanudamiento de la vida comun.

Digase que no todos los seres pueden tener la virtud que se aconseja; para los que no la tienen se ha establecido y señalado, excepto una (1), todas las causas que legitiman el divorcio canónico y aun el

---

(1) La del adulterio.



legal. La sociedad no debe perder nunca el norte y el objeto de las instituciones; el hombre no debe olvidar que siendo el matrimonio una institucion de vida perfecta, no se concibe, no se acierta, no se comprende ni la legislacion, ni la moral, si no parte de este supuesto.

¿Cómo ha de concebir ni comprender el matrimonio el jóven que vive licenciosamente, que juega con los afectos, que llama capricho á la seduccion, que llama amor al cautiverio, á la esclavitud de frívolos atractivos, que disipa el tiempo en ilusiones livianas, y que pervertido y licencioso busca para compañera una niña ajena á toda ilusion, á todo placer, con un mundo de lisonjeras esperanzas, con un torrente de fecundo afecto?... ¿Cómo ha de comprender el matrimonio la jóven en quien ejercen influencia, la vanidad y el lujo, y prefiere fomentar tan viles pasiones eligiendo por esposo un hombre á quien ni son extrañas, ni merecen desaprobacion estas y otras pasiones?... ¿Cómo han de comprender la familia que se forma y deriva del matrimonio los que sufren dolencias que se transmiten, los que con conocimiento de ellas ni intentan su curacion, ni las consideran de importancia alguna? ¡Qué abandono el de la sociedad presente!

Cuidase el labrador de no abonar la ingrata tierra, ni sembrar en estéril suelo, ni perder la raza de sus ganados; cuidase el industrial de que las materias con que ha de elaborar sus productos, sean de calidad deseable; cuidase el comerciante de que sus géneros tengan legitima procedencia, que su valor no supere al precio con que ha de expenderlos; cuando se inten-

ta contraer matrimonio nadie se cuida de si hay defectuosa organizacion, escrofulismo, herpetismo, etc., que ordinariamente se trasmite á la generacion que nace, si hay ó si faltan virtudes, cuya falta se trasmite á la educacion defectuosa; si hay, en fin, aquellas condiciones naturales que eviten la presencia de generaciones escrofulosas y raquiticas, que eviten tambien los defectos morales que tanto entorpecen el desarrollo de la inteligencia y la consecucion de la felicidad!

La religion, á cuya fuente inagotable volvemos, prohibia los matrimonios con gentiles, porque era fácil contagiarse el espíritu y eran tales su rigor y su prevision, que ni aun en el caso de que abundaran, de que hubiese muchas hijas de familia núbiles (1), faltándoles hombres con quienes contraer matrimonio, no perdonaban el que se contrajera. Las leyes antiguas prohibian el matrimonio de bárbaros con romanos hasta Recesvinto, y despues se prohibia el del plebeyo con el hidalgo. Hoy que la civilizacion quita todas las trabas fundadas en el error ó en la vanidad, ó lo que es más fácil, en la conveniencia política; ¿por qué no crear éstas trabas naturales que obligasen á los padres á ser más solícitos, y á los hijos más prendados de la virtud, que todo lo realza y ennoblece, recons-

---

(1) Propter copiam puellarum gentilibus minimè in matrimonio dandæ sunt virgenes; ne ætas in flore tenuens in adulterio animæ resolvatur. Can. 15. Conc. Illiber. Igual prescripcion contienen los cánones 16 y 17. En este último se prescribe que ni aun á los sacerdotes gentiles.

tituyéndose con elecciones acertadas la sociedad en que vivimos y cuyos males nos aquejan?

La ley empero contribuye á moralizar, y aun aquellas de sus disposiciones que más se acercan á una transaccion, á una condescendencia con la ideas reformistas, suelen producir morales consecuencias. Así, por ejemplo, al señalar las causas del divorcio, y entre ellas los tratamientos graves de palabra (1), y la violencia moral para cambiar de religion que con mucha dificultad aparece, la injuria y los demás hechos que por su gravedad justifican esta declaracion en la ley; al señalar, decimos, estas causas, se pone de manifiesto la necesidad de que no se maltraten gravemente ni aun de palabra los cónyuges porque tal es la trascendencia de esto, que permite la accion del divorcio.

Y si los malos tratamientos y violencias en los casados legitiman el divorcio ó hacen incompatible la vida común entre los cónyuges ¿por qué no considerar los defectos que se adviertan antes de casarse como incompatibles, como opuestos á la santidad de objeto que debe presidir la formacion del vínculo? ¿porqué renunciar á ese cuidado, esa discrecion y severo estudio que acto tan solemne reclama?

El padre amante de su hija no debe preferir el lustre del nombre, los atractivos de la riqueza (2), la

---

(1) Artículo 85 de la Ley de matrimonio civil.

(2) El Código de Manú (Darmasastra) contiene una ley (la 51 del libro III), que dice: «Un padre que conoce la ley no debe recibir donativo alguno al dar su hija en matrimonio,

conveniencia de familia (1), etc., á las cualidades morales, á la organizacion sana y á la educacion é instruccion que tanto han de influir en la paz y en la tranquilidad de la familia.

El j6ven juicioso y entendido no debe echar sobre sus hombros la carga de una dote 6 una riqueza, que trae consigo pretensiones superiores y h6bitos de fausto y lujo que no podr6 f6cilmente corregir. Cambiar el oro por la virtud 6 preferir aquel con menosprecio de 6sta es una insensatez que cuesta acerbos d6as de pena. Preferir el lustre de un t6tulo nobiliario al brillo de una inteligencia superior y una moralidad acrisolada, es otra insensatez parecida á la de aquellos salvajes de Am6rica que entregaban el oro y la plata en cambio de vidrios y cristales que veian á los europeos y que creian de gran valor. Todo amor que halaga á una pasion liviana, es liviano, y sus frutos lo ser6n tambien. Hay que estudiar escrupulosamente si la simpatia nace de una idea poco generosa, para no confundir el afecto y el amor que Dios protege y bendice con las pasiones vanas que el egoismo

---

porque quien tiene tal avaricia es juzgado como si vendiese su prole.

(1) La legislacion can6nica prohibe el matrimonio entre parientes; la civil tambien. Un hombre de ciencia ha observado que los matrimonios entre parientes son perjudiciales á la procreacion; se ha atribuido la degeneracion en las casas reales á sus matrimonios, y ha intentado demostrarse que los matrimonios de parientes de primero y segundo grado y aun de tercero, producen tisis, ceguera, idiotismo y otros m6nos graves defectos á la tercera generacion.

disculpa. Quien quiera que busca su propia dicha sin considerar si puede ofrecerla á la persona de quien la espera es seguramente impuro de alma.

Amar es buscar la felicidad ajena como medio de obtener la propia. Las costumbres, pues que esto es campo vedado á las leyes, debian imponer la necesidad de las virtudes para contraer vínculo conyugal. Donde quiera ejercen las costumbres más influencia que las leyes.

La suspension de la vida comun producida por el divorcio encomienda sus resultados á la moral de los cónyuges, á quienes liga sin la vida comun el deber de mútua fidelidad y mútuo socorro que solo la moral garantiza eficazmente.

## V.

La insuficiencia del consentimiento para divorciarse, es un principio legal derivado de esa regla moral que exige no producir daño á un inocente, como suelen ser los hijos, ó no menospreciar la ley que fué leal protectora del consentimiento para contraer matrimonio. Las causas del divorcio como razon legal que lo produce, reflejan esos principios morales que rigen la vida. Lo que para ti no quieras, á otro no hagas; el mal que causas, para ti lo procuras ó de él te haces digno. ¿No quiere el cónyuge la fidelidad del otro? Luego si á ella atenta, quebranta la ley moral. ¿No desea un cónyuge que el otro le respete y atienda, que sea constante en el socorro, cuidado y defensa

que le confía? Luego si le maltrata ó le injuria y repele su compañía, se hace digno de ser maltratado é injuriado y de que se le separe el otro por no sostener inmerecido consorcio.

¿No estima todo ser la fé de sus padres con más reverencia y más apasionadamente que la herencia y acaso el nombre? Luego el marido que violentare á su mujer á cambiar de religion separándole de la que profesa, la produciria un daño, y mereceria que á semejanza del menosprecio con que pretende cubrir la fé religiosa se menospreciara la fé conyugal y se procurase el divorcio.

Maltratamiento de obra á los hijos, no solo es un daño que se les causa, sino una gravisima ofensa que se dirige á la madre que los ha procreado y dado educacion. Quien los maltrata no es padre moral, y quien carece de las cualidades de padre, forzosamente carece de las de marido, haciéndose merecedor de la pena de separarle de ellos y de su mujer. Quien vil y miserable prostituye á su esposa ó la propone vergonzoso comercio, la causa enorme daño moral, la deshonra y pervierte su espíritu. ¿Cómo tamaña vileza no ha de legitimar la separacion?

Quien corrompe á sus hijos es moral parricida. La vida es ménos estimable que la virtud y el honor. Si atentar á la vida de un hijo es parricidio, atentar á su virtud ¡cuán grande debe ser esta culpa! Por eso debe separar la ley al padre criminal del la hija á quien intenta reducir á la corrupcion oprobiosa; debe separarle con más razon que el agresor de la victima en quien va á cebarse, que al ladron de la propiedad á que

atenta. Esta separacion es un castigo que se da á la culpa, y la representacion social servida por un funcionario de justicia, es la que debe ordenarla, la que debe proteger la inocencia con la institucion del depósito y la de alimentos; la que debe poner los hijos bajo la potestad del cónyuge inocente, ó bajo la proteccion de una tutela ó curaduría si fuera menester; esa representacion de la justicia es la que debe sentenciar la separacion de los cónyuges y la de los bienes, privar al culpable de los que le fuesen donados, ó de los que administre, y declararle, en fin, excluido de esos beneficios que la moral concede á quienes llenan sus deberes; de esas prerrogativas que la ley reconoce, en quienes la acatan y la cumplen; de esa consideracion y respeto que la sociedad rinde á quienes por la rectitud de proceder y por sus virtudes domésticas se hicieron dignos de ser considerados y de que se tribute respeto á su nombre.

Este cuadro de fenómenos ligeramente transcritos; esta série de importantes, de trascendentales cuestiones englobadas ó circunscritas al orden y método de la ley; estos efectos, rápidamente bosquejados, cuanto acabamos en fin de someter á una reflexion fugaz, es objeto de un estudio sobre el divorcio ética y jurídicamente considerado.

## CAPITULO PRIMERO.

### NATURALEZA DEL DIVORCIO (1).

#### § 1.

#### *Naturaleza legal.*

Poco científicos los modernos Códigos, apenas ofrecen una definición, un concepto acabado, una expresión clara de la materia que les sirve de objeto.

Olvidase que la ley no preceptúa solamente, sino que hace una declaración de derecho. El que legisla manda; pero el que manda dogmatiza, porque sin el dogma, sin la verdad contenida en la ley, sin la expresión de justicia, es aquella una imposición sobre la voluntad, y no un dominio sobre la razón y la conciencia, que es lo que el legislador debe proponerse para que todo cumplimiento legal tenga eficaz provecho.

Dícese que el divorcio no disuelve el matrimonio, y para definir la naturaleza del divorcio se sienta una negación innecesaria desde que la naturaleza del matrimonio requiere la indisolubilidad.

Si la indisolubilidad es una propiedad, si es una esencial condición del matrimonio, y toda condición esencial es inmutable, ¿á qué esta negación importuna? ¿A qué esta repetición ilógica?

---

(1) Sección 1.<sup>a</sup>, cap. VII de la Ley de Matrimonio civil.

El artículo legal debía contener un principio.

Los cónyuges pueden separarse por sentencia habida en juicio contencioso sobre la imposibilidad moral de cumplir los fines del matrimonio. Esta imposibilidad probada produce el fenómeno del divorcio. El matrimonio es la union de hombre y mujer para los fines que la naturaleza y la ley señalan; el divorcio es la perturbacion de estos fines, ocasionada por una falta que la ley reconoce como suficiente para autorizar la suspension de la vida comun.

El matrimonio es la unidad superior de los dos sexos, el divorcio la quebranta, la reduce á fórmula de un derecho indefinido, porque ¿qué derecho definido tienen sobre sí los divorciados? ¿Qué relacion de esa unidad subsiste en esa separacion de cuerpo y de alma? Tan solo aquella que es inevitable, porque descansa en hechos para los cuales, como para el tiempo de la vida, el trascurso con todos sus efectos es absolutamente inevitable.

La relacion que subsiste es la comunión é igualdad reciproca de estado. Los divorciados tienen de comun el haberse pertenecido mutuamente, el estar igualmente incapacitados para contraer nuevo matrimonio, el dar nombre á los hijos habidos y revestirles de los atributos de legitimidad. Uno de los cónyuges, el inocente, conserva, respecto de los bienes de la sociedad doméstica y respecto de los hijos, el dominio y la potestad que tenia antes del divorcio doblemente considerada porque pierde el otro cónyuge la moral ó jurídica que debía corresponderle.

El divorcio ó la separacion de los cónyuges es un

hecho jurídico por su naturaleza, por su manera de producirse y por sus efectos.

A la manera que el matrimonio no existe sin la intervencion judicial, sin la representacion del ministerio legal, y carecen de efectos legales cualesquiera actos, promesas ú obligaciones privadas ó públicas y solemnes que propendan á establecer la union de hombre y mujer para la vida comun; á la manera, en fin, que sin la forma del acto legal el matrimonio no es institucion, el divorcio tampoco se produce sin este requisito (1).

(1) Hemos manifestado que nuestro ideal y nuestro criterio en el asunto del divorcio, y en general en todos los que son anejos al matrimonio, se amoldaba al ideal y criterio católicos, en nuestro juicio más perfectos que en ninguna institucion ni escuela. La Iglesia católica no solo exige que para la validez del matrimonio sea precisa la intervencion del sacerdote, sino que este sacerdote sea el párroco. A la necesidad de la jurisdiccion parroquial corresponde la competencia en la jurisdiccion civil.

El Concilio de Trento para condenar los matrimonios clandestinos estableció el principio de la jurisdiccion parroquial. *«Qui aliter quàm presente parrocho vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus (igual medio de prueba que en el derecho civil de las Partidas) matrimonium contrahere attentabunt eos Sancta Synodus ad sic contrahendum omninó inhabiles reddit et hujusmodi contractus irritus et nullos esse decernit prout eos presenti decreto irritas facit et annullat.* La cuestion escolástica que se produjo respecto á la celebracion del matrimonio como sacramento, versaba sobre si el párroco ó sacerdote es ministro ó no del mismo sacramento. Casi todos los padres del Concilio opinaron que no era ministro (Pallavicini, Isteria del Conci-

La substancia y materia del divorcio están constituidas por las causas que lo producen; la forma y modo lo están por la sentencia judicial, y materia y forma constituyen su naturaleza jurídica.

lio di Trento. Lib. XX.) Hubo, no obstante, algunos que siguieron la doctrina de Guillermo de París, entre los cuales está nuestro célebre Melchor Cano, que luego, en su profunda, elegante é inmortal obra *De locis Theologicis*, sostuvo la opinion de que el sacerdote era ministro, era verdadero celebrador del sacramento, que no se celebraba sino en virtud de la fórmula *ego vos conjungo*. Impugnaron directa ó indirectamente esta doctrina Soto, Bellarmino, Vazquez, Reynaud, Van-Spen y el tan conocido Walter en su *Lehrbuch des Kirchenrechts*, traducida á todas las lenguas de los países en que se cultiva el derecho canónico. Como modelo de clara exposicion nos permitimos citar de Cano el siguiente pasaje del libro 8.º, cap. 5.º, pág. 504, tomo I, id., de Madrid, imprenta de la *Gaceta* « At argumentabitur quispiam... omne igitur fide-  
lium matrimonium esse sacramentum. Apettetur verò hic theologus aut hoc etiam nomine dignus putetur? Dum quidem ita argumentabitur non modo theologus sed philosophus aut etiam dialecticus omnino habendus non erit. Annæ ad hunc modum graves theologi ratiocinantur? Annæ hisce argumentis adducti de rebus fidei pronunciant. Equidem Baptisma sacramentum esse scio, sed si formam sacram ministrumve non habeat baptismus erit sacramentum non erit. Unctionis quoque sacramentum agnosco; sed sine sacra forma sine eclesiæ ministro unctio quidem esse poterit, sacramentum vero esse non poterit, etc. Por nuestra parte declaramos que nos merece simpatía esta doctrina que creemos fácil de sostener en buen lógica, como haciendo igual racionio creemos fácil sostener en buen órden jurídico que el matrimonio no solo no existe sin el juez, sino que lo forma él al ejercer su ministerio en presencia de los contrayentes.

Los cónyuges, separados por consentimiento mutuo, los que sin la separacion de domicilio carecen de comunion de vida marital, los que no obstante esta falta conservan en igualdad de relaciones los bienes de la sociedad conyugal, reteniendo á su lado, educando y cuidando de los hijos, como si subsistiera en su vigor natural el estado de matrimonio, los que se separan con obligacion escrita, testifical ó solemne, todos éstos no producen el estado del divorcio, ni producen tampoco el más ligero de sus efectos legales.

La ley que rige la sociedad es tan necesaria á la sociedad, como la que rige á la naturaleza lo es para producir todos los efectos naturales.

Bonald considera que el matrimonio ó la obligacion conyugal no se produce bilateral sino trilateralmente; es decir, que el matrimonio se forma entre tres personas presentes ó representadas; el que debe ser marido, la que debe ser esposa y el poder público (1). Este especioso concepto del matrimonio define su naturaleza, y define tambien la del divorcio, en cuya

---

(1) L'engagement conjugal est donc réellement formé entre trois personnes présentes ou représentées; car le pouvoir public qui preside la famille et qui lui survit représente toujours dans la famille la personne absente, soit l'enfant avant sa naissance soit le père après sa mort... Cette troisième personne est sinon la première du moins la plus importante que c'est á elle seule que tout se rapporte et qu'elle est la raison del'union social qui ne sont pas plus père ou mère, que lui n'est fils sans elle. (Du divorce, cap. IV, pág. 178 de sus obras escogidas. Paris, 1846).

formacion precisa dar lugar correspondiente al poder público, á quien en compensacion se le deben los beneficios de la ley para cada estado de la vida social.

La naturaleza del divorcio abraza tambien la suspension de efectos del matrimonio, ó lo que es igual, el divorcio es por su naturaleza, ó por su razon lógica, compatible con la indisolubilidad subsistente en el matrimonio. De modo que la ley de 1870, ó el artículo 74 del proyecto de Código civil publicado en 1852 (1), al considerar el divorcio como la separacion de bienes y cuerpo, y en modo alguno como la disolubilidad del vínculo, sientan un principio jurídico, que es de derecho natural, que no necesitaba de la sancion canónica ni de la sancion civil, para dejar á salvo el principio absoluto de la indisolubilidad del matrimonio, y que en vano los criticos canonistas y civilistas acuden á las fuentes históricas para fundar la procedencia ó la viabilidad legal de este estado (2).

---

(1) Este artículo dice: «El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida comun de los casados.»

(2) Los jurisconsultos no consideran la indisolubilidad como de derecho natural y aun es difícil que la sostengan en buena, pero estricta ley jurídica. Nosotros que creemos que el derecho natural es el derecho racional y que la razon abona esta creencia, no vacilamos en declararnos en su favor. Los teólogos tampoco consideran la indisolubilidad del matrimonio como de derecho natural, porque, dicen, siendo de derecho natural no lo hubiera Dios permitido al pueblo hebreo, y sea *ob duriliem cordis*, ó por cualquiera otra razon, lo cierto es que lo permitió el mismo Dios. Por nuestra parte creemos que el hecho de permitir el repudio, la circunstancia de

La legalidad primitiva aceptaba la disolubilidad legal del vínculo ciertamente; pero hágase propia la observacion de Bonald. En Roma, dice este juicioso escritor (1); la familia comenzó por el repudio como el Estado por el despotismo, pues, como advierte con gran razon Montesquieu, los antiguos no conocian estado alguno constituido por ninguna ley fundamental. Es digno de observarse que la disolubilidad, como efecto del divorcio, se ha proclamado solo ó en tiempos de reconocida ignorancia, en épocas de decadencia general ó en tiempos de revoluciones ciegas. La Revolucion francesa, que instituyó el divorcio como disolubilidad del vínculo, rendia filial tributo al *contrato social* de Rousseau y á la doctrina de los enciclopedistas, que consideraba el derecho, la razon, la ley y la sociedad bajo el punto de vista aislado, separado de toda influencia civilizadora. ¡Ilusion de óptica crítica! ¡Cómo si la razon no educada no considerase plana la tierra, cómo si no hubiese contemplado luengos siglos ese firmamento embovedado hecho para recreo de la gigante tierra, como si no hubiese creído, en fin, ó mejor dicho como si no pareciese fácilmente concebible el movimiento del sol alrededor de la tierra, verificado de crepúsculo á crepúsculo!

---

que sea permitido por el órden divino confirma el enunciado; porque si no era de derecho natural la indisolubilidad hubiera podido establecerse sin esa divina tolerancia. El repudio en el pueblo hebreo es como la suspension del curso del planeta para alargar el dia, suspension natural dentro del órden de la naturaleza.

(1) Pág. 195 de la obra citada.

No hay verdad tan peligrosa como la que tiene explicacion tan fácil que por la impresion de los sentidos ó la vulgaridad de juicio se comprende.

§ II.

*Naturaleza moral.*

Fácilmente se concibe el matrimonio como un contrato sujeto á todas las contingencias de la voluntad movable; sin embargo, el matrimonio procede no de la voluntad determinada, sino de la voluntad indeterminada, es decir, de la facultad de querer, como siempre se quiere, lo bueno, lo justo y lo honesto; facultad que como todas las psicológicas es esencial á la vida. La facultad de sentir no se ejercita cuando no se siente; la facultad de pensar no se ejercita cuando no se piensa: así igualmente la facultad de querer, ó sea la voluntad, como la de pensar, ó sea el entendimiento, no se ejercitan sino con sujecion á una idea típica.

El entendimiento busca irresistiblemente la verdad; el sentimiento busca irresistiblemente la belleza; la memoria busca irresistiblemente la sensacion, y la voluntad busca irremisiblemente el bien. ¿Dónde está el bien del matrimonio, en la condicion disoluble ó en la indisoluble?

Preguntadlo á vuestra razon despejada, ó vuestra conciencia pura. La disolubilidad, rechazada por el ideal de la vida, rechazada por la razon, rechazada por el mismo matrimonio en que se promete la per-

petuidad de afecto y sacrificio , rechazada por la doctrina social , solo cabe en el criterio oscuro de pasiones groseras dominantes.

Si vuestro cónyuge pierde la virtud , en vuestro edificante ejemplo la encuentre ; si padece una enfermedad , vuestra piedad y caridad y la promesa de socorro le atiendan ; si os injuria , vuestra honra acrisolada sea su castigo ; si os calumnia , vuestra inocencia sea su confusion ; si quebranta vuestro derecho , reservadle el suyo y penad su falta : que leyes hay en donde tales atentados sufran correctivo ; pero si por tales medios quereis disolver la union , que vuestra desgracia compense , remunerareis la culpa , redimida no solo por vuestra separacion , sino por la facultad de crear nuevo vínculo.

¿Penais al que atenta á la vida ó á la propiedad , recluyéndole ó aprisionándole , y habriais de penar el adulterio , dando libertad á la adúltera para que se se casara nuevamente ? ¿La acusais de indigna del matrimonio , y la abris las puertas de este santuario despues de la acusacion ? ¿O bien os confesais incapaz de sostener el afecto , de atraer á vos á vuestra compañera , y quereis ensayar la prueba de vuestra virtud con otra que creeis más dócil ? Y entre tanto la segunda es madrastra de vuestros hijos , de vuestros hijos que olvidará la primera cuando la faculteis para que los produzca en otra familia.

No : debe repetirse ; el derecho natural es la conformidad de la razon con la ley , la indisolubilidad es de derecho natural , y el divorcio como simple fenómeno jurídico , como mera suspension de la vida comun ,



son de derecho natural, y en modo alguno, el divorcio proclamado en nuestro tiempo por los apologistas del salvagismo, traducido en ley positiva por los legisladores interesados en su beneficio, como el Rey de Inglaterra y el Emperador de Francia que lo establecieron.

¿Cómo y por qué el Parlamento más libre, el más despreocupado, el más revolucionario de los modernos tiempos, el de la Francia de 1848 no se atrevió á abolir la modesta ley de 1816, que restablecía desde el fondo de aquel criterio reaccionario la indisolubilidad doblemente quebrantada en el Código napoleónico? (1).

### § III.

#### *Naturaleza histórica.*

Indudablemente ha habido en la crítica jurídica validísima opinion á favor de la disolubilidad como naturaleza propia del divorcio. Fundábase esta opinion en la creencia de que el matrimonio era un contrato soluble como todos los que son objeto del derecho civil; fundábase en la circunstancia de que el

---

(1) En el Código de Napoleon se disolvía la comunidad civil: 1.º Por la muerte natural. 2.º Por la muerte civil. 3.º Por el divorcio, etc. La muerte civil fué abolida, el divorcio, como elemento de separacion del vínculo, abolido, y la muerte natural no se ha abolido, porque no puede abolirse ni afecta á la indisolubilidad esta ley inevitable de la naturaleza.

derecho antiguo y moderno, independientes de toda derivacion cristiana, habianle considerado como disoluble, y aun en la misma Iglesia católica, expresion viva y permanente de la doctrina del Cristianismo, habia pasado la indisolubilidad por grandes vicisitudes hasta su moderna sancion definitiva. La predicacion de Jesucristo fué corta, y tan estéril, que el pueblo judío la rechazó abiertamente, si bien bastó para que se conociese su doctrina y se propagase por el mundo, la predicacion de sus apóstoles.

Debían estos dirigirse al sentimiento mejor que á la razon; necesitaban vencer el vicio primero que destruir las instituciones vigentes, luchaban en la predicacion contra la ignorancia, y apenas podian definir ni sistematizar la doctrina cristiana.

El Nuevo Testamento, sin embargo, era el embrión de una doctrina que habia de progresar, que habia de desarrollarse, que habia de ingerirse, y penetrar y dominar la sociedad civil. Pero los Santos Padres, y así San Agustin lo manifiesta, notaban gran obscuridad en algunos esencialísimos puntos del dogma (1). Se van aclarando, y á medida que la in-

---

(1) San Agustin, tal vez la inteligencia más vasta que tiene la Iglesia católica, decia que las cuestiones referentes al matrimonio le parecian obscurísimas, que no se atrevia á manifestar si las habia explicado satisfactoriamente, tanto en la obra que escribia (*De adult. Conj.*), como en otras, ni si en caso de necesidad las explicaria tampoco. Cap. 25. En el libro 1.º, cap. 19. Retrat (segun Berardi, tomo II, pág. 232) llama á esta cuestion *latebrossissima*, y recomienda al lector que despues de leer mucho y pensar mucho «vigilantiore atque intelligentiore mente discutiatur.»

teligencia, y sobre todo la uncion mística, dominan el entendimiento de aquellos varones ilustres, á medida que se va dibujando con más perfeccion el ideal religioso, se copia fielmente en las obras y se afirma en los Concilios para enseñaanza de los cristianos.

¿Qué concepto dogmático del divorcio tenian los libros apostólicos? Jesucristo (Mathei., cap. 19, v. 8 y 9) habia dicho: «Moisés, considerando la dureza de vuestro corazon, os permiti6 abandonar á vuestras mujeres. No se permitia esto antiguamente, y para lo sucesivo declaro que cualquiera que abandonase á su mujer, excepcion se haga de la causa de fornicacion, y tomase otra, es adúltero, y adúltero es tambien el que tome mujer que otro haya abandonado.»

Esta declaracion, absolutamente igual á la del sermón de la montaña, contiene el principio de incapacidad de contraer matrimonio á la mujer divorciada. La declaracion se convierte en ley. «Se manda, dice San Pablo, 1. Cor., cap. 7.º, no por mi, sino por el Señor, que la mujer no se separe del marido, y si se separase permanezca sin marido ó reconcilíese con el suyo. Se manda que el marido no deje á su mujer tampoco.»

La indisolubilidad es patente aquí como en el *duo in carne una* ó el *homo non separet*; ¿pero si el marido que se ha divorciado de su mujer, toma una que no esté divorciada, no está comprendido en la prescripcion religiosa? ¿Puede hacerlo? Esta es la cuestion que no resuelve el nuevo Testamento, como no resuelve la paridad de los dos sexos ó la aplicacion de este mandato á uno y otro, si bien la igual-

dad de derechos y prerogativas que el Cristianismo reconoce en la mujer ofrecen solucion (1).

La primera cuestion ha dado origen á la dudosa doctrina de los primeros tiempos, y casos hay como el de Santa Fabiola (2), que se separó ó abandonó á su primer marido y se casó con otro viviendo el primero, ó como Carlo-Magno que hizo igualmente con su mujer, y fué consentido, dicen, por la Iglesia romana.

No es, sin embargo, en esta falta de solucion evidente en donde parecia admisible la disolubilidad justificada á que no parecen contrarios San Ambrosio y San Epifanio, comentando ú homiliando á San Mateo; es la disolubilidad por causa de religion, lo que ha podido arrojar la duda ligera, ó mejor dicho, el silencio de los primeros siglos.

En efecto, parecia lógica la disolubilidad por aquel consejo (3) de San Pablo. « Si algun hermano tiene

---

(1) La paridad de los sexos se afirma en varios pasajes de la doctrina de los Santos Padres San Gregorio Nazianceno, San Gerónimo y San Agustin. El P. Juan Cabassutio, en *Notitia Ecclesiastica Historica Concilium et canonum*, cita á propósito de un cánón del Concilio Agatense (de una de las ciudades de la provincia Narbona) algunos pasajes, entre los cuales recuerda uno de San Agustin, elogiando la ley de Antonio Pio César, que establece esta paridad. Al hablar del adulterio del marido, nos hacemos cargo de esta doctrina. Véase J. Cabassut, pág. 162. Ed., Venecia.

(2) Expuesto por S. Gerónimo. El Cardenal Wisseman publicó hace algunos años una interesante novela, cuya protagonista es esta santa.

(3) Así lo llama el P. Scio comentando este versículo.

mujer infiel y consiente ella vivir con él, no la deje.» Y si una mujer fiel tiene marido infiel, y consiente él morar con ella, no deje al marido, porque el marido infiel es santificado por la mujer fiel, y la mujer infiel por el fiel marido... *Y si el infiel se separase, sepárese*, puesto que el hermano ó la hermana no está sujeta á servidumbre en tales cosas, porque Dios nos ha llamado en paz.

Doctrina general es, pues, la disolubilidad del vínculo en este caso, y así la consideraron el eminente San Crisóstomo, comentando esta epístola de San Pablo, y los comentaristas San Ambrosio y Ecumen, los Romanos Pontífices Inocencio III (1), Benedicto XIV (2), Gregorio XIII, Pio V y Paulo V, cuyas declaraciones fueron apoyadas ó estuvieron conformes con la doctrina de los tratadistas Hugo de San Victor

---

(1) Cap. VII. Quanto divorciis.

(2) Nótese que estos Pontífices no decidían la cuestión á favor de la disolubilidad en el matrimonio *consumado*, sino en el de los herejes, uno de los cuales, al convertirse al Catolicismo tenía derecho que se considerase disoluble su matrimonio. Benedicto XIV tenía una idea tan perfecta del matrimonio como San Pablo, porque daba por supuesto el matrimonio entre fiel é infiel, y solo en el caso de que el infiel se separase cree lícita la separación. El Papa cree que el privilegio de la disolubilidad se concede en mérito de la fé; hé aquí sus palabras: «*Certum est infidelium conjugum ex privilegio in fidem favorem à Christo Domino concesso et per Apostolum, I Cor., promulgato dissolvi cum conjugium alter christianam fidere amplitetur remente altero in sua infidelitate bdurato cohabitare quidem volente sed non sine contumelia reatoris. De Synodo diocesana. Lib. VI.*»

y el famoso maestro de las sentencias Pedro Lombardo y sus cuatro mil comentaristas, é impugnadas por el autor de las Instituciones Lugdunenses, obra autorizada en las escuelas y por mucho tiempo de texto en los Seminarios (lo mismo que sus Inst. filosóficas). Desserart, Agustin Gervasion, Eibel, Tabaraud, y últimamente el profundo historiador teológico doctor Binterim. Entre nuestros tratadistas de derecho fué tambien válida esta opinion, y aun lègal en nuestro derecho antiguo. Covarrubias de Leiva (De Matrimonio, part. 2.<sup>a</sup>, tomo I, pág. 192, edicion de Antwerp.) cita el opúsculo especial del obispo Roberto Cenal, cita á Alfonso de Castro, á Domingo Soto, Juan Arboreo, Cayetano Roffense, como testimonios de considerarse lícita la disolucion conyugal por la infidelidad religiosa de un cónyuge. Siguiendo él esta opinion sienta tambien la de que es disoluble el matrimonio por el voto solemne ó profesion religiosa de un cónyuge *non-dum secuta copula*, á cuya disolucion, despues de cita á Juan Mayor, S. Buenaventura, Jacobo Natal, Beda, Paludio, Claudio Spenceo, Jacobo Almain y Melchor Cano, dice, se atribuye origen y autoridad divina (1). Covarrubias, como todos los jurisconsultos antiguos, era tan romanista que hasta en las cuestiones teológicas llevaban su criterio fundamental; de aquí la

---

(1) *Scire tamen convenit hoc matrimonii divortium ex divina auctoritate fieri non humana. Cap. 7, §. 4, y más adelante en la misma página: Ex quo consequitur non ex humano jure sed ex ipsa rei natura et conditione votum solemne matrimonium dissolvere; non ita simplex; quia votum solemne est traditio realis simplex verò ipsa promissio.*

condicion *nondum secuta copula*, para que el matrimonio fuera disoluble, porque sin ella ó *secuta vel habita copula* era indisoluble por existir mútua tradicion ó posesion. Consideraba, pues, que una vez poseidos mútuamente los cónyuges, el matrimonio era un hecho inevitable ó un derecho inquebrantable, ó propiedad absoluta de indisolubilidad (1).

Con este mismo criterio explica el contenido del cánón 48 de un Santo Sínodo, aunque no se muestra conforme con él.

Dicese en este cánón: «La mujer de quien quiera que fuese promovido á la dignidad episcopal, separada antes por mútuo consentimiento de su marido, luego que éste sea ordenado y consagrado obispo, entre en un monasterio lejano á la habitacion episcopal, goce de la proteccion de éste, y si ella lo merece se la promoverá á la dignidad del diaconado (2).» Con ese mismo criterio, y haciendo afirmaciones rotundas, sostiene que el Papa no puede disolver el matrimonio consumado, con lo que dirige tácita censura á Paulo IV y Julio III, que se habian creído con este derecho, y combate á Socinio, Geró-

---

(1) *Ex quibus concludi potest matrimonium carnali copula consumatum non dissolvi per votum solemne cum in illo matrimonium tunc fuerit promissa reales traditio.*

(2) «Uxor ejus qui ad episcopalum dignitatem promotus est, communi veri consensu prius separata postquam in episcopum ordinatus, est at consecratus monasterium ingrediat, procul ab episcopi habitacionem extractam, et episcopi providentia finatur quod si digna fuerit etiam ad diaconatum dignitatem promovebitur.»

nimo Grat, Segismundo Loffredo y otros. Igualmente, y con un razonamiento dilemático, manifiesta ser insostenible que por causa de enfermedad se disuelva el vínculo, no obstante parecer autorizado en una carta del Papa Gregorio III al obispo Bonifacio; carta cuyo contenido considera Covarrubias como tolerancia especial, y en manera alguna como general definición, porque dice: «salva sea la autoridad de la Iglesia,» alguna singularísima razón tendría que permanece ignorada. Tal vez esta razón sea la misma que mueve á Tissot (1), á citar como divorcios *quoad vinculum* consentidos por la Iglesia, los de Teodoberto en 535, Chilperico en 564, Goutran en 565, Cariberto en la misma época, Dagoberto en 629, Pipino en 668, Felipe Augusto en 1193 y 1201, de Luis XII en 1499, Enrique VIII en 1584, Enrique IV en 1599, y Napoleon I en 1809. Lo mismo que Covarrubias opina en estas cuestiones Gutierrez (2), apoyándose en la doctrina de la Iglesia; en las del maestro Sanchez, el dilucidador más perfecto en este asunto; en Pedro Ledesma, Vazquez, Córdova, Castillo y otros (3).

---

(1) *Le mariage la separation et le divorce*. 1868. París, pág. 108.

(2) J. B. Gutierrez. «*Canonicarum questionum libri.*» (Tract. de Matrim., cap. LIII, pág. 288, ed. de Salamanca).

(3) Perez en sus *Commentaria in ordinat. Regn. Cast. lib.*, sienta como absoluto el principio de indisolubilidad y dice respecto al caso de promoción á sagrados Ordenes en uno de los cónyuges. «*Ex quo infertur quod si quis promoveatur ad sacros ordines post consummatum matrimonium, uxore etiam*

Innecesario será recordar otros juristas, constando en nuestro derecho antiguo, permitida y autorizada la disolubilidad del matrimonio, *si mulieris maritus masculorum concubitur adprobatur, aut eamdem suam uxorem, ea nolente adulterandam cuicumque viro dedisse vel permississe convincitur, etc.*, en cuyos casos se manda que la «mujer pueda casar con otro si se quisiere.»

No obstante la gravedad inmensa de estas causas por justísimo y discreto pudor no enumeradas (1) en leyes sucesivas, no recordamos caso alguno histórico de proceso, fundado en ellas ni para disolución ni para divorcio.

La ley de Partidas autorizaba también una especie de disolución por mútuo consentimiento; pero como esta disolución era para profesar en una Orden, y requeríase que la mujer viviera después continente, no existía esa disolución del vínculo que lleva consigo la facultad de contraer nuevo matrimonio (2). Au-

---

consentiente, quod matrimonii vinculum non dissolvitur ac per hoc subinfertur quod ei tenetur de necessariis ad subsidium vitæ providere. (Tom. II, p. 22, ed. Salamanca, 1574).

(1) Entre los cánones penitenciales *seu regule directive quarum notitia viris ecclesiasticis etc.*, de la obra del canonista Freiesleben (a); Ferromontano están el 10 (pág. 1257, tomo I), que dice, citando á S. Agustín, «Noxius est quod, qui contra naturam peccavit, si sit clericus debet deponi, vel religione tradi si corrigibilis appareat at perpetuam pœnitentiam peragendam. Si vero sit laicus à cœtu fidelium usque ad condignam satisfactionem debet fieri alienus. Hoc enim vitium majus est quam cognoscere matrem (32, quæst. 7 de adult.).

(2) Si algunos que son casados con derecho... después

torizaba esta disolucion plena con facultad de contraer nuevo matrimonio el cónyuge separado; pero era bajo la tutela de la Iglesia, á la cual habia considerado el sábio Rey como digna de que las decisiones papales, tuviesen fuerza y mereciesen sancion legal entre las diferentes decisiones del derecho pátrio (1). Por tres razones podia separarse un cónyuge cristiano de otro que no lo fuera; porque éste no quisiese morar con aquel, ó si queria y vivia, le denostaba muchas veces á Dios, ó si no le denostaba ante él, procurase alejar al cristiano de la fé, y volviese á su religion antigua.

«Ca, continúa el legislador, por cualquiera de estas tres razones el cristiano ó la cristiana pudiese partir del otro non demandando licencia á ninguno: é puede casar con otro ó con otra si quisiese (2).» Esta ley está textualmente tomada de la tradicion canónica, del tan repetido más vale que concluya el matrimonio que la piedad, de San Crisóstomo (3); é igual

que fuesen ayuntados carnalmente, le viniese en voluntad de entrar en Orden, e se lo otorgase el otro, prometiendo el que fincaba al siglo de guardar castidad, seyendo tan viejo que non puedan sospechar contra él que fará pecado de fornicio, e entrando el otro en la Orden de esta manera, se face propiamente el departimiento para ser llamado propiamente divorcio. Pero debe ser por mandado del Obispo ó de algunos de los otros perlados de la Santa Iglesia que han poder de lo mandar. (Tit. X, ley 2.<sup>a</sup>, Part. 4.<sup>a</sup>).

(1) Covar. Máximas, pág. 12.

(2) Ley 3.<sup>a</sup> de la misma Partida.

(3) Ut si jubet te sacrificare aut sociam esse impietatis

à la doctrina del citado Benedicto XIV. Esta legislación vino cuando ya el Catolicismo reconocia la indisolubilidad con la misma fuerza que habia sido mandada por el Divino legislador, cuando los Padres de la Iglesia, San Agustin, especialmente, habian roto con las instituciones civiles, no amoldando ni sujetando á ellas la institucion del matrimonio cristiano. Sin embargo, Constantino el Emperador, que vencia con el signo de la cruz, y que era contemporáneo de esos Santos Padres, autorizó la disolucion del matrimonio y la formacion de uno nuevo, cuando del marido ausente é ignorado en el ejército no hubiese noticia durante cuatro años (1); el Emperador Valeriano la autorizaba cuando se esperaba tres años al esposo ausente, y permitia casarse á la mujer, favoreciéndose de este modo la condicion del sexo femenino, que no puede provechosamente contraer matrimonio sino en determinada edad (2). El Emperador Teodosio, el jóven, fué más esplicito, y manifestó que así como el repudio, sin justa causa, era digno de prohibirse, así cuando la causa existia, debia el legislador favorecerlo. La causa ó causas que legitimaban el repudio eran señaladas en aquella misma disposicion legal. El marido adúltero, el homicida, el envenenador, el conspirador contra el imperio, el falsificador condenado, el profa-

---

propter matrimonium aut recedere, melius est ut divelatur matrimonium quam pietas. (Chrysost., cap. VII, hom. 19, in Ep. ad Corinthios).

(1) Ne opportunissimo nutendi tempus amitat. (2.<sup>a</sup>, título XVII, Cód. Just.).

(2) Cód., lib. V, tit. XVII.

nador de los sepulcros, el sacrilego sustractor de las cosas de la Iglesia, ladron ó cómplice de ellos, plagiarío, el que traia á su casa, y á la vista de su esposa, mujeres de mala vida, ó seducidas por él, si atentase á la vida de su mujer, debia sufrir el ser repudiado, y la ley debia favorecer esta disolucion. La mujer, además de las causas de repudio para el marido, tenia en contra de sí otras, entre las cuales pueden referirse las de aceptar el convite de los extranjerós, pasar la noche fuera de casa, asistir á los fuegos, teatros y espectáculos, no obstante prohibicion expresa.

Anastasio rebajó á un año el tiempo que debia esperar la mujer divorciada, por consentimiento mútuo, para casarse nuevamente.

Justiniano añadió á las causas especialmente definidas para producir el repudio legal, la impotencia. Tambien el citado Emperador Anastasio añadió la causa de haber producido aborto la mujer con auxilio ó industria cualquiera, y otras igualmente significativas (1); y últimamente se fijó el derecho en cuanto á las causas de divorcio con la promulgacion de las Constituciones nuevas ó Novelas del Emperador Justiniano. La Novela 22 señala las causas enumeradas por Teodosio, y las que se habian añadido (2), mencionando otras tres en la mujer, y manifestando las penas pecuniarias ó las privaciones á que conduce el divorcio por estas causas, é invocando la penalidad

---

(1) El mismo título.

(2) El cap. XV de esta Novela las repite textualmente.

asignada por Teodosio para el causante (1). Esta misma Constitucion deroga la disposicion de Constantino con la prudentísima reflexion de que al marido (2), ocupado en los azares de la guerra y privado de su mujer, se le ofende autorizando á ésta un segundo matrimonio, y se le puede producir pena tan grande como si hubiese caido prisionero por sus enemigos. Los cuatro años se convierten en diez, y para que tenga lugar la disolucion, precisa que en ese tiempo no haya tenido cartas ni noticias, y que además, mande el libelo al *magister militum*, ó al tribuno ó jefe *sub quibus ipse* (el marido) *miles est*.

La Novela 117 procura, como la anterior, definir las causas, derogando algunas disposiciones que no cree el legislador dignas de la disolucion (3), exige determinado procedimiento para probar la existencia de adulterio de la mujer, y luego que la acusacion sea veraz y fundada; el repudio legal da al marido que la efectúa señalada superioridad sobre los bienes del matrimonio, ó mejor dicho sobre la dote y las donaciones ante nupciales (4); favorece á la mu-

(1) Cap. XVI de la misma Novela. Es la glosa de Godofredo, referente á este capitulo, digna de leerse por sus observaciones.

(2) Cap. XIV.

(3) *Quia plurimas in veteribus et nostris legibus invenimus causas ex quibus facile nuptiarum solutiones fiunt; ex causa perspesimus ex his abscondere aliquas quæ nobis indigna ad solvendas nuptias viscæ sunt, etc.* (Cap. VIII).

(4) En el cap. VII señala el destino de los hijos en caso de divorcio de conformidad á lo que siglos despues se observa como lo mas acertado.

jer á quien su marido ultraje, trayendo á la casa ó teniendo en la misma ciudad una cómplice, acreditando el hecho la mujer, los parientes ó cualquiera persona fidedigna (1); favorece tambien á la mujer á quien su marido villano ha intentado reducir á adulterio; procurándolo él para apoderarse de la dote y donaciones; la favorece cuando el marido acusador no puede fundar su acusacion, dándole entonces á ella la accion contra su marido que él tendria, á ser cierto el motivo de la acusacion; prohíbe el divorcio por mútuo consentimiento, que más tarde ha de restablecer la Novela 140 (2); pero deroga con esta prohibicion una ley (la 60 de *donationibus* que citaremos más tarde), la 9.<sup>a</sup> del Código y la Novela 22 que hemos citado antes; reforma absolutamente la disposicion del divorcio, en que debia esperarse al marido militar disponiendo que, de ninguna manera, cualquiera que sea el tiempo sin saber del marido, pueda la mujer volver á casarse, á no ser que hubiese muerto, en cuyo caso tampoco se efectúe sin acreditarlo, sin acercarse por sí ó por persona alguna á las personas que legalmente testifiquen la muerte ó fallecimiento del marido. En la Novela 134, cap. XI, se pena el repudio dado sin motivo legal ó justo. En la 127, cap. IV, se habia igualado la suerte penal del

---

(1) Cap. IX, pág. 5.

(2) Quia vero ex consensu aliqui usque ad presens alterna matrimonia solvebant hoc de cætero fieri nullo finimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentiæ hoc fecerint. (Cap. X).



marido y mujer que diesen lugar al repudio (1). En la 140, el legislador, compadecido de los dolores que afligen á los esposos odiados, restablece el mútuo consentimiento, ó sea el divorcio propiamente dicho (2); tristísimamente razonando, que pues el matrimonio era producto del mútuo afecto, el mútuo desafecto podía dirimirlo.

¡Qué diferencia de legislacion! ¡Qué criterio tan distinto entre ésta y la Novela 117! Restablecer la condicion soluble llamada *bona gratia*, por la cual el matrimonio quedaba disuelto siempre que los cónyuges tuviesen voluntad de disolverlo, era rebajar esta institucion á la humildad de un contrato cualquiera, en el cual las partes se benefician, y sin que el beneficio tenga punto de contacto con la sociedad; restablecer el divorcio é invocar para ello el testimonio de precedentes ya derogadas leyes, era renunciar á los progresos que no há mucho se habian realizado en esta importantísima y vital constitucion del matrimonio!

El Emperador León, condolido igualmente de la desgracia de un cónyuge que sufre por la enajenacion mental del otro, ordena que esta desgracia sea sufrida por el marido durante tres años, dentro de los cuales, si la enfermedad no ha desaparecido, puede

---

(1) Et nullius hoc transformantes sancimus nullam esse differentiam quantum ad pœnam inter vivum et mulierem hoc præsumentes... in delicto enim æquali similes eis in minere pœnas justum esse putamus. (Nov. CXXVII, 4.<sup>o</sup>).

(2) Divortium autem vel à diversitate mentum dictum est vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium. (2.<sup>a</sup>, tit. II, Digesto).

disolverse el matrimonio librándole de esta desgracia (1).

Peró como la malicia humana podía abonar criminal pretesto en esta ley, recuérdase el castigo que debe sufrir (2) el marido que, por malas artes, hubiese procurado la enfermedad de que era doliente su mujer.

El sufrimiento de la mujer, de ordinario más resistido, autorizó al legislador para alargar dos años el tiempo en que duraba la consistencia del vínculo. Tanto ésta, como la siguiente institucion, revelan por la forma en que están redactadas, la gran influencia del Cristianismo en la legislacion.

De todo lo espuesto se deduce que la legislacion romana, fecunda en todo, en derecho civil especialmente, y del familiar en esta parte importantísima, aceptaba el repudio y el divorcio, prévias y determinadas formalidades y causas sujetas á la condicion esencial, ó al supuesto de que el matrimonio habia sido absolutamente válido, arreglado á las disposiciones generales que presidian toda institucion contractual (3), y sentando el principio de la disolucion (4), era consecuencia del repudio y del divorcio, sea por

---

(1) *Matrimonium divelatur maritus qui ab intolerabili illa calamitate exoneretur.* (Leon, cons. CXI).

(2) Además de la pena aquí señalada, recaen sobre este delito las generales de la ley Cornelia de *sicariis*, y las de la Novela 22 contra el repudio sin justa causa.

(3) Ley 191; De *verv. signif.*

(4) Ley 1.<sup>a</sup>, tit. III, lib. XXIV, Digesto.

causas que acreditasen la imposibilidad de cumplir los fines del matrimonio (1), sea por propia voluntad ó por propio y perpétuo consentimiento de mútua separacion (2); porque sin ser perpétuo no era válido; cuando el repudiante cambiaba de pensar antes de que el repudiado hubiese recibido el libelo, se evitaba el repudio, no así cuando éste lo habia recibido, que tenia derecho á repudiar (3) por la ofensa que el libelo suponía (4). Además de las formalidades que hemos indicado, requeríase por una ley la presencia de siete testigos so pena de nulidad de repudio (5). Existía tambien la necesidad de que el repudiante, por causa de enfermedad mental, pasase alimentos ó la pension que correspondía á la clase de la enferma, pudiendo su curador, ó cualquiera de los parientes, ejecutar al marido que se negase á darla (6).

Una legislacion tan vâria, un criterio tan limitado que no pasaba del horizonte que formaban algunos ejemplos dolorosos ó algunas observaciones prácticas, debió sufrir gran pérdida de consideracion en aquellos cristianos de los primeros siglos, tan propensos al idealismo de la vida, al sacrificio, á la obediencia de aquel mandato tan repetido *quod Deus conjunxit, homo non separet*.

---

(1) Enumerados en los lugares citados, especialmente en las Novelas 22, 117 y 140.

(2) Ley 3.<sup>a</sup>, tit. III, lib. XXIV, Dig.

(3) Ley 7, de *don*.

(4) *Tunc enim per eum dissolvitur matrimonium, ibidem*.

(5) Ley Julia. De *adult. conj*.

(6) Ley 22. *Solutio matrim.*

§ IV.

*Naturaleza politico-religiosa.*

El derecho de Roma habia, no obstante, tocado la meta de la civilizacion. Por imperfecto que fuese, Justiniano debió bajar al sèpulcro con la conciencia de la inmortalidad de su código, y aquellos ilustres jurisconsultos debieron creer que Roma, cuyos dioses se desmoronaban, cuyas virtudes habian desaparecido, cuya fortuna en las batallas habia vuelto el rostro iracundo, cuyos dominios, en fin, llevaban en sus mismas entrañas el gèrmen de la muerte, debieron creer que la civilizacion romana habia tomado preferente lugar en la historia de los progresos humanos, y esa civilizacion era perpétua, porque la perpetuidad nace de la justicia, y su derecho contenia grandes y universales reglas de justicia.

¿Qué influencia habia tenido el Cristianismo en estos adelantos, en estas vicisitudes, vacilaciones ó crisis, que debian fijar más tarde el derecho que dogmatizara la indisolubilidad del vínculo?

Montesquieu ha dicho que en Roma, como en todos los paises, la religion ha influido en la formacion del matrimonio (1), y la cristiana no solo influyó, sino

---

(1) *Esprit des lois*. XXVI. 13. Chateaubriand, que no merece gran autoridad en una obra juridica, tuvo, no obstante, algun fundamento para decir que la Europa debia á la Iglesia el pequeño número de buenas leyes que poseia: «Aca-

que por las relaciones del sacerdocio con el Imperio, pudo dar su carácter á la Jurisprudencia como lo demuestra el Código de Teodosio, que es una compilacion de los Emperadores iniciados en el Cristianismo (XXIII, C. 21).

El eminente jurisconsulto Baldo, no solo creyó en esta influencia que nadie pondrá en duda, sino que para encomiar un edicto del Pretor sobre la rescision de las obligaciones contraidas por violencia, le supuso dictado por el mismo Espíritu-Santo que, segun tradicion de la Iglesia, inspira las decisiones ó cánones de sus concilios (1). Uno de los más afanosos jurisconsultos modernos, y de los más competentes en Derecho Romano, no solo ha creido en esta innegable influencia, sino que ha intentado demostrarla en un especial ensayo (2). El Cristianismo traza una doctrina, la más acomodada á las reglas de una moral perfecta. Los tribunales del pueblo predicaban en vano, y se afanaban inútilmente por dar á la plebe toda la plenitud de derechos civiles que tenían los patricios. Solo el Cristianismo, igualando su condi-

---

so, dice, no hay una circunstancia en materia civil que no haya sido prevista por el derecho canónico, fruto de la experiencia de quince siglos y del talento de los Inocencios y de los Gregorios. (*Génio del Cristianismo*, cap. X).

(1) *Placuit, vissum est Spiritui Sancto et nobis*, forma bajo la cual se expresa esta inspiracion divina autorizada por aquellas palabras de Jesucristo: «donde estuviesen reunidos en mi nombre, allí estoy yo.»

(2) Troplong, *Influencia del Cristianismo en el Derecho civil de los Romanos*.

cion natural, pudo igualar su condicion civil, y como consecuencia de esto la igualdad de aptitud y de categoria para celebrar el matrimonio, esa igualdad impugnada cuando Canuleyo la proponia, impugnada despues en nuestro país entre los bárbaros y romanos, hasta que Recesvinto llegó á establecerla.

El Cristianismo no solo hacia iguales á plebeyos y patricios en cuanto á su condicion natural, sino que hacia igual tambien en cuanto al matrimonio al hombre y á la mujer.

La familia romana (1) era institucion que se subordinaba á la del *pater*, y en esa institucion la mujer, como los hijos, eran objetos del dominio del jefe, y como tales sujetos á una ley de esclavitud, contra la que se sublevaba la conciencia religiosa del Cristianismo.

Para conocer la influencia de esa religion bienhechora en el concepto jurídico que debia merecer el matrimonio, es necesario recordar el estado de la legislacion con anterioridad, y con posterioridad á su advenimiento ó á su dominio sobre las costumbres del pueblo romano.

Ciertamente que el divorcio, ó sea la separacion *quoad vinculum*, habia sido rara en un principio. A la manera que Cristo (2) pudo advertir á los hebreos

---

(1) Familia de familia *famulus*, cuya significacion ó valor etimológico revela, y así lo han considerado los criticos, una especie de dependencia respecto del *pater familias*, su jefe.

(2) Math., cap. V.

que por la dureza de su corazón se había autorizado el repudio, que, en el principio de las sociedades, no era permitido; cualquier legislador de Roma del tiempo en que apareció el Cristianismo, podía recordar al pueblo romano que el divorcio y el repudio eran desconocidos é inusitados en la primera edad de Roma, pues que, según verídica relación de historiadores hasta el 521 de la fundación de la ciudad, no había existido un ejemplo de divorcio, y al existir el que se refiere, debíase á la esterilidad de la mujer de Carbilio Ruga, á quien éste repudió (1).

Pero todo lo inusitada que en un principio pudo ser la disolución del matrimonio, fué frecuentísima en la época anterior al Imperio.

Basábase la institución en el principio de un simple contrato que tenía por objeto un fin económico ó grosero, ó de altivez, según que predominaba el deseo de mejorar la suerte con la dote de la mujer, y el órden y la moderación que traía á la casa, ó el de satisfacer carnal apetencia, ó de dominar sobre la familia y conquistar esa veneración, ese respeto, esos derechos, esas prerogativas del *quirit*, del *pater familias* que reflejaba en sí la majestad y la grandeza del poder de Roma.

Como Roma tenía una propensión invencible á engrandecerse, como esta propensión dió aliento á aquella raza varonil, emprendedora, como mantuvo

---

(1) Dionisio de Halicarnaso, Plutarco y Aulo Gelio lo refieren. Montesquieu hace curiosas observaciones sobre esta referencia.

aquel génio de superioridad que le distingue entre todos los pueblos y que la hace señora de todos; así cada persona, cada ciudadano, llevando en su frente la estrella de su fortuna, y en su alma el vigor de una naturaleza privilegiada, veía en el matrimonio el origen de una consideración pública, de una significación personal, que no se obtenía sino mediante las justas nupcias (1), significación personal no perdida ni aun en los tiempos de aquella escandalosa decadencia dentro de la sociedad cristiana, tan apologista del celibato y el estado continente (2), ni aun en la sociedad que alcanzamos por poco celosa que sea del brillo de la institución matrimonial (3).

Livianos objetos eran los que presidían las forma-

---

(1) Según Pothier, eruditísimo romanista, llamábanse justas nupcias al matrimonio civil tal y como después se le ha considerado, y llamábase concubinato á la unión de hombre y mujer realizada sin las solemnidades nupciales. Había otra clase de matrimonio llamado no legítimo (ley 37, Dig., ad municipium; y ley 1.<sup>a</sup>, 13, § I, Dig. ad leg. Jul. de adult.), véase la nota Troplong haciendo observaciones al lib. IV del *Variorum* de Revardus.—*Influence du Christ.*, etc.

(2) Una de las tesis públicas que periódicamente celebraban los teólogos de los conventos de Salamanca á principios de este siglo, estaba concebida en estos términos: *Nihil est matrimonio perfectius*. El defensor de la tesis tuvo que contestar á innumerables argumentos, y no debió quedar en buena reputación teológica; pero, tratándose no de sacramentos en Teología sino de instituciones en Derecho, hay nada más evidente que la verdad de la tesis?

(3) Todavía entre las gentes cultas tiene algo de ridículo el tipo del solteron, y carece de respetabilidad cualquier hombre sino ha llegado á constituirse.

cion de la familia. El amor, dios de los poetas, y alma de los séres sensibles, era incompatible con esta liviandad.

El lustre de la potestad pátria, la majestad del *pater familias*, la exaltacion al mando ó imperio de la casa, el derecho omnímodo sobre los hijos y la mujer, ¿podian envanecer á ningun corazón noble, podrían inspirar ese afecto de la vida comun, esa abnegacion para el cuidado de los hijos, esos sacrificios que enaltecen, que deifican al padre solícito por la educacion de la prole? No. La autoridad paterna, revestida de majestad ante las relaciones sociales, jactanciosa y despótica para con los hijos, engendraba en estos el mónstruo de la envidia, sostenia la esperanza de dominar y faltaba la primera de las virtudes domésticas, la cultura de ánimo y de sentimiento por ese afecto que modera los impetus de una naturaleza ruda, dulcifica las maneras, contiene las ambiciones imperiosas, aleja las pasiones bastardas, infunde prudencia y prevision en la vida, y aliento en saludables empresas.

Este efecto de la vida familiar que nosotros hemos conocido, era ignorado de aquel pueblo idólatra, del mando, y prendado y enamorado solamente del nombre de Roma.

La mujer y los hijos estaban bajo la mano del padre (*mancipium, manu captum*), su condicion igual hizo creer que la mujer era siempre hija, porque salia de la potestad del padre, y al someterse á la del marido, no mejoraba su condicion natural. Esclava por la ley, esclava por la debilidad de su sexo, esclava

por el afecto del marido que, cuando le habia dominado con sus escantos, quedaba dominada por la presion celosa, tan propia de las naturalezas rudas, sus atractivos le hicieron ganar poco á poco una elevacion á que debia aspirar por el número de sacrificios y de penas á que la condenaba el cuidado de sus hijos. Así la esposa se elevó á la categoria de *mater familias*, de *mater familias* á matrona, y como es lógico en ese fenómeno de las eternas compensaciones, al lado de la majestad del marido *majestas viri*, al lado del derecho paternal *jura parentis*, existia el génio é índole del sexo que domina por la fuerza de sus atractivos.

El hombre que al casarse recibia la dote de su mujer, se enriquecia, gozaba de los derechos de marido; pero la mujer dotada, que lo elevaba á esta jerarquía, tenia sobre él una influencia moral, influencia que le prestaban la riqueza de la dote y el apoyo de los parientes; pero especialmente, lo primero que hizo decir á Horacio (1). *Dotata regit virum*. El hombre accesible á los atractivos de otra mujer, dejaba á

---

(1) Horat. III, Od. 24. La mujer podia decir al marido que si era padre, que si era marido, que si gozaba de los beneficios que la ley otorgaba á los casados con detrimento de los célibes que ni podian instituir heredero ni recibir legados, era por ella, por haberle sido concedida. Así Juvenal pone en boca suya estos irónicos versos de su 9.<sup>a</sup> Sátira:

.... Foribus suspende coronas  
Jam pater es. Dedimus quod famæ opponere possis;  
Jura parentis habes, *propter me* scriberis heres  
Legatum omne capis, nec non et dulce caducum.

la suya, como medio con que escusar su falta, ciertas atribuciones íntimas que minaban la autoridad doméstica. Así la grandeza de la *mater familias*, la importancia de la dote, ó la debilidad y fragilidad humanas, de quien no obstante ostentaba el título de *cives romanus*, dieron á la mujer cierta importancia de que usó pródigamente.

A medida que los divorcios se hicieron frecuentes, perdian aquella gravedad de los tiempos primitivos; la mujer divorciada se hacia licenciosa, siquiera por excusar la imprudencia del divorcio ó el repudio, su licencia cautivaba, y el varon majestuoso era el juguete de una mujer liviana ó impúdica (1). Perdido todo respeto á la santidad del vínculo el matrimonio era un negocio; en vez de casarse se decia *colocarse* la mujer (2), ó endosársela á alguno (3), si ella era pobre; porque no habia cosa más difícil que el matrimonio para una hija de familia que no tenia dote (4), y aun así hasta el triunfo obtenido por un tribuno del pueblo, la mujer que se casaba sin aportar dote, no se la consideraba como mujer, sino como concubina (5). Desconociase, pues, ese sentimiento de nobleza del hombre que busca una agradable compañera para compartir sus riquezas y alegrías. Un

---

(1) .....«Incubuit luxuria victumque ulciscitur orbem»  
decia Juvenal.

(2) Ciceron. De *divinatione*. I, 46.

(3) Idem. De *officiis* II. 16.

(4) Plauto. *Aulul*, II, 14.

(5) Plauto. *Trin.*, III, 64.

error inmenso, en el concepto de la virtud, invadía hasta los afectos más sublimes. Cuéntase que Hortensio, admirador profundo de la virtud de Caton, familiar y amigo suyo, llegó á proponerle que se divorciara su hija del hombre con quien se habia casado para casarse él con ella. La hija de Caton, y su marido especialmente, rechazaron tan inaudita pretension. Hortensio, que no logra esto del yerno de Caton, quiere lograrlo de él y le pide á su mujer.

¡Pedir la mujer al marido para casarse con ella, porque no puede casarse con su hija! ¿Era posible lograrlo? Se logró, no obstante. Caton, personificacion de la virtud romana, dió su mujer, á quien amaba entrañablemente, á su amigo Hortensio, y cuando éste murió, y quedó viuda, volvió á casarse con ella antes de ir á la guerra que sustentaba Pompeyo (1). Esto casi es tan monstruoso como aquella ley de Licurgo, que ordenaba al esposo viejo de una mujer jóven y bella, cederla á un hombre más jóven y vigoroso que él, y otra que autorizaba al soltero, que queria ser padre sin casarse, pedir su mujer á un marido para sucerderle por un instante en sus derechos (Jenophonte: De Rep. Lacedem., cap. I, Schmidt., Enssay. hist. sur la société civil dans le monde romain, pág. 29. L. Morillot, De la condition des enfants hors du mariaje. Paris, 1865.)

Ni ley, ni dioses, ni virtudes, siendo la sociedad objeto de burla de los poetas, objeto de reprension de los filósofos, y objeto de interés y lucro, de orgu-

(1) Dezobry. Rome du temps de August., tomo III



llo y de egoísmo, ¿quién puede medir ni precisar la influencia de la doctrina cristiana en aquellas costumbres que reclamaban, que pedían una trascendental reforma? Y aunque el Cristianismo como religion, como doctrina, como regla de vida, pudiese adquirir algun dominio, ¿en qué precedentes legales podia basar la reforma?

Emperadores cristianos hubo que recibían de un sacerdocio ilustrado frecuentes consejos; pero ¿tan fácilmente se cambia la legislacion civil de un pueblo?

El sacerdocio habia recibido una doctrina, derivada de Moisés, que autorizaba el repudio, no obstante ser prohibido en las primeras sociedades del pueblo israelita. El legislador romano veía en todos los jurisconsultos, y en todos los filósofos, un esfuerzo constante para enaltecer y ennoblecer las virtudes; pero entre estos jurisconsultos y filósofos habia existido un hombre, el más conocido, el más reputado, el más ilustre de los oradores, de los cónsules y de los moralistas, Ciceron, que, no obstante el ideal de la moralidad, habia dejado á su inocente Terencia para casarse con una jóven rica, de cuya fortuna era depositario por un fideicomiso (1).

Y si el legislador romano no podia encontrar el precedente, ni el ejemplo práctico, tampoco el sacerdote cristiano, con su fundador moralista, que solo él habia dado la doctrina y el ejemplo (2); pero no

---

(1) Plutarco. De *viribus rom. illust.* Ciceron. 41.

(2) Esta expresion, dice Rousseau, en boca del presbítero saboyano en uno de los trozos en que, despues de San Agustín, se hace la más elocuente apología del Cristianismo.

ofrecia el ejemplo personal, la imágen verdadera del esposo y de padre de familia, aunque ofrecia el de la santidad del matrimonio en el tipo ideal de la Virgen (1). Era necesario, sin embargo, llevar la ley hasta el ideal del Cristianismo y fundar la familia, no teniendo en cuenta el producto de las debilidades humanas, sino los eternos principios de justicia que siempre seria conveniente traducir y determinar en leyes, cualesquiera que fuesen los resultados que sobreviviesen en la vida práctica.

La naturaleza del matrimonio suponía la indisolubilidad y la unidad en la doctrina de la Iglesia; presentaba la indisolubilidad aquella legislación primitiva que condenaba al repudiante (ley de Rómulo), sin justa causa, á dar la mitad de sus bienes á su mujer, la otra mitad á la diosa Ceres, quedando él ofrecido y dedicado á los dioses infernales; suponía la indisolubilidad la razón natural, que consideraba á ésta propiedad del matrimonio como prenda y garantía del total cumplimiento de fines en la institución de la familia. La Iglesia, no obstante, era muy parca en definir. Sus penas, que consistían en negar la comunión, no se dirigieron á los Emperadores, que en sus constituciones autorizaban la indisolubilidad del vínculo. Tissot observa que en el Concilio de Arlés, com-

---

(1) Proudhon, no recordamos si en *La creación del orden en la humanidad* ó en *El principio del arte*, publicado después de su muerte, cree que la Virgen Madre es un símbolo de la castidad ó de la santidad que conserva la mujer en el matrimonio.

puesto de seiscientos obispos, y celebrado dos años despues de cristianizado el Emperador Constantino, se limita á aconsejar á los jóvenes esposos que se divorcian por causa de adulterio, que no se vuelvan á casar, pero no imponiendo deber alguno (1). Los Emperadores cristianos legislaban con arreglo á lo sostenido por los jurisconsultos paganos; y los Papas y obispos más ilustres, los Padres de aquel tiempo, que preferirian el martirio al consentimiento de la heregia, en sus escritos no condenan ó no excomulgan á los Emperadores. Algunos, la mayor parte de los Concilios, callan sobre este punto; otros consienten los matrimonios despues del divorcio, y no hay en los expositores de doctrina religiosa ni una palabra de vituperio contra aquella legislacion, que renovaba el génio de las leyes Julia de *maritandis ordinibus* y Papia Poppea, en las cuales se condenaba tácitamente á la mujer ú hombre divorciados, que en los primeros seis meses, ó al año despues de disuelto el matrimonio, no contrajesen nuevas nupcias.

Hubo, no obstante, esta prudencia de la Iglesia, este recato en censurar las disposiciones civiles; hubo cierta progresiva tendencia á abolir el divorcio como disolucion del matrimonio. Algunos Concilios decidieron y confirmaron la doctrina de San Agustin, sentando el principio de indisolubilidad (2). Nuestro

---

(1) Tissot. *Le mariage, le separation et le divorce*. Paris, 1868, pág. 88.

(2) En la tesis de Camille Breton *Du divorce en Droit romain et de la separation de corps en Droit francais*, pági-

Concilio de Elvira, celebrado en el año 340, es el Código canónico más perfecto de aquella época, y en él, como en clarísimo espejo, se vé la doctrina de la Iglesia. La pena ó penitencia se divide en tres grados, perpétua, por tiempo determinado y por diez años.

Pues bien, á la manera que este Concilio prescribió la intolerancia con la culpa, hasta el punto de que hoy se considere un honor la práctica de esta disposición, ó á ella se arregle la conducta, á la manera que condenó á penitencia perpétua al que no se separase de su mujer sabiendo que cometía adulterio (1); á penitencia perpétua, y sin comunión, ni aun á la hora de la muerte, al marido que encubria las debilidades de su mujer viviendo á su lado (2), permitiéndole, despues de diez años, recibir comunión si se hubiese separado de ella (3); condenaba tambien á penitencia perpétua, y sin comunión, ni aun á la hora de la muerte, á la que se casaba con otro, dejando á su marido, no obstante faltar prudente motivo en que fundar esta resolución (4); condenaba á la pena, por

---

na 102, Paris, 1863, se citan los de Africa, de Frioul y Nantes, de Tribur y de Trosli, celebrados estos en tiempo de Carlo-Magno en 895 y 909.

(1) Concil. II, Illiberitanum. Cán. 65.

(2) *Si cum conscientia mariti uxor fuerit mechata, placuit nec in fine dandam esse communionem*, Cán. 70.

(3) *Si vero eam reliquerit post decem annos accipiat communionem*. Cán. id.

(4) *Item foeminae quae nulla precedente causa reliquerint viros suos et se copulaverint alteris nec in fine accipiant communionem*. Cán. 8.º

tiempo indefinido, á la mujer que, separada de su marido por infidelidad que éste cometiese, procuraba casarse con otro y la admitia, y no entraba en la comunión cristiana hasta que muerto el marido adúltero, se legitimase su union con el que habia escogido (1).

Tal era la legislacion canónica de este Concilio en cuanto á la naturaleza del matrimonio y del divorcio, siendo además notable la parte doctrinal preceptiva que hace resplandecer la virtud cristiana (2), porque pena cada falta segun su gravedad, y no invade en nada, ni en nada se semeja á la penalidad civil (3).

Para el alma religiosa, para quien cree que el des-

---

(1) Item *fœmina fidelis qui adulterum maritum reliquerit fidelium et alterum ducit prohibeatur ne ducat; si duxerit non prius accipiat communionem nisi quam reliquerit prius de sæculo exierit, nisi forte necessitas infirmitatis compuleret. Cán. 9.º*

(2) «El obispo de Tarragona Himerio, dice Lafuente, Historia de España, tom. III, pág. 231, viendo lo relajados que andaban la disciplina eclesiástica y las costumbres de los cristianos, escribió una carta al Pontífice Dámaso, consultándole sobre los desórdenes que se habian introducido en España. Muerto Dámaso, le respondió el Papa Siricio, su sucesor, de cuya carta, que es célebre documento, es notable la prevención siguiente: «Que nadie pueda casarse con la que está desposada ya con otro y ha recibido la bendicion del sacerdote.»

(3) Perder la esperanza si no hay enmienda en la culpa, no es más sublime y eficaz castigo que perder la libertad ó ser martirizado con penas aflictivas, como hizo la Iglesia cuando recibió esta facultad de los poderes públicos?

tino del hombre está en Dios, y de Dios se aleja quien desoye sus preceptos, ó quien es rechazado de la comunión de la Iglesia, ¿qué pena más eficaz ni qué lección más edificante? El mismo espíritu de doctrina que la Iglesia dió al Concilio de Elvira, lo dió á otros Concilios, entre los cuales merecen especial mención el Milevitano, cuyo cánon XVII resuelve con firmeza el caso de indisolubilidad, y deja á las leyes civiles que obren segun su dominio y jurisdicción; « se acordó, dice ese cánon, que, segun enseñanza evangélica y apostólica, ni el repudiado por la mujer, ni la repudiada por el marido se casen con otro, sino que permanezcan como estuviesen para que se reconcilien entre si. Y si desoyen este precepto redúzcaseles á vida penitente, en cuyo estado les sean aplicadas las leyes imperiales á que se hayan hecho acreedores (1). »

Los Padres de este Concilio eran justos con la condicion humana, fácil al amor como al ódio, fácil á la tranquila dicha como á la intestina discusion y violencia. Creian en la reconciliacion, creian en la posibilidad de ver unidos á los cónyuges que se repudiaban: ¡ cómo no creerlo, si además de favorecer este

---

(1) *Placuit quoque secundum evangelicam et apostolicam disciplinam ut neque dimissus ad uxorem neque dimissa à marito alteri conjugantur, sed ita maneant ut sibimet reconcilientur. Quod si contempserint ad pœnitentiam redingantur in quâ causa legem imperialium petendam promulgari. Concilio Millev., cán. XVII. El Concilio XII de Toledo en su capítulo VII, priva de la comunión al que deja á su cónyuge *divortio intercedente*.*

cambio la misma naturaleza de los seres, se fomentaba por la resignacion y la caridad, la humildad y la piedad cristiana que eran de suponer en ellos!

El pueblo romano tenia su divinidad, su Viriplaca (1), diosa, á cuyo templo, que estaba en el monte Palatino, iban los desidentes y reñidos esposos á exponer mútuas querellas; y allí, en presencia de la divinidad pacífica, de la deidad simbólica que velaba por la paz de los matrimonios, el espíritu recogido y la conducta juzgada, hallábanse los esposos fáciles al perdón, que quien no lo merece puede necesitarlo, y quien puede necesitarlo no debe renunciar á concederlo, y la influencia del recinto sagrado, predisponiendo favorablemente los ánimos, operaba en ellos la reconciliación.

¡Cuántas veces la mujer ó el marido, con recurso de increída eficacia, lograron vencer la voluntad adversa, ó infundir confianza y afecto!

Refiérese de Mecenas (2), caprichoso y afeminado ministro de Augusto que, para buscar variedad de sensaciones, no solo gustaba de los conciertos, de los banquetes en que acaso se embriagaba, de los libros que leía, ó recitaba y escribía, sino de las pequeñas venganzas con que castigaba á su desgraciada mujer, á quien repudió mil veces, y otras mil se reconcilió con ella, dando origen á que Séneca dijese que aunque mil veces casado solo lo había sido una. Refiérese también que el jóven Sulpicio había llevado ante el

---

(1) Valerio Máximo. II, 14, 16.

(2) Séneca. *De beneficiis*. Id. Epist. 114 y de Prov. 111.

Tribunal del Pretor á su esposa, para que oyese pronunciar el divorcio. Como ésta acudiese al Tribunal, que estaba en el mismo Foro romano, en una litera cerrada, y así se presentase ante el Pretor, y ante la muchedumbre que curiosa iba á presenciar el espectáculo, Sulpicio exclama al ver que su mujer continúa encerrada en la litera, «¡que salga, que comparezca, que se descubra y sufra esta vergüenza ya que me ha hecho tan desgraciado!» La mujer sale de la litera y aparece ante la muchedumbre con aquella donosa presencia, y aquella expresion agradable que permitian el conjunto de su belleza y su talento. La seductora presencia de su mujer hace enmudecer á Sulpicio, que tenia las dobles tablas del matrimonio, dispuesto á hacerlas pedazos segun costumbre del divorcio solemne; las deja caer, corre presuroso hácia ella y la abraza, diciendo: «¡Has vencido, Paulá mia!» y se la lleva á su casa entre las aclamaciones de las turbas que aplauden la reconciliacion (1).

Así la reconciliacion es natural, y nada hay tan imprudente en el foro, como la diligencia en la presentacion y curso de las demandas de divorcio, debiendo suponer siempre el letrado y el tribunal, que de cien divorcios intentados, más de noventa deben sufrir deliberada y prudente tardanza para facilitar el amortiguamiento de las pasiones y la paz doméstica, á la que se debe contribuir con saludables consejos.

Y si tan fácil es y tan fecundos resultados debe

---

(1) Ovidio. Rem. V. 663 apud. Dezobry, obra citada.

producir la reconciliacion en los cónyuges, á quienes devoran intimas disensiones, ¿con cuánta razon no era recomendada por el Concilio de que nos hemos ocupado, y cuán desastrosos efectos debió producir la tolerancia de la disolubilidad? ¿Cómo, si esta prescripcion hubiese sido antigua, habria presenciado Roma el espectáculo de aquella sociedad corrompida que con tan vivos colores nos ha trasmitido el autor de los *Anales*?

El Concilio definió entonces lo que siglos más tarde habia de dogmatizar la Iglesia, y el divorcio sujeto á la prescripcion de los cánones habia de ser, en civilizaciones más perfectas, el verdadero y único modelo para determinar sobre él la prescripcion civil (1).

---

(1) El último Código de que tenemos noticia es el de Méjico hecho por los jurisconsultos Gomez, Lafragua, Montiel y Dondé, aprobado por el Congreso y puesto en vigor en 1.º de marzo de 1871; acepta el divorcio lo mismo que el derecho canónico y que nuestra legislacion. (Art. 240 y siguientes).

## CAPITULO II.

### SUSPENSION DE LA VIDA COMUN PRODUCIDA POR EL DIVORCIO.

#### § I.

##### *Concepto ético-legal.*

Examinemos ahora qué deba entenderse por la suspension de la vida comun de los cónyuges y los efectos del matrimonio.

La vida comun está significada en la fórmula *thorum et mutuum cohabitationem*.

Si se suspende la vida comun, suspéndese la accion, suspéndese el derecho que recíprocamente pueden exigirse los casados. El marido es, á los ojos de la mujer, un sér sobre el que no tiene privilegio alguno. En tanto que el divorcio permanezca, en tanto que subsista, readquiere cada uno de los casados aquella independencia de ánimo, aquella integridad y dominio sobre los afectos y tendencias sexuales que podian existir antes del matrimonio, y que existen para con los demás séres de la sociedad, pero mutuamente sujeta esta integridad á la fidelidad debida.

La suspension de la vida comun no es, sin embargo, la liberacion, no es la excusa del cumplimiento moral. El divorcio obliga á la continencia con obligacion ineludible.

El culpado perpetúa la veracidad y la justicia de la acusacion, si no está abonada, si no es moral su conducta despues de la separacion.

El inocente renuncia á la virtud del ejemplo, al honor de soportar inmerecido infortunio, cuando ofrece el espectáculo de imprudentes licencias.

Los esposos separados deben ser como las almas queridas, que se alejan por una eternidad.

La muerte de un sér entrañablemente amado produce el duelo, el luto, una pena que se amortigua, pero que no se extingue; la separacion de los cónyuges es el duelo eterno de la casa, es el luto del tálamo, no la bacanal que el decoro condena.

¡Cuán irreflexivos los que pierden ese decoro y recato! ¡Cuán grosera la compensacion del amor conyugal en un amor impúdico!

No; la frente cubierta con el velo de la culpa, ó bañada del tinte melancólico que la desgracia imprime, no puede alzarse ni descubrirse sin ofender un sentimiento de delicadeza.

La ley que autoriza la separacion, la ley que suspende la vida comun, es una ley tolerante cuyo beneficio no debe ser utilizado para desmentir eternos principios de moral. La vida comun es la forma bajo la cual subsiste el matrimonio. Al suspenderse por el divorcio, se suspende el matrimonio; pero los deberes morales no pueden suspender su mandato; el matrimonio suspenso no está disuelto, y los deberes morales, la mútua fidelidad que los casados se deben, no desaparece por la mútua separacion.

Como el hijo emancipado debe siempre respeto al padre, el cónyuge separado debe al otro fidelidad.

La vida comun, considerada bajo un aspecto jurídico, es equivalente á la moral, aunque no tan im-

periosa como ésta. Como la moral exige que no cese ningun deber, la ley exige que no se quebrante ninguna disposicion.

El divorcio canónico, ó el divorcio civil de nuestra ley que es igual (1), no pasa, no trasciende á más allá que á la separacion de cuerpo, como lo entiende el derecho extranjero. Respecto de esta separacion, dice Laurent (2): «subsistiendo el matrimonio subsisten todos sus efectos, á excepcion de uno solo que la separacion destruye; la obligacion de la vida comun cesa; en este sentido los esposos son separados corporalmente. Cesando la vida comun, todos los efectos que nacen de la comunidad de existencia, cesan igual-

---

(1) No somos los primeros en considerar de este modo la cuestion del divorcio; toda separacion que no disuelve el matrimonio tiene el privilegio de parecer tomada del derecho canónico. El divorcio sin disolucion es la llamada separacion de cuerpo, y respecto de ésta se ha dicho que era el divorcio de los católicos, y bajo esta idea le han sostenido é impugnado en otros países algunos juristas. Laurent (*Principè du droit civil*, tomo I, pág. 364) impugna la semejanza, diciendo que solo puede encontrarla un imaginario discurrista. «Aplicar, dice, las disposiciones del Código sobre la disolucion del matrimonio al caso de separacion ó divorcio sin rompimiento del vínculo es un contrasentido que no puede aspirar al puesto de regla juridica; la analogía que entre las dos subsiste es débil, mientras que las diferencias son radicales, etc.» Por nuestra parte creemos que es radical la diferencia en cuanto al principio legal, pero las consecuencias de la separacion como originarias de los mismos motivos, tienen la más perfecta equivalencia.

(2) *Princip. du droit civil III*, pág. 397.

mente. Hé ahí hasta donde llega la separacion de cuerpo, la misma palabra nos lo manifiesta.»

## § II.

### *Naturaleza de esta suspension.*

Bien es notar que la vida comun supone igualmente la comunion de fuerzas para el sostenimiento natural, y que cesando ésta no se suspende tampoco este efecto natural y legitimo del matrimonio.

Como los cónyuges se deben fidelidad, se deben tambien socorro (1), y la ley lo ha considerado así cuando no desmiente la necesidad de que se conceda al cónyuge culpable la deuda alimenticia (2), que constituye de parte del cónyuge separado un derecho incuestionable.

La asistencia personal es distinta del socorro.

La ley del matrimonio que inculca la fidelidad y el socorro, ó la deuda de alimentos, no exige la asistencia personal; la encomienda á la susceptibilidad moral, á la índole natural del cónyuge que deba prestarla.

«La asistencia personal, continúa Laurent, ¿no supone cuidados personales tributados á un esposo enfermo, ó consuelos dedicados á un cónyuge afligido? ¿Estos deberes no implican la union de dos almas?»

---

(1) La asistencia personal cesa, según opinion de algunos autores extranjeros y nacionales.

(2) Ley de matrim. civil (Caso 6.º del art. 89).

¿Y se hablará todavía de union de dos almas entre esposos divorciados (separados corporalmentè), es decir, entre esposos divididos por el aborrecimiento? ¿Se concibe, siquiera, la posibilidad de estos tiernos cuidados allí donde no existe ya la vida comun? La asistencia es, pues, uno de los efectos del matrimonio que cesan con la vida comun de que traen origen.»

Dedúcese, pues, que el divorcio ó la suspension de la vida comun, que es su determinacion primera, tiene por objeto evitar la série de desórdenes, de disgustos, de altercados y de violencias escandalosas que ofenden la moral doméstica. La autoridad, que precave en lo posible la comision de los delitos, no debia mirar indiferente la posibilidad del que se cometiera, ó la série de los que se cometen en estas reciprocas y frecuentes invectivas y atentados, que hacen de la vida conyugal el más repugnante y desgraciado reverso de sus fines morales.

La ley ha de suspender tambien la vida comun, porque en un momento de indignacion justa ó de legitimo arretrato, seria fácil la resolucion criminal, acaso el violento ímpetu parricida, si no estuviese en la mente del ofendido el triste consuelo de que pueda apartar de sus ojos y de su trato y relacion, el sugeto de traicion conyugal.

El beneficio de la separacion hecho á los cónyuges, la suspension de la vida comun trae, es cierto, otros gravisimos y lamentables desórdenes.

Los cónyuges viven despues en una especie de celibato muy difícil de sostener con el debido decoro, muy difícil de soportar, dados ciertos hábitos contraidos



en la vida marital que precede á la separacion. Esta dificultad de sostener decorosamente la privacion del tálamo, ha aconsejado á los secuaces del divorcio romano la necesidad del rompimiento y desenlace conyugal. «¿Qué es el matrimonio sino la vida comun?» preguntan éstos: y cuando la vida comun se suspende y la suspension es vitalicia, ¿no parece fundada su teoría de que lejos de una suspension debia ser una disolucion consumada? La sociedad no obtiene, al parecer, ventaja moral alguna con esa suspension indefinida, puesto que la procreacion, ni la educacion, ni el engrandecimiento de la sociedad legal, nada de esto resiste al divorcio; pero á poco que se considere, á poco que se reflexione, se comprenderá que de la suspension al acabamiento de la vida comun, hay un abismo que contiene en su profundidad el tesoro de la institucion.

La vida comun suspensa deja fácil y expedito el camino de la reconciliacion, la cual, si á los ojos de la ley, si á los ojos de la sociedad puede ser una prueba de debilidad desfavorable al concepto que hubiese merecido el cónyuge inocente, para la sociedad doméstica, para los cónyuges y sus hijos, es de singular y beneficioso resultado.

La vida comun suspensa indica tambien que es un estado anormal, extraño, el en que se colocan los divorciados cónyuges. El hombre, como todos los seres, como todos los objetos de la creacion, tiene un destino que cumplir, y cúmplase este destino ó esta mision en la esfera ú orden de vida regular que á este traza la série de propiedades por que se constitu-

ye, y á aquel la série de leyes que rigen su vida moral y su relacion social.

Como el árbol que crece y se desarrolla segun la ley natural, pierde de su crecimiento y desarrollo si halla un material obstáculo que lo impide, ó el aire, la luz ó la tierra le faltan; así el hombre, y hombre casado, cuyo destino es la cooperacion y vida de reciproco auxilio, de relacion íntima, pierde ese auxilio, esa relacion, cuando gravita sobre él el peso de una sentencia que le separa de ese órden de afectos trazado por su nobilísimo intento de compartir la felicidad soñada y reproducir su especie, mejorando la condiciones de la vida. Esta adversidad, empero, esta suprema contrariedad de ánimo, á la cual han contribuido fuerzas propias y ajenas, cuyo resultado se debe á diferentes causas, esta excepcional é irregular vida, alcanzada entre pesares y disgustos, puede servir de leccion, aunque cruel, provechosa, y acaso una revelante prueba de corregidos males, produzca el perdon que, cuando es merecidamente otorgado, efectúa una revolucion en el ánimo y sirve de punto de partida para contraer necesarios méritos. Dicese que *nobleza obliga*, y podemos decir que *merced atrae*, pero entre las mercedes, ¿hay por ventura alguna más alta que el perdon concedido?

Como los filósofos creyeran que el Supremo Sér era la justicia, la bondad y la verdad supremas, los teólogos debieron suponer el atributo de la misericordia, revestido del carácter de infinito que solo á lo supremo corresponde. Así, al tiempo que perfeccionaban el concepto humano, al tiempo que esclare-

cian la preexistente idea de Dios, ennoblecian al hombre considerándole digno de ser objeto de su misericordia, y le señalaban un camino de perfeccion, considerando la piedad como la virtud religiosa por excelencia, y el perdon, que es un modo de la piedad, como acto meritísimo.

Los que, ahora bien, se enojan de que una acusacion, una querrela fundada y veráz, no produzca más efecto juridico que la suspension de la vida comun, no hacen honor á su alma, no conocen que de otro modo sujetarian el derecho, encadenarian la institucion del matrimonio á esa escuela realista ó positivista que nada vé más allá de la vulgaridad de conducta que obedece á reglas morales ó sociales; no vé la superioridad del sacrificio (concepto desconocido por la moral y el derecho), no vé la facultad remittente ó la rebaja á la categoría de la condonacion, de la renuncia de derecho, etc.

Por este camino no se conquista la gloria eterna del legislador. Hé aquí el secreto que hace cada vez más venerada, cada siglo más alta la gloria de esos legisladores religiosos que, para enseñar á los pueblos, para hacerles entender que no es la ley un producto de razonamientos ni observaciones, la hacian descender de la palabra de Dios (1), y en la divinidad de la sancion imponian el sacrificio, beneficiaban la condicion del hombre creando el mérito, que no está en el deber, al que todo sér está obligado, no en la

---

(1) MACHIAVELLI. Discorso sopra Tit. Lib., cap. XI, lib. I.

virtud fácilmente practicable, sino en el sacrificio, en la accion, que responde á un ideal perfecto.

Ese ideal perfecto es el objeto de la ley; á esa superior altura deben llegar la inteligencia y la sabiduría de un legislador, y si las nuevas leyes nacen en medio de luchas políticas, y carecen de esa elevacion que las daría un entendimiento, un criterio de suficiente ilustracion y moral cultura; los males que debemos lamentar no los creamos propios de nuestra condicion, más perfecta que el filosofismo la considera, más digna de instituciones que reflejen el ideal, que no de instituciones que copien la naturaleza. Lo que es verdad en el arte, lo que forma la belleza de una obra, la creacion, en fin, que es esencial á toda obra estética, ¿no ha de ser esencial á toda obra de legislacion?

La suspension de la vida comun es una fórmula que toca en ese idealismo: la suspension de un derecho, de un efecto legal no cabe en el campo cerrado de la regularidad jurídica, no se encierra en el perímetro regular de una ciencia aplicada; pero cabe, se encierra, late en el complejo número de esas relaciones morales que son la atmósfera de esa ley y sin las cuales la ley, á semejanza de un sér orgánico, no podría hallar su duradera vida.

### CAPITULO III.

#### SUSPENSION DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO.

##### § I.

##### *Concepto lógico.*

Lo mismo que se suspende la vida comun se suspenden los efectos del matrimonio. Toda institucion juridica surte legales efectos, como todo principio lógico hace derivar de él determinadas consecuencias.

Los efectos de una institucion son su verdad práctica, el desarrollo de la accion social que se produce. La potencia de una fuerza motriz efectúa el movimiento, la propiedad ponderable de un cuerpo le sujeta á la gravitacion.

Así el efecto natural es una forma de la ley natural, así el efecto legal es una forma de la institucion.

Pero ¿pueden suspenderse los efectos de una institucion si la institucion dura, y entre ella y sus efectos hay una razon de equivalencia, de identidad ó de consecuencia forzosa? ¿será posible la suspension de efectos? El efecto de la vida es el ejercicio de las funciones fisiológicas, ¿se puede suspender la vida sin que falten la economía animal ó el organismo fisiológico? El legislador debe suponer al redactar una ley que toda impugnacion por defecto de forma lo es por defecto de contenido; la ley dice lo que contiene, y ha de decirlo de manera que no permita suposicion ó interpretacion diferente.

Para evitar este escollo existe siempre la correlacion de términos, para impedir la interpretacion capciosa se recurre siempre al contesto legal.

Toda fórmula, todo concepto jurídico tiene una expresion que al salir de la mente del legislador parece perfecto y acomodado al objeto que debe expresar.

Esta perfeccion suele faltar, y á que falte conspiran amigablemente la diferencia de sentido en algunas palabras, la diversidad de significado en el trascurso histórico de su uso como palabra técnica ó como palabra de dominio vulgar. La ciencia de la legislacion ha sido la más franca y la más sencilla, por lo cual escasean en ella el tecnicismo y la fórmula; pero es ciencia y basta serlo para que merezca una ley el exámen de aquellas palabras que tienen una significacion importante.

Hemos dicho que los efectos legales son una relacion necesaria de la ley, y como el divorcio sea, respecto del matrimonio un accidente que adquiere todas la proporciones de una institucion, como el divorcio sea un fenómeno jurídico, aunque subordinado á la ley conyugal, aunque regido por una de las varias determinaciones, independiente y en cierto paralelo respecto de él, es preciso el conocimiento sustancial de los efectos del matrimonio para deducir los del divorcio que, así como si la série de puntos de una recta no guarda equidistancia de otra no hay paralelismo, la série de efectos del divorcio ha de estar en relacion de equidistancia con la série de efectos del matrimonio.

Confundir uno solo de estos efectos es malograr el espíritu de la ley.

Un efecto del matrimonio, el primordial, es la union de los cónyuges.

La union establece la vida comun y con ella la proteccion á la mujer por parte del marido (1), la obediencia y la sujecion forzosa al domicilio conyugal que el marido establece, por parte de la mujer (2). La union exige el cumplimiento de sus fines y una de sus más naturales y legítimas consecuencias es el derecho recíproco; pues al lado de este derecho recíproco se levanta gigante la potestad marital que, aunque la ley no la define, porque sigue la huellas del derecho romano que estendia la accion de la pátria potestad sobre la mujer como sobre los hijos, es lo cierto que la potestad marital es un hecho y como basado en ley, un derecho que indica superioridad de parte del marido.

Luego el efecto del matrimonio es la desigualdad juridica, y por la regla que apuntamos, el efecto del divorcio la igualdad. De modo que, al perder ó al abandonar la mujer el domicilio del marido, sale de su potestad juridicamente considerada.

El efecto del matrimonio es la administracion de bienes por parte del marido; el efecto del divorcio eclipsa la administracion marital, la destruye y se la dá al cónyuge inocente. No es pues la potestad mari-

---

(1) Art. 45 de la ley.

(2) Art. 48 de la ley.

tal la que administra sino la inocencia. Se pierde en la institucion para ganar en la justicia. El paralelismo consiste en la negacion del derecho de administrar.

## § II.

### *Concepto moral.*

La suspension de efectos del matrimonio tiene además un punto de consideracion que la ley no determina, ni acaso ofrece, pero que es digno de utilizarse para descubrir la dilatada série de males que son consiguientes á esta perturbacion de la vida moral.

La familia es la unidad y la base social, y para que la unidad resplandezca, es preciso que la familia subsista con las condiciones legales que le son propias, y con las morales que le son necesarias.

La familia, ahora bien, pierde su carácter con la pérdida de su lazo moral; pierde su fuerza, su vigor, su energía con la separacion del domicilio que quebranta su unidad; pierde su virtualidad respecto de los hijos, con el ejemplo del mal ó la privacion del bien que el cónyuge, á cuya accion se sustraen, pudiera dispensarles.

En el matrimonio hay tres elementos que constituyen su bondad.

El bien de los hijos, el bien del amor y el bien de la institucion (1).

---

(1) Los Padres de la Iglesia han seguido el enunciado de San Agustin. «Hoc autem tripertitum est; fides proles, sacramentum,» al cual ajustamos el nuestro.

Cada uno de estos elementos son bienes absoluta é incondicionalmente considerados.

La cualidad de padre ó madre engrandecen, hacen superior la condicion humana; el sentimiento del amor enaltece, hace superior la voluntad racional (1), y el ser un elemento constitutivo de una institucion social, ennoblece, crea una cualidad superior (2).

Estos son, empero, los efectos morales del matrimonio y la suspension que es propia del divorcio si no los anula, si no los extingue, porque el bien anterior permanece como todos los bienes producidos, detiene el desarrollo de su accion, que es sustituido por el mal presente que una odiosa causa ha generado.

En nada se descubre y pone de relieve tanto la suspension de efectos del matrimonio, como en la parte moral, en la vida de constante edificacion en la

---

(1) S. Aug. *De Spiritu et anima*, cap. XLV; id. *De substantia dilectionis*, cap. II; id. *De Amicitia*, cap. I.

(2) Quod mihi non videtur propter solam filiorum procreationem, sed *propter ipsam* etiam naturalem in diverso sexu societatem. Alioquin non jam diceretur conjugium in senibus presertim si vel amisissent vel minimè genuissent... Habent etiam id bonum conjugia quod carnalis vel juvenilis incontinentia etiamsi vitiosa est ad propagandæ prolis redigitur honestatem ut ex malo libidinis aliquid boni faciat copulatio conjugalis... bonum est nubere quia bonum est filios procreare, matrem familias esse... S. Agustin, *De bono conjugali*, cap. III, y IX, tomo 6.º de sus obras, ed. de los Benedictinos.

virtud propia del ministerio maternal (1). ¡Qué recatada ha de ser, qué virtuosa la hija de una madre culpable para desmentir el funesto ejemplo! ¡qué discreto el jóven, cuyo padre, inconsiderado, llevara el escándalo al templo de la familia! ¡qué benignidad de costumbres es necesaria para borrar la cruel idea de una sevicia denunciada!

Desmorónase como edificio sobre movable arena la fortuna de la casa con las disipaciones de un cónyuge, y debilitase todo sentimiento moral, como herido de muerte, por el ejemplo de imprudentes liviandades.

Por eso, al enunciar la ley que el divorcio suspende los efectos del matrimonio, dice la moral que contraría sus santos fines, y que las causas que lo producen son de la mayor gravedad y de la responsabilidad más grande.

---

(1) Aimé Martin ha logrado introducir el espíritu de educación filosófica en su precioso libro sobre las madres de familia.

## CAPITULO IV.

### ILEGALIDAD DEL DIVORCIO POR MÚTUO CONSENTIMIENTO.

#### § I.

*El matrimonio es más que un contrato.*

Para contraer matrimonio se necesita no solo la voluntad de los contrayentes, sino la capacidad propia de estos actos, y como requisitos legales el consentimiento ó consejo paternos, la publicacion de su intento, la necesidad de que no tengan los contrayentes impedimento ó que éste se haya legalmente dispensado etc.

En todos los actos jurídicos, en todos los contratos ó determinaciones de la voluntad con sujecion á un principio de derecho, basta que la obligacion se produzca, que haya capacidad al definirse el consentimiento en el contrayente, objeto, causa y forma, y que no existan dolo, fraude ó lesion, que no existan en fin esas condiciones de los contratos irritos ó nulos.

Cualquiera condicion rescisoria, cualquier caso de nulidad debe ser expuesto y probado para que la rescision se verifique, é incumbe á los Tribunales esta declaracion si un nuevo acto jurídico, legalmente realizado, no extingue la supuesta obligacion anterior.

Esta doctrina, de derecho comun, prueba que la

rescision como la obligacion, están sujetas al consentimiento ó disentimiento.

¿El mútuo consentimiento y los requisitos comunes son bastantes para contraer matrimonio? ó en otros términos, ¿es el matrimonio una simple obligacion civil más ó ménos importante? ¿Es un contrato?... Los Códigos modernos nos responderán afirmativamente, la ciencia jurídica lo habrá definido así; nosotros, empero, debemos afirmar que, no obstante concurrir en él todos los requisitos necesarios al contrato no puede ser considerado tal, ni por los mismos contrayentes; no basta esta definicion en el orden civil.

La razon es óbvia y fácil; para el matrimonio son necesarios todos los requisitos del contrato, pero no son suficientes, se requieren *más*; luego el contrato es ménos que el matrimonio, porque á superioridad de causa debe corresponder superioridad de efecto.

El derecho civil lo llama contrato, porque el derecho civil, no obstante sus progresos, no obstante el esplendoroso brillo de sus modernos críticos ó tratadistas, no ha pasado de ser un derecho puramente histórico (1). Si la historia jurídica no tiene un orden especial de instituciones en las que pueda compren-

---

(1) En Alemania, pueblo donde la ciencia del derecho se cultiva más y con más fruto y visible progreso que en el resto del mundo, aparecen tantas obras sobre el derecho romano como sobre el civil vigente, y aun los civilistas son tanto más autorizados cuanto más romanistas.

derse el matrimonio porque es institucion única; si entre las instituciones jurídicas existe la del contrato y el matrimonio se parece, se asemeja en su forma y en su indole á esa institucion, los juristas han razonado fundadamente cuando han dicho que el matrimonio es un contrato.

Pero el contrato ¿no lleva implícita la condicion resoluble? El contrato ¿no es por su naturaleza una institucion libre al crearse y libre al deshacerse? Luego cualquiera institucion que no tenga esta condicion resolutoria, no es contrato. Si en la ciencia no existe lugar propio para el matrimonio, como institucion única, de orden propio, que lo es, segun ya hemos manifestado, solo el derecho canónico que ha nacido y se ha desarrollado independientemente del derecho civil, ha concebido y dado forma á esta institucion.

Sin embargo, el derecho canónico carecia de una palabra; la lengua latina como todas las lenguas contiene aquellas que permiten la expresion de ideas, y careciendo los latinos de la idea de un contrato indisoluble, no pudieron darle su correspondiente expresion, su forma jurídica. Los teólogos y los canonistas aceptaron las palabras latinas *contractus*, *contrahere*, *consensus* (1), etc.; contraer equivale á *cum trahere* traer mútuamente, convenir á *cum venire*, venir á un punto ú objeto igual, comprometer ó compromiso ó *cum promittere*, prometer mútuamente de *promittere*, otro verbo que modifica la significacion del verbo

---

(1) Seccion 24, Dec. de Ref., cap. 1.º

*mittere*. ¿Corresponde, ahora bien, el sentido etimológico de estas palabras al concepto del matrimonio? No será el *cum trahere* usado por los latinos. En Roma el matrimonio traía con la mujer la dote, y con el marido otros derechos, y este material efecto legitimó el uso de la palabra *contraer*, más impropia que la de *convenir* ó *comprometerse* ú *obligarse* para definir la institucion del matrimonio.

Entre los romanos el *contraer* era más que el *convenirse* ó *comprometerse*, porque *contraer*, *contrato* era una especie de entrega, ó de señal, ó de cosa, objeto y materia del contrato, y la existencia de esa cosa era y constituía la obligacion contractual; pero los Padres del Concilio de Trento, y en general los teólogos y canonistas, han podido llamar con más propiedad al matrimonio *convenio*; pues que los cónyuges vienen al punto, fin ú objeto de la vida comun que respaldece más en los afectos y fines morales que en la comunion de bienes. La misma observacion es lícita á favor de la expresion ó concepto *promittere*.

Algunos católicos, antes que nosotros, han intentado desligar al matrimonio de ese concepto jurídico de contrato (1), fundándose en que en el matrimonio falta el objeto, la cosa sobre la cual debe *contraerse*.

Infiérese de aquí que es disputable en buena lógica el que se considere como contrato el matrimonio, y esto sentado se explica la razon por la que la ley

---

(1) El erudito Aug. de Roskowany. *Del matrim. segun la Iglesia Catól.*, tomo 1.º, § 18, segun las Præl. Theol. de Perr.

quita al consentimiento mútuo para producir el divorcio la fuerza que tiene en las demás obligaciones.

§ II.

*El divorcio es más que un resultado del mútuo consentimiento.*

Ciertamente, el consentimiento mútuo no produce el divorcio ni la separacion siquiera. La ley dice (1): «Los cónyuges no podrán divorciarse ni aun separarse por mútuo consentimiento.»

Esta doctrina tiene pocos precedentes no obstante ser á todas luces buena y conforme con la nocion más perfecta del matrimonio. El precedente limitativo del mútuo consentimiento para el divorcio y la separacion, debia contenerlo el derecho canónico, y acaso por la grandeza del objeto que lo motiva, acaso por la superioridad que en la Iglesia ha gozado la vida continente el voto solemne de castidad, es lo cierto que se autorizó la separacion perpétua de los cónyuges por mútuo consentimiento, cuando uno de ellos intentase tomar sagradas Ordenes, ó ambos dedicarse á una vida de piadoso ejercicio; la primera estaba legitimada en aquella sublime sentencia de Jesucristo (2): «quien quiera que dejase á su padre, su madre, su mujer, por causa de mi nombre (para seguir mejor mi doctrina ó practicar mejor, más per-

(1) Art. 84.

(2) Ev. S. Matheo. 10-29.

fectamente mis preceptos) recibirá ciento por uno y poseerá la bienaventuranza eterna.» Habia entre los Padres del Concilio de Trento quienes conociesen nuestra doctrina jurídica, y los teólogos expositores de la del Concilio se apropiaron las palabras que en otro capítulo hemos transcrito de una ley de Partidas, que exigía para esta separación por ingreso en las sagradas Ordenes además del consentimiento de la mujer, que es el supuesto en que la separación descansa la profesión ó ingreso de ella, si era jóven, en un monasterio ó el voto solemne de castidad ante el obispo, si era vieja (1).

Excúsase, pues, la separación por mútuo consentimiento segun el derecho canónico en la probabilidad ó certeza de que mejoraba esta separación la condición moral y religiosa de los cónyuges y en un ejemplo de virtud, de renuncia á los terrenales placeres, que, como todos los ejemplos virtuosos era benéfico á la sociedad. Los códigos modernos difieren en este asunto. Alguno reconoce el principio de suficiencia en el consentimiento mútuo de la separación, y otros hacen lo que el autor de nuestra ley, que despues de sentar el principio de que no puedan los cónyuges ni divorciarse ni aun separarse por mútuo consentimiento, admite que podrán hacerlo alguna vez aunque es para ello indispensable el mandato judicial.

«Para ello es indispensable *en todo caso* el mandato judicial.» ¿Es absolutamente preceptiva ó hipotética y condicional la significación de esta frase?

(1) Véase el capítulo primero, pág. 57.

En el lenguaje familiar es condicional. Para ser preceptiva debiera decir *en todos los casos*, y entonces no es ese el lugar que correspondia al enunciado general, de que sin mandato de juez no existe divorcio. El *en todo caso* es una locucion limitativa del concepto general ó regla de derecho que la precede.

§ III.

*Legislación sobre el mútuo consentimiento en el divorcio.*

Para seguir la indicacion hecha de que hay pocos precedentes bastará recordar que en Roma el consentimiento mútuo fué por largo tiempo razon legal de divorcio. Ya indicamos la nueva derogacion y el restablecimiento sucesivo que alcanza esta forma legal ó la *bonna gratia*. Observaremos tambien que segun algun crítico este consentimiento era fácil. De buena voluntad se divorciaban los cónyuges que no querian tener sucesion, porque carecian de riqueza con que subvenir á su sostenimiento. De buena voluntad el marido que amaba á su mujer y que la veia poco feliz á su lado consentia en divorciarse, para que procurase su felicidad al lado de otro mejor correspondido. De buena voluntad el viejo respecto de su jóven consorte ó la anciana respecto de su marido todavía jóven consentian en separarse. De buena voluntad, tambien el cónyuge que se viera precisado á emprender un viaje peligroso ó de larga duracion consentia en divorciarse de su mujer para que ella en poder de otro mari-

do no pasase las amarguras y privaciones de tan prolongada ausencia.

En nuestro siglo comienza aunque distintamente á restablecerse esta doctrina con el decreto del 21 de marzo (30 ventoso del año XI) que forma el título VI del Código napoleónico en cuyo artículo 233 se decía: «El consentimiento mútuo y perseverante de los esposos, expresado de la manera que la ley prescribe, bajo las condiciones y segun las pruebas que determina acreditará suficientemente que la vida comun es insoportable y que existe respecto de ellos una causa perentoria de divorcio (1).

Esta condicion de que la vida sea insoportable á los esposos, es tambien autorizada en el Código austriaco, pero no en los matrimonios de católicos, á los que se guardan por el derecho civil todas las prerogativas de los cánones. El Código austriaco dice (2): «Los esposos no católicos pueden solicitar la disolucion del matrimonio conforme á sus creencias religiosas: 1.º por adulterio, etc. : 2.º por aversion invencible. Pero en este caso debe preceder al divorcio una separacion precisa de cama y mesa.»

La doctrina de nuestra ley difiere de la del Código napoleónico; que es la misma que en la generalidad de los Códigos.

En todos ellos se admite implicitamente el mútuo consentimiento si el juez lo cree suficiente, es decir, prèvio mandato judicial.

(1) Cód. de Napol. Des causes du divorce.

(2) Art. 115 del Cód. de Austria.

«No podrá, dice el Código de las Dos Sicilias (1), tener lugar la separacion por mútuo consentimiento de los esposos, á *menos* que el Tribunal civil lo apruebe.»

«Los esposos, dice el Código sardo (2), no podrán separarse *ni aum* (3) de comun acuerdo *sin* hallarse autorizados por el juez eclesiástico.»

En caso de que se separen sin esta autorizacion, la autoridad civil dara las órdenes oportunas para que vuelvan á reunirse.

«La separacion de cama y mesa, dice el Código austriaco (4), por mútuo consentimiento, debe autorizarla el juez despues de tres comparencias ante el cura.» Si no hubiese mútuo consentimiento, se deberán hacer del mismo modo las tres comparencias, etc.

El mismo Código (5) legisla para los jüdíos, cuya religion permite la disolucion del vínculo, diciendo: «El matrimonio entre jüdíos puede disolverse por consentimiento mútuo, y aun sin este requisito si la mujer cometiese adulterio.»

Hechos hecho este paralelo, que repetiremos siempre que interese, para demostrar el adelanto hácia la

---

(1) Cód. de las Dos Sicilias, art. 222.

(2) Cód. sardo, art. 140.

(3) *Ni aum*. Esta frase parece indicar que es la separacion más fácil ó de más leve causa la del mútuo consentimiento ó acuerdo.

(4) Cód. aust., 103, 105, 106.

(5) *Ibidem*. art. 123 al 136.

codificacion (1), ó las principales diferencias que resalten en unos y otros. En asuntos en que estén todos unánimes, como en las principales causas de divorcio, será excusado el paralelo.

Dedúcese de cuanto va expuesto, que el matrimonio, no debiendo considerarse como contrato, á no ser contrato superior que se sustrae á la condicion fatal del *quidquid ligatur, dissolvitur*, no debe regirse por las leyes que presiden toda institucion contractual, en la que el mútuo consentimiento es condicion resolutoria.

La accion tribunalicia, el mandato judicial, como la ley le llama, ó la autorizacion, como se la llama en otros Códigos, no debe recaer jamás sobre la simple causa del mútuo consentimiento, sino sobre las que taxativamente se enumeran.

El Tribunal seria demasiado débil ó fácil si prestaba su mandato, sin que real, positivamente viera comprobada la imposibilidad moral de que la vida conyugal continuase.

---

(1) La unidad de codificacion en Europa es el asunto de la obra de Mr. Moulin que trata del divorcio. Tanto como el titulo es bueno es la obra detestable por su forma, reducida á copiar discursos en favor de la disolubilidad y por su fondo que tiende á procurar el triunfo de este criterio en todos los códigos.

## CAPITULO V.

### DEL MANDATO JUDICIAL.

#### § I.

*Sin él no se puede producir el divorcio.*

Si la interpretación del artículo 86 faculta al juez para que considere suficiente motivo el consentimiento en divorciarse los cónyuges si alguna vez se agrega á legal causa, si esta facultad que era innecesaria de declararse, supuesto el principio de que ni el matrimonio ni el divorcio se producen, sin la facultad que él tiene para que se produzcan, bien así como en la tutela y curaduría, en la declaración de heredero y otras instituciones que, sin su ministerio no tienen virtud legal, debe examinarse la trascendencia de este mandato ó decreto, y deben prescribirse algunas reglas que hagan su práctica acomodada al espíritu que en toda la ley domina.

¿Qué es el consentimiento en los cónyuges que intentan su divorcio? Tal vez efecto de un disgusto pasajero por livianos motivos; tal vez producto de un fastidio, de una displicencia, de un enojo á que ha dado lugar el demasiado, el desenfrenado ejercicio de los sexuales instintos; tal vez ese vacío, ese desencanto consiguiente á la falaz idea de que la dicha se encuentra en la posesion de objetos terrenales, ó en el logro de aspiraciones que no pasan del horizonte li-

mitado de afectos que no conservan la constante y viva ilusion de poseer lo honesto, lo bueno y lo bello, cuya posesion, como ideal de la vida, ni nunca se alcanza ni nunca fatiga el afan de obtenerlo.

¿Será el juez el blanco, el punto objetivo á donde converjan esos resentimientos, esos disgustos, esa caprichosa y voluble condicion humana que, con el delirio de una calentura constante á la que dan origen las mal dirigidas pasiones, busca en el consentimiento un medio de romper solemnes lazos ó de evadir sagradas obligaciones?

¡Qué vergüenza para un tribunal indiscreto si pronunciase la sentencia de divorcio, si autorizase la separacion de los cónyuges, cuando éstos, irreflexivos, la intentaron, y sereno y tranquilo su espíritu volvieron al deseo de pertenecerse y procuraron su union!

El mandato judicial no puede, no debe darse sino cuando ostensibles y señaladas pruebas acrediten que, lejos de una lógica reaccion, de un disgusto pasajero, de una deliberacion infundada, es el consentimiento una resolucion madura, grave, de quienes la invocaron como motivo racional de divorcio, unido á causa que tenga su equivalente en el articulado legal.

El procedimiento en los asuntos de divorcio ha tenido en todos los países por norte y guia el evitar en lo posible la consumacion del intento.



§ II.

*Legislacion sobre el mandato judicial.*

El derecho canónico tenia y conserva un defensor de matrimonios, representante de la ley canónica (1), de la doctrina canónica en esta materia, y á este defensor está encomendado el menguar las razones que parezcan justificar la separacion y enaltecer esas virtudes que todo lo ennoblecen, todos los resentimientos apagan, todos los disgustos dulcifican, todas las penas y contrariedades extinguen por el inefable consuelo de dedicarlas al objeto supremo de la vida, que es conocer á Dios, y elevarse á él por la sublimidad del dolor sentido.

El derecho civil que en este como en los demás casos ha debido guiarse por el canónico, tiene el ministerio fiscal, representante de la ley, de la institucion y de la sociedad, que es parte en las demandas de divorcio (2) y que seguirá en su criterio la doctrina, que más se acomode y favorezca la subsistencia de la union conyugal.

Para estas demandas se han buscado provisionalmente los moldes del procedimiento que permitian

---

(1) El defensor de matrimonios fué creado por constitucion de Benedicto XIV en 3 de noviembre de 1741.

(2) Artículo 8.º del Real decreto de 23 de noviembre de 1872.

mayor amplitud (1), y se ha exigido el acto de conciliación y «una información sumaria con arreglo á derecho acerca de la certeza de los hechos ó causas que segun la ley pueden dar lugar á que se declare el divorcio (2).

En todos los países se exige antes del juicio en que se promueva el divorcio un ante-juicio ó una comparecencia.

La comparecencia prévia, antes de que prosperen las demandas de divorcio ante el cura ó el juez, ó una autoridad que, por el respeto que infunda, pueda hacer eficaz el consejo, esta comparecencia, recomendada en los cánones y el derecho extranjero, debe probar al juez que es materia delicada el mandato de divorcio, y que semejante facultad no la concede la ley si no recomendando á su prudencia el uso que la moral y el interés de la sociedad aconsejan.

La familia sajona, especialmente la alemana, que mereció de M<sup>me</sup>. Staël tan duros reproches, es más esplicita en conceder atribuciones al juez. Una de sus disposiciones en materia de procedimientos dice: «que la demanda puede ser desechada en el acto mediante prévio decreto del Tribunal.» Así, con la brusquedad propia de aquel carácter, se rechazan pretensiones no fundadas. Las disposiciones generales de nuestras le-

---

(1) El ministro propone que las demandas de divorcio se acomoden al juicio ordinario, porque es el que ofrece las mayores garantías de amplitud en los debates, de variados y eficaces medios, de prueba y acierto en el fallo que recaiga.  
*Exposición del decreto citado.*

(2) Art. 4.º de este decreto.

yes, que rigen la forma que deben revestir las demandas, permiten rechazar de plano ó no admitir las de divorcio que no estén con arreglo á derecho (1).

Esta disposicion del Código prusiano precede á la de que el mismo Tribunal, si no hubiere hijos, y las causas de divorcio apareciesen probadas, podrá tambien disolver el matrimonio sin necesidad de informes más ámplios. La condicional de haber hijos es de una trascendencia suma, y esta disposicion civil seria un absurdo de derecho si no la contuviese. El divorcio, por prévio decreto, cuando las causas aparecen probadas, no podria establecerse en nuestro país que, por la condicion de raza meridional, y de viveza de ingenio, ofrecerian ejemplos de simuladas causas que harian de la declaracion prévia un imprudente acto judicial.

Toda prevision es poca, toda cautela insuficiente para evitar que, quienes un dia, se reconcilien y quieran borrar del lienzo de su vida la intencion del divorcio, no acusen de fácil al Tribunal, y que, quienes hayan pretendido una aparente legalidad, no le acusen de negligente en el estudio de ese organismo secreto que tienen todas las demandas, de esos móviles, alguna vez ilicitos, con que suele acudirse á los Tribunales.

Suelen fundarse las demandas de divorcio en la prueba testifical, y si como ha declarado frecuentemente el Supremo, incumbe al Tribunal sentenciador

---

(1) Ley XIV, tit. IX, Part. 4.<sup>a</sup> tit. VII de la Ley de Enjuiciamiento civil.

la apreciación de esta prueba sin sujeción á lo dispuesto en el antiguo derecho de las Partidas, y si en asuntos de poca valía como los que descansan en esta prueba debe acudirse á la racional apreciación de lo declarado antes de dar sentencia, ¿cuánto no debe pensarse antes de dar el mandato que produzca el divorcio?

Hay gentes fáciles que atestiguarán el adulterio, la sevicia y la concurrencia de todas las causas que no habrán sin embargo existido. El juez debe estudiar aquel semblante innoble que acompaña al testimonio falso; el juez, que debe hacer comparecer á los cónyuges, ha de penetrar en lo más recóndito de su alma, y deducir la inocencia ó la culpa, la justicia ó injusticia de la reclamación de divorcio, de señales inequívocas que siempre descubrirá si es observador y diligente.

La acusación infundada, la injusta, la quimérica, subleva la conciencia del acusado; su mirada se vuelve iracunda contra el acusador, su rostro cubre las formas de una indignación que no se tiene ni se puede fingir cuando la culpabilidad, que es causa de divorcio, descansa en una imputación falsa é hipócrita. La acusación fundada, la que nace de un resentimiento vivísimo, que ha llegado á herir el honor, que ha hecho conocer con todos sus efectos el ultraje y el atentado de que el acusador es víctima, se descubre en una severa, majestuosa expresión de vergüenza.

El juez ha de considerar que su mandato es una patente que acredita la culpa, y si la culpa hubiera sido una ficción, si hubiera sido un supuesto motivo legal que ambos cónyuges pueden conocer, si un día



la serenidad de espíritu les mueve á la reconciliacion, no hay más efecto irreparable y sensible que el de la sentencia.

Por eso el mandato y la sentencia que implican la declaracion de una culpa deshonrosa, debe ser para un juez asunto delicado en el que nunca debe fallar sino bajo la idea de que es necesaria la declaracion de la procedencia y de la justicia de la demanda.

Es el juez un padre común de los que su jurisdiccion acatan, y así como fallando sobre el honor de sus hijos habria de serle penoso imprimir con el fallo una mancha, ó descubrir la que hasta entonces está latente y velada, así debe meditar la trascendencia del fallo en todos los casos. Es el juez representante de la ley y de la sociedad, y ha de procurar que la ley en todas sus determinaciones y efectos no sirva para agravar los males, sino para contenerlos, no para hacer daño en el porvenir, sino para reparar en lo posible el que por irreflexion ú otros móviles se hubiesen causado.

## CAPITULO VI.

### DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO.

#### § I.

#### *Teoria de las causas.*

Cuanto en el orden natural existe tiene un principio de existencia, se produce por una razon suficiente, obedece á una ley de causalidad.

Cuanto en el mundo moral se conoce, es el resultado de la existencia del bien, que á semejanza de un fluido universal que animase la naturaleza, anima la voluntad humana y da vida á la conciencia. Y cuanto la ciencia enseña es una série de verdades deducidas de la conformidad del discurso con la inmutabilidad de las leyes, principios y reglas de conocimiento.

La ciencia jurídica, cuyas verdades se deducen de la conformidad de la razon con la inmutabilidad del derecho, tiene un organismo perfecto que no es extraño á cuantos fenómenos se relacionan con las instituciones que virtualmente están contenidas en ella.

El divorcio es un fenómeno jurídico tan ligado á la institucion del matrimonio que no existiria sin él. ¿Será por esto que el divorcio se considere como un accidente ó un modo de ser del mismo matrimonio? Bajo el punto de vista metafísico debe considerarse, puesto que el matrimonio subsiste, permanece

y permanece en toda su integridad, aunque no con toda su fuerza ó toda su facultad jurídica, demostrada en los efectos cuya suspension produce el divorcio.

Bajo el punto de vista juridico el divorcio no es accidente, no es un modo de ser propio del matrimonio, como lo son la pátria potestad, la sociedad legal, el parentesco, etc., sino un accidente de pura relacion.

Afecta este accidente no al matrimonio sino á su objeto.

La vida humana es un hecho. La vida tiene por objeto el ejercicio de todas las funciones psicológicas y fisiológicas. Una de las psicológicas es conocer, entender, raciocinar. La enajenacion mental priva de esta facultad, la falta de su ejercicio contraría el objeto de la vida. La vida, sin embargo, subsiste, su objeto subsiste tambien como condicion inherente á la existencia; pero en vez de cumplirse total y eficazmente, se extingue parte de su accion ó cumplimiento.

Así el matrimonio respecto del divorcio, es como la vida respecto de la enfermedad; como el alma respecto de la enajenacion mental ó locura.

Definida así la relacion del divorcio con el matrimonio, serán causas de divorcio aquellas condiciones de la vida conyugal, que hacen imposible el cumplir su objeto. Si la imposibilidad parece un concepto demasiado esplicito, llámese inconveniencia.

Es inconveniente, en verdad, que los malos tratamientos graves que ponen en peligro la vida de un cónyuge, no produzcan su separacion. En presencia de constante peligro ó de probable atentado, lo con-

veniente es la prevision , y la prevision ordena alejar del peligro á quien tan cerca de él se encuentra.

Es inconveniente que un cónyuge adúltero, cuyo crimen y agravio produce la indignacion ó el arrebató vehemente en la persona agraviada, viva cerca, al lado, en la presencia é intimidad del agravante, cuando en cada palabra, en cada ademan encontraria un motivo de recuerdo, una causa de excitacion, un incentivo de resolucion colérica.

La inconveniencia y la imposibilidad moral son equivalentes en estos casos. Es moralmente imposible amar cuando se aborrece; es moralmente imposible proteger cuando se desea un mal á la persona, objeto de la proteccion; es imposible establecer ó proseguir la comunión de ideas y de fines, que es el objeto del matrimonio, cuando estas ideas y fines son diversos; es imposible, en fin, ejercitar derechos conyugales cuando á ellos se falta. En el matrimonio existe una absoluta mutualidad, una relacion de identidad absoluta.

No hay paralelismo si falta una paralela; no hay respiracion si falta la inspiracion; no hay filiacion si falta paternidad.

Luego la separacion de un cónyuge es la de ambos; la causa de divorcio en uno es la razon eficiente, la causa de separacion en ambos, ó en el matrimonio, que es la duonidad viviente.

Examinadas las causas bajo el punto de vista filosófico, las examinaremos en el órden legal.

§ II.

*Teoria legal de las causas.*

Es casual en el orden jurídico lo que produce la disposición de la ley, que regula los actos relacionados con las instituciones. Los actos que son causa de divorcio producen el divorcio mediante la ley que lo declara. Así la condenación, el entredicho, la tutela, la incapacidad, la herencia, etc., son el resultado de la disposición legal y el hecho á que la disposición se acomoda. El matrimonio es la unión legal de hombre y mujer para los fines de mútua y perpétua consagración de fuerzas, de mejoramiento moral y material, el matrimonio es, como le define Modestino, la comunicación del derecho divino y humano entre el hombre y la mujer, unidos por consorcio de toda la vida (1). La comunicacion del derecho (*communis actio*) falta desde que hay otro sér al que se dirige (*ad alterum*); desde que se priva de ella al cónyuge infiriéndole un mal que atenta á su derecho de ser estimado, asistido y respetado (malos tratamientos, violencia para cambiar de religion); desde que lejos de comunicar

---

(1) *Conjunctio maris et fœminæ consortium omnis vitæ, divini et humani communicatio.* La traducción que nos permitimos, aunque no obedece al orden de las palabras, sigue al de las ideas. La definición de Ulpiano que da la Instituta y que acoge el P. Lombardo, es la aceptada en el doctrinal catequístico de Pio V.

propio derecho y atraer la comunicacion de su cónyuge, se la abandona al derecho adquirido por convencion vil que se procura (tentativa para prostituir á la mujer), desde que extendida la comunicacion del derecho á la familia, se quebranta el de la madre contrariando el más noble fin de su ministerio (1), que es la educacion y protectora accion sobre sus hijos (malos tratamientos de obra inferidos á ellos); y por último, desde que perpétuamente arrojado de la sociedad y privado de todo derecho, falta la condicion de perpétuo auxilio; en quien ni temporal puede darlo; falta la proteccion, en quien ni de recibirla es capaz; falta la union, en quien se hizo digno de que se le separase perpétuamente de la sociedad civil y la doméstica (condenacion por sentencia firme á cadena ó reclusion perpétuas).

Hé aquí cómo la causalidad jurídica del divorcio es tambien una causalidad lógica, es una disposicion necesaria á la armonía que deben guardar todas las relaciones que la ley origine y las causas en ella enumeradas son suficientes para su objeto, y cumplen con las condiciones ó propiedades comunes á toda causalidad.

Así, dado el hecho del adulterio y relacionado con

---

(1) De la grandeza de este ministerio que ejerce la mujer, ó la madre, mejor dicho, procede el nombre de matrimonio que es antonomásico. *Matri infans ante partum onerosus, dolorosus in partu post partum laboriosus: ac ex hoc legitima conjunctio matris et feminae magis MATRIMONIUM quam PATRIMONIUM nuncupatur.* De Perr., segun Piteo. Decret. Gregorio Pap. IX.

neral las de todo fenómeno, ó hecho jurídico, ó institucion personal, son causas cuyo efecto requiere la accion libremente ejercitada. Existiendo una ó varias causas de divorcio, existen los requisitos necesarios para que el divorcio se produzca; pero puede ó no producirse desde que el cónyuge, libre para promoverla, renuncia á su derecho.

El derecho prescribe ó se pierde desde que tácita ó expresamente se ha renunciado. La causa del divorcio para que responda al objeto de la ley, ha de subsistir sin alteracion alguna. La que ha sido gravemente maltratada por su marido y en vez de querellarse ha consentido vivir á su lado, ha recibido atenciones que desagravian, no podrá considerarse libre para ejercitar la accion del divorcio; no lo es, precisa un nuevo motivo, una nueva causa que legitime la accion. Quien ha conseguido ó ha intentado satisfacer maritales derechos con conciencia y con conocimiento de que entre él y su cónyuge existia el abismo de la accion adúltera, la ha remitido de un modo substancial, ha perdido el derecho á promover ó á reclamar el divorcio.

La mujer que se prostituye, la que consuma el acto que su marido intentaba, pudiendo no haberle consumado, ha perdido su accion, que solo existe en el caso de tentativa por parte de su marido, sin que le asista otro derecho que el de no poder ser acusada de adulterio ó el de reconvenir la acusacion, invocando la tentativa ó la proposicion de su marido para prostituirse.

Hemos observado con dolor que las causas de di-

el derecho que quebranta, la fidelidad que rompe, la proteccion que traiciona, y el afecto que desmiente, no se puede producir mayor ni más complejo resultado que el de la accion penal en cuanto al derecho, bajo el doble aspecto de derecho inherente á la cualidad de cónyuge y del derecho inherente á la cualidad de hombre social, cuyo honor debe ser acrisolado. El adulterio, pues, cuando la mujer lo comete, es una implícita injuria, un atentado al honor.

Dado tambien el hecho de *sævitia* ó malos tratamientos (de *sævus*, cruel) graves, relacionado con el derecho á la proteccion y afecto, es atentatorio, y puede producir el resultado de la separacion como medida prudencial (1).

Infiérese, pues, que las causas legales son la razon que por su propia fuerza produce el divorcio, mediante la accion personal contenida en la ley. La accion personal que conceptuamos necesaria está dentro del espíritu de la ley y es de universal sentido jurídico, no habiendo disputado nadie la regla de que el divorcio no se produce sino á instancia ó mediante la accion del cónyuge á quien asista (2).

Por esto la causalidad del divorcio, como en ge-

---

(1) En mi concepto, la *sævitia* ó los malos tratamientos no son causa de divorcio cuando son pasados sino cuando son presentes y además cuando hay fundados temores de que la crueldad en el modo de tratar á su mujer sea un peligro de vida para ella. El adulterio por sí solo y como hecho pasado, la *sævitia* como hecho actual y fácilmente repetible.

(2) «El divorcio solo puede ser reclamado por el cónyuge inocente.» Art. 86 de la Ley.

vorcio no son bastante apreciadas ni por los tribunales, ni por los defensores del cónyuge promoviente, ó mejor dicho, no es conocido su espíritu, ni lo son las condiciones que limitan ó extinguen toda su accion virtual dando origen á que las leyes canónicas ó civiles parezcan contener diferente criterio y diversa doctrina de la que con justicia las atribuimos nosotros.

Libres, en cuanto libremente podian invocarse, llamábamos estas causas para que no se confundieran con las necesarias dentro del mismo orden juridico; las necesarias, como lo es la muerte, causa necesaria de la sucesion en la herencia, como la propiedad causa necesaria del dominio y del derecho real etc., y podemos añadir que la finalidad es otro de los elementos causales.

Quando una causa de divorcio no tiene por fin el divorcio deja de ser causa en el sentido lógico de este concepto.

El maltratamiento grave de obra ó de palabra, que fuera de la familia permite la accion penal, dentro de ella ó dentro de la esfera conyugal solo permite la accion del divorcio, pues, con razon observa el Rey Sábio que entre marido y mujer *non se deben mover demandas de las que nazcan denuesto ó mala fama ó non las obiesen de rescebir pena de justicia en los cuerpos en quanto durase el matrimonio* (1): y si en otra causa (la del adulterio) es permitida esta accion difiere de su objeto, se ha establecido como medio de

---

(1) Ley 5.<sup>a</sup>, tomo I, Part. 3.<sup>a</sup>

amortiguar la excitacion que produce la impunidad en el agraviado y como correctivo de fácil comision de este delito que no por pertenecer al derecho intimo ha dejado de intercalarse en el derecho penal que define y garantiza el goce de los derechos comunes.

Mediante el fin de obtener el divorcio es considerada la causalidad legal, como la reunion de circunstancias que cambiando la accion natural del matrimonio permiten á un cónyuge reclamar ó impetrar del ministerio judicial, la debida autorizacion para exonerarse de los deberes anejos á la vida comun.

La reunion de estas circunstancias es puramente objetiva está fuera de la persona á quien compete la accion del divorcio, se refiere al hecho moral que ha de dar origen al efecto juridico por la libre facultad del cónyuge que la intenta ejercitar.

(1) En el divorcio regido por la ley Julia la causalidad objetiva pertenece al libro XVII de leyes, y su efecto en el divorcio es de ley natural.

## CAPÍTULO VII.

### DEL ADULTERIO.

#### § I.

##### *Concepto legal.*

Causa primordial del divorcio es el adulterio, causa grave contentiva de una responsabilidad inmensa en el que la comete.

Era lógico que toda causa de divorcio fuera un atentado, un delito clasificado y penado en el código (1), y el adulterio no solo está penado sino que forma por sí solo un capítulo penal.

El adulterio es un delito, y el adúltero un delincuente: pertenece este delito á los que se cometen contra las personas segun la division general del código, pertenece á los que se cometen contra la honestidad segun la division y clasificacion por títulos. Con razon debe observarse que este atentado se dirige no á las personas generalmente hablando, sino á una determinada, pues que ni la ley la pena, ni el ministerio fiscal la hace objeto de acusacion, ni es permitido en él como en otros delitos la accion popular para producir denuncia y acusacion. Delito contra la per-

---

(1) En el derecho romano la ley *Julia De adulteriis coercendis* pertenece al libro XLVIII *De penis*, y sucede en el órden á la de lesa majestad.

sona agraviada, delito impenable si no es en virtud de querrela de marido ó de mujer (1), pena remisible á voluntad de querellante.

Así se explica que siendo este delito grave, inmensamente grave, no se considere al delincuente cubierto de la ignominia y oprobio con que la accion criminosa rodea el nombre de los criminales.

### § I.

#### *Diferencia entre este y los demás delitos.*

Es tan limitada, tan privada la accion de este delito que nadie se avergüenza de dar su mano al delincuente, de relacionarse con él, de tratarlo con los respetos y consideraciones negadas siempre al autor de los demás delitos comunes. Hablando de los delitos políticos, deciamos nosotros (2) siguiendo á Rossi, Pacheco y otros criminalistas, que no imprimen carácter criminal, porque la experiencia ha hecho ver que lo que un dia era una accion penable, otro era meritoria. No es aplicable exactamente este criterio al delito que nos ocupa, porque en todo tiempo y de cualquier modo que se considere será un delito, será una accion repugnante y escandalosa para los no agraviados, atentatoria y vil para aquellos á quienes agravie.

Vituperable ó criminal esta accion, como quiera

---

(1) Arts. 449 y párrafo último del 452 del Cód. penal.

(2) El criterio legal en los delitos políticos.



que se considere, es no obstante digna de ser examinada con atento y particular estudio.

Difícil es que un hombre sea víctima de la acción homicida que contra su existencia se dirige; difícil es que su propiedad garantida por las leyes y escudada con el ejercicio de pública vigilancia, sea objeto de un atentado: difíciles ó contados son, en fin, los casos de criminalidad por abundantes que los anales y estadísticas los presenten.

Escaso ó contado es el número de delitos y delinquentes en otro orden penal, y escaso y contado el número de los que agraviados se muestren; pero, ¿quién puede contar, quién puede calcular, quién medir la inmensidad de casos de adulterio consumado ó intentado ó propuesto? ¿á quién no afecta, á quién no interesa el estudio, el exámen, la trascendencia de una acción, en la que tan fácil es figurar como delincuente ó como víctima? ¿qué atmósfera tiene este delito que tantos respiran? ¿qué fuerza tiene esta codicia que á tantos arrastra? ¿qué atractivos tiene este deleite que á tantos seduce, ó qué veneno tiene esta libación que ni aun el que ve sus horribles efectos se siente con fuerzas para resistirla?

Duélenos por primera vez desmentir nuestro general optimismo; pero una experiencia constante y sentida produce estas afirmaciones que están en la conciencia de todo hombre observador, diligente, familiar, de trato, y solícito del conocimiento de las virtudes ó vicios de más comun imperio.

§ III.

*Fácil comision de este delito, formas de que se reviste.*

Independientemente de la religion la moral y el derecho, hemos creido degradante no solo el hábito ó el vicio, no solo el acto ó la ejecucion, sino la intencion misma de agraviar á un cónyuge; hemos creido siempre grosero y vulgar el inconsiderado y acaso mentido afecto que se supone existir entre dos seres separados por un abismo que no puede salvarse con la frente serena y la conciencia tranquila; pero, por esto, ¿será ménos cierta la observacion que nos permitimos? ¿será ménos cierto que, á semejanza de aquel divino legislador y juez debemos, al mirar la turba acusadora, con piedras en la mano y tras la mujer acusada, prorumpir diciendo. «quien quiera de vosotros que no haya pecado, arroje la primera piedra?» Ciertamente es doloroso que la frágil condicion humana legitime estas observaciones, y es más doloroso todavia que la existencia de mal tan arraigado y profundo, tan general y tan devastador amenace á cada instante el tan preciado objeto de la paz doméstica y desarrolle esas pasiones violentas con huellas de sangre dibujadas en los anales del crimen; pero calle quien no sepa contener el efecto de una mirada tan libre como seductora, calle quien no escuche la amarga queja de una persona desigualmente enlazada, quien no haga uso de una palabra, de una demostracion acaso de inocente coquetismo, pero que

parece discupar la bien acogida audacia, calle quien no sepa limitar la dulce galantería, quien no sepa distinguir la oportuna lisonja y el intencionado homenaje, quien no sepa en fin, cuan peligrosa es la simpatía que con anhelo se busca cuando crecida se encuentra.

Nada prueba tanto la cultura de espíritu en un hombre como la resistencia á peligrosos atractivos; nada es tan difícil como arrostrar gustoso aborrecimiento por no corresponder á un afecto generosamente ofrecido. ¡Desgraciado el que por sus cualidades morales, ó por la delicadeza de sus maneras, ó por otros atractivos tiene que fluctuar entre el ódio ó el amor de apasionadas miras! Don de gentes, afabilidad de trato, expresion dulce, figura agradable, cosas son éstas, que cuando se poseen tienen la triste compensacion de exigir como previsor empeño una repulsion al afecto que en la mujer enjendran. Así la sociedad en que vivimos, así las costumbres familiares, así las relaciones amigas que con afan nos procuramos, requieren para hacerlas compatibles con los objetos más preciados de la vida y con los más nobles fines de la conciencia, que la galantería sea un acto de la educacion esmerada (1), que la lisonja se

---

(1) La galantería, este simulacro ligero del amor que la precede, la sigue ó reemplaza, este homenaje perpétuo que á falta del amor halaga siempre á las mujeres, recordándolas el poder que tienen sobre el sentimiento que representa, se hace una ley de sociedad, que ellas procuran en lo posible sostener. Este paso permitido se ve sin cesar á los hombres ir

prodigue sin dificultad, pero que las muestras de afecto que resplandecen en la mirada expresiva no laceren el corazon que se reserva para la santidad del afecto único.

§ IV.

*El adulterio no es un mal único.*

¡Cuán fácil es sin esta prudencia generar bastardos afectos, y cuán horrible el abismo á que conduce una pasión ilícita! Pura la conciencia la vió nacer y desarrollarse; la vista atrajo la palabra, la palabra creó la familiaridad y el trato, éste engendró la culpa, la culpa el crimen, y cuando el ánimo se arrebató, cuando la pasión toca los límites del delirio, y una realidad cruel separa á los apasionados, ¡qué ideas tan sombrías! ¡qué pensamientos de atroz criminalidad cruzan por la mente enferma! ¡qué estímulo, qué aguijón barrena el alma que alguna vez escusa una resolución parricida, ó un abandono escandaloso del domicilio conyugal, ó la provocación insensata que legitime una separación vergonzosa! ¿Quién habría de creer que aquella enamorada doncella, cuyos primeros encantos os hacían bendecirla; quién había de creer que aquella alma generosa, cuyas primeras bondades cautivaron vuestro corazón, llegarían á pervertir y degradar su razón y su con-

---

de la galantería al amor y del amor á la galantería.—Alibet.  
*Physiol. des passions.*



ciencia hasta hacerse capaz del más horrendo crimen? ¿Quién pudiera sospechar que la imaginacion risueña de aquel jóven gallardo, que su mirada radiante y complaciente, que su alegría habitual hubieran de trocarse en esa idiota concentracion, en esa mirada oscura y vacilante, en esa expresion de bilioso impulso y de despecho prolongado, en esa revelacion de ocultos y criminales designios?... Si en vez de la pasion amorosa es el antojo liviano, no se producirán tan horribles efectos; pero la liviandad es mudable como el viento y engendra esa preocupacion constante, ese afan de sensaciones nuevas que esteriliza todos los afectos, y hace la existencia juguete de alternativas funestas. Ni buena madre, ni buena esposa, es la mujer liviana á quien ni las decepciones ni los años corrigen; ni buen padre, ni buen esposo es el marido aficionado á galanteos, en los que acaso compromete su fortuna y su felicidad, ó por lo ménos su tiempo y su decoro.

Sea, pues, la moral, sea la virtud, sea la fidelidad, no solo el camino más fácil, como lo es ciertamente, sino el objeto constante de la vida y el norte seguro de la paz y del reposo.

#### § V.

#### *Teoria de la accion del divorcio por causa de adulterio.*

Fundados en las consecuencias que produce, en el derecho que quebranta, en el atentado que supone la



accion adúltera, han creído los legisladores de todos los tiempos, los de todas las escuelas y doctrinas que esta accion producía el derecho de pedir el divorcio en el cónyuge agraviado.

¿Cuál es, sin embargo, la esencia, la razon, la causa eficiente de este derecho? Algun crítico creyó que la gravedad del adulterio provenía de esa creencia universalizada por el derecho romano, de que la mujer era una *cosa*, un objeto de mancipio, sobre la cual el marido, ejerciendo todo dominio, podía ejercer especialmente el de esta parte que resume el sér de la mujer poseída. La teoria de este criterio produce una consecuencia espantosa.

Si este derecho es propio de una nocion errónea de la mujer, rectificadas esa nocion, el derecho dejará de existir, y el adulterio no tendrá limitacion alguna especial, no será más que cualquiera otro acto indiferente ante la ley, como los que se producen de esta clase, entre personas á quienes asista libertad de dar ó rehusar esos dones naturales siempre reservados para la persona de quien recíprocamente se esperan ó se desean.

El legislador, al conceder este derecho, ha debido basarlo en la condicion de la paternidad. Si un hombre ha de tener los deberes y derechos de la paternidad, justo es que se concedan los medios de impedir una falsedad que hace ilusorio ese derecho, y estos medios se concentran en la absoluta disposicion de la facultad de afecto de su mujer. Pero si la ley no tuviese otra razon más poderosa al reconocer este derecho, ¿cómo lo había de admitir en ambos cón-

yuges, cuando la maternidad no puede ser objeto de falsedad alguna? ¿Cómo había de aplicarse á los tan repetidos casos en que ó es estéril ó se esteriliza el acto culpable?

Seguramente hay otra razon; acaso la de que siendo el matrimonio una convencion, una obligacion solemne de pertenecerse los cónyuges, el acto de que nos ocupamos atenta á la ley de esta obligacion ineludible; pero ¿qué obligacion ni convencion, qué contrato ni estipulacion en que las partes renuncien á su propia personalidad se constituyan en voluntaria absoluta esclavitud, seria válida en las reglas ordinarias del derecho? Si no es permitido renunciar la herencia cuando se es heredero forzoso, ¿cómo había de permitirse el renunciar á la personalidad?

No; el derecho de los cónyuges no se deriva, no se basa, no tiene origen directo en ninguno de los principios, en ninguna de las reglas de derecho civil ni del criminal. El derecho de los casados nace del matrimonio; y el derecho que concede el matrimonio no está en la ley, está en la moral que autoriza la vida comun, está en la religion que la ennoblece, está en el espíritu que la ha deseado con afan irresistible, que ha visto en ella el cumplimiento de un fin humano, fin superior entre todos los fines temporalmente realizados.

Solo así se concibe que el adulterio haya tenido en la historia del derecho civil y del derecho penal un lugar relevante. Solo así se concibe que en la antigüedad tuviera tan honda penalidad este crimen, que no solo atrae la condenacion á muerte, sino que

su ejecucion estaba á cargo de las turbas indignadas que, para hacerla más ejemplar, apedreaban indignadas á los adúlteros.

Las antiguas leyes que tienen en su abono la expresion de espontáneos sentimientos, las antiguas leyes, que sin levadura de civilizacion ni de progreso humano revelan, como ningunas posteriores, la condicion natural del hombre, condicion que jamás se pierde aunque mucho se modifique su determinacion en la vida, consideraban el adulterio con una gravedad que espanta. El Código de Manou, que habia manifestado que «donde se honra á las mujeres, las divinidades están satisfechas, y cuando no se las honra, las obras piadosas son estériles; que la familia en que las mujeres viven afligidas no tarda en extinguirse, así como crece y prospera cuando viven felices; que las casas malditas por las mujeres, á quienes no se rindieron debidos homenajes, se destruyen completamente como reducidas á la nada por mágicos sacrificios (1), habla del adulterio como de un mal que anula todas las obras piadosas que se hubiesen practicado (2): aconseja al Rey que destierre despues de castigarlos con afrentosas mutilaciones á los seductores de mujeres ajenas (3):

---

(1) Cód. de Manou 56, 57 y 58 del lib. III.

(2) Ibidem, 175.

(3) Lib. VIII, 552. Exceptúa de esta pena á los que hablan con las mujeres de los bailarines ó cantantes, porque dice: «estos tales conducen á los hombres y les procuran coloquios con sus mujeres y se retiran para favorecer su amorosa entrevista.» No podia ser aplicada en nuestras sociedades esta prescripcion, porque la ocupacion á que se refiere no envilece.

á los que dirigian la palabra á las mujeres habiéndolo prohibido su marido. La mujer que por orgullo ó excesiva estimacion propia es infiel á su marido, debe ser devorada por los perros en un sitio público, y su cómplice debe ser quemado sobre un lecho de hierro candente, y los verdugos deben alimentar el fuego hasta que sea acabado (1).»

Los egipcios cortaban las narices á la mujer adúltera, para que llevase el sello para siempre (2), y en los pueblos del Norte los quemaban vivos y daban muerte á su cómplice.

La muerte, la mutilacion, el degollamiento, el apedreamiento, la horca, el descuartizamiento, el enterramiento en vida, cuantos suplicios son imaginables, todos han sido autorizados por las leyes contra los adúlteros.

---

(1) Ibidem. 371, 372. El resto de las disposiciones penales sobre el adulterio está basado en la diferencia de castas, siendo tanto más grave cuanto más desigual la condicion de alguno. Es digno de reproducirse el contenido de los artículos 386 y 387: «El príncipe en cuyo reino no se encuentra un adúltero, ni un ladrón, ni un calumniador, ni un reo de violencia ó de malos tratamientos va á la morada de Jackia (Dios del cielo), y el rey que reprime, que castiga eficazmente estos delitos, tiene primacía sobre todos los hombres de su misma categoría y difunde su gloria por el mundo.»

(2) En Roma tambien existió esta costumbre, y á propósito de ella decia Marcial, lib. III, epig. 85.

Quis tibi ait, persuasit nares abscindere mæcho?

Nihil hæc peccatum est parte, marite, tibi.

Stulte quid egisti? Nihil hic tua perdidit uxor,

Cum sit salva tibi mentula Dehiphohi.

Atenas consentía en que el marido, padre ó hermano vengasen de muerte el adulterio (1).

Grecia imponía al adúltero pena capital, si bien por el más cruel de sus legisladores y algunos filósofos que conocían cuán difícil era evitarlo en aquellas costumbres voluptuosas, aquella naturaleza fácil al amor sensual, intentaron establecer la comunidad de mujeres, arrebataron el amor á los hijos, diciendo que el verdadero padre era el Estado, autorizaron la prostitución consentida por el marido, para tener descendencia (2), y quisieron abolir de entre los crímenes el adulterio para que no hubiera adúlteros, como en ciertas repúblicas abolir la propiedad para que no hubiera ladrones. Su filósofo más conocido, Aristóteles, acude á la superstición para obtener la virtud de la castidad en la mujer casada: aconseja al marido que recoja una poderosa ramita de una planta que se cria entre las corrientes de un río y la coloque ocultamente en el lecho conyugal donde debe dormir su consorte, y basta este sencillísimo procedimiento para inspirar toda la castidad, toda la pureza que permite el matrimonio.

Roma ofrece singular estudio en la penalidad; hay época que parece existir la tolerancia del adulterio. Pueblo enamorado de sí mismo y de sus conquistas es desconocedor de las virtudes domésticas. ¿Quién ha de pensar en la infidelidad conyugal en un pueblo que

---

(1) Demóstenes. V. Brisson, Com. in. IV.

(2) Lacedemonia, según Jenofonte, cap. I, aunque el historiador lo refiere de un modo que parece natural y aceptable.

aconseja al hombre tomar las armas y abandonar sus lares, para engrandecer los dominios de la ciudad, dejar la casa y la felicidad doméstica, para habitar entre el ruido y la dureza de vida de los campamentos? ¿quién ha de penar el adulterio en un pueblo que fácilmente rompe todo conyugal vínculo? Sin embargo, como la familia romana es una familia modelo de consistencia y unidad, la escasez de leyes penales procede de la facultad del marido, de la potestad y dominio del marido sobre la mujer. No había necesidad de que la ley pensase lo que podía *auctoritate propria* penar el marido.

Es tardía la legislación penal sobre el adulterio, y por esa razón convincente cuando debe aparecer tiene un interés secundario.

Creyéndose desde un principio que el adulterio era un crimen doméstico, se sometió su conocimiento á un Tribunal (1), llamado doméstico al que competía conocer de él, é imponer merecida pena.

Componían este tribunal los parientes de la mujer, es decir, los interesados en su honor, aquellos á quienes la deshonra podía afectar (2), y en su presencia se la acusaba. Más tarde el Tribunal doméstico quedó para los delitos leves, y el adulterio considerado como grave permitía la acusación pública, porque,

---

(1) Dion. Halicarnaso., lib. II.

(2) Todavía entre nosotros, en las poblaciones de segundo y tercer orden, pierde en concepto público, aunque inmerecidamente, la hija ó la hermana de una mujer sobre la que recae nota.

«mantiene la pureza de las costumbres, intimidando á las mujeres y á quienes tienen el deber de velar sobre ellas» (1); y porque «en una república el adulterio, grave violación de las costumbres debía interesar al Gobierno, acaso porque el desarreglo de la mujer pudiese hacer sospechar el del marido, acaso en fin, porque se temiese que las mismas gentes honradas prefiriesen ocultar el crimen á castigarlo, ignorarlo á tomar de él vengadora reparación» (2). A propósito de la repugnancia por disposiciones penales que sentía Augusto, autor de la famosa ley *Julia de adulteriis coercendis*, refiere Montesquieu (De Dion, lib. LIV) que como se hubiere hecho comparecer á su presencia un jóven que se habia casado con una mujer con quien sostuvo ilícita relación antes de haberse casado, dudó largo tiempo sin atreverse á castigarle ó absolverle, y en vez de sentenciar dijo: «las seducciones han sido causa de grandes males, olvidémoslas».

Habiéndole pedido los senadores que legislase sobre las costumbres de las mujeres, eludió la petición diciéndoles «corregid vuestras mujeres como yo corrijo la mía» —¿Cómo la corrige? debieron preguntarse á sí mismos y dirigirle la pregunta, á que contestó diciendo «que era una pregunta á su entender muy indiscreta» (3).

(1) Montesquieu. *Esprit des lois*, lib. V, cap. VII.

(2) Id. *Esprit des lois*, cap. XI.

(3) Id. *Esprit des lois*. Notas al cap. XIII del mismo libro.

Sin embargo, la ley ha alcanzado gran fama; son varios los comentaristas antiguos y modernos (1) que la han comentado largamente, y esto ha de excusar el exámen que de ella vamos á permitirnos.

§ III.

*De la ley Julia «de adulteriis coercendis.»*

Tenia como precedentes esta ley á seguir la historia y la crítica del derecho de Roma, una de las Doce Tablas, otra del cónsul P. Servilio (2) dada por consejo del dictador Sila (3), la ley Cornelia y las costumbres desde la famosa ley de Rómulo.

La ley Julia respondia al pensamiento de Augusto, á la empresa de reconstituir la sociedad romana por medio del matrimonio, que procuró fomentar, y como se opusiese aquella sociedad, bastante pervertida, al matrimonio, prestando la liviandad de las mujeres, el Emperador, por su ley reprimiendo los

---

(1) Brisson, laborioso jurisconsulto francés comentó esta ley con ilustraciones oportunas en su *Ad legem Juliam*. El comentario, aunque corto, es de primer orden y revela aquella inteligencia privilegiada que cautivó á Enrique III, y que le hizo merecer ser abogado del rey y su embajador en Inglaterra. Su obra forma parte de la selecta coleccion de Granozio, y las páginas que más adelante citaremos pertenecen á la coleccion, no al comentario.

(2) Lex Servilia. Hoffman, *Ad leg. Jul. de adul.* ség. Poth.

(3) Plutarco. Vir. Rom. Sylla. Valerio Max. VII. Titulo VIII, id.

adulterios, ofrecia las seguridades consiguientes á toda ley que tiene carácter penal (1).

Desde entonces el adulterio ha sido mas bien objeto de sancion penal (2) que caso de accion civil de divorcio.

Reprimir el adulterio era dar robustez al matrimonio; infundir en el marido el sentimiento de su dignidad y honor para que no tolerase la adúltera (3),

---

(1) Dion. Hal. Lib. 54. *Hæc lex lata est à divo Augusto;* es su comienzo en las Pandectas.

(2) En España comprueban esta afirmacion las leyes 1.<sup>a</sup> á la 6.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup> á la 18 del Fuero Juzgo; las leyes 58, tit. VI; 9.<sup>a</sup>, tit. XIV; 24, tit. XXII de la Partida I; las leyes 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 19, tit. II; 2.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup> y 12, tit. IX; 6.<sup>a</sup>, tit. X de la Partida IV, y la 22, tit. I; 1.<sup>a</sup>, tit. XV; 2.<sup>a</sup> á la 15, titulo XVII de la Partida VII; las leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, tit. VII, lib. IV del Fuero Real (Recopiladas), 1.<sup>a</sup>, tit. XXI, Ord. de Alcalá (Recopiladas), 80, 81 y 82 de Toro (Recopiladas.) Los fueros de la edad media estaban conformes y eran acaso más severos que esta legislacion como puede verse en el *Ensayo* de Marina, tomo 1.<sup>o</sup>, pág. 234 y siguientes.

(3) *Lenocinii quidem crimen lege Julia de adulteriis præscriptum est; cum sit in eum maritum pœna statuta qui de adulterio uxoris suæ quid ceperit: item in eum qui in adulterio deprehensam retinuerit. Ceterum qui patitur uxorem suam delinquere matrimonium quæ sum contemnit quique contaminationi non indignatur pœna adulterium non infligitur, etc.* Digest., lib. XLVIII, tit. V. *Ad Leg. Jul. Crimen lenocinii contrahunt qui deprehensam in adulterio uxorem in matrimonio retinuerunt. Codicis, lib. IX, tit. IX.*

Nato, dice tambien el Digesto, *Claudius Corgus vir clarissimus uxorem accusans eum detestus est uxorem in adulterio deprehensam retinuisse et sine accusatore lenocinio damnatus est à Divo Severo. Ib. Grachus quem Numerius, etc. Cód.*

era condenar severamente aquella escandalosa complicidad que habia prostituido la sociedad romana; declarar que lo mismo la mujer casada que la viuda ó no casada (1), eran objeto de la pena, significaba altísimo respeto á las virtudes, y claro concepto del derecho, pues que toda satisfaccion libidinosa fuera del matrimonio, es atentatoria á la fé matrimonial, ó atentatoria al matrimonio mismo, que ó lo desdeña ó lo ofende; y sin que para incurrir en la responsabilidad sea menester que el matrimonio se haya legitimamente contraído; bastando que la adúltera estuviese de cualquier modo casada, es decir, que pudiese ser ó fuese madre de familias (2), que por sus relaciones amorosas, sostenidas con cierta formalidad, la hiciesen creer desposada ó tener esperanza de casarse (3).

La acusacion de adulterio era recomendada, y podian instituirse acusadores el marido ó el padre (4), y aun pertenecia en tiempos á los juicios públicos, el

---

(1) Pothier, Pandecta, Tom. XX, pág. 236, trad. Breard-Neuville, correc. de Moran de Montalin.

(2) *Plane sive juxta uxor fuit sive injusta accusationem instituere vir poterit.*

Cujac., *Observat.*, 3.18. Algunas para librarse de la pena de adulterio, se prostituían, pero Tiberio las condenó al destierro. Suetonio Tiberio, cap. 35.

(3) *Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum: quia neque matrimonium qualemque nec spem matrimonii violare permittitur.* Dig. Ad leg. Jul. ad. 11, 3.

(4) *Patri, fratri nec non patrum et anunculo quos verus dolor ad accusationem impellit.* Codicis. Lib. XXX del mismo título.

que debía pronunciarse sobre el adulterio, permitiendo la acción pública, por la que cualquiera persona podía acusar (1).

Como hubiese multitud de disposiciones que autorizaban la prescripción penal, la reducen los Emperadores Diocleciano y Maximiano, fundándose en que interesa á su corazón hacer que el pudor sea respetado (2), y que donde se quebrante pueda castigarse, y como expresión clara de la moralidad que la ley exige, recomienda á los jueces que cuando un cónyuge acuse al otro, es decir, el marido, único que podía acusar, observe el juez si las costumbres del que acusa son morigeradas, si cuando pide virtud á su mujer no le falta á él (3).

Conocióse el efecto de la ley Julia, y aunque no fué completa la renovación de costumbres, pudieron decir los poetas de aquel tiempo que se había castigado el adulterio como el robo (4); que se había con-

---

(1) *Quavis adulterii crimen inter publica referatur quorum delatio in commune in omnibus sine aliqua legis interpretatione comeditur, etc. Id.*

(2) *Indignum est enim ut ultionem pudoris prestigia vestusti juris excludant.*

(3) *Judex adulterii ante oculos habere debet et inquirere au maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit; periniquum enim videtur esse ut pudicitiam vir ab uxore exigo quam ipse non exhibeat, quæ res potest et virum damnare non rem ob compensationem mutui criminis inter utroque communicare. Digest. loc. cit.*

(4) *Opida cæperut moliri. Et ponere leges*

*Neu quis fur esset, neu latro, neu quis adulter.*

HORAT.

seguido que el adulterio no penetrase en el lugar de la castidad, porque la ley y las costumbres lo rechazaban (1), se habia desterrado el antiguo y frecuente espectáculo de lúbricas costumbres y socorrido á la generacion venidera, dando seguridad á la *filiacion* (2), y, en fin, se habia hecho reinar el pudor en las casas (3), y podia, con justicia, celebrarse la ley, por la que en Roma habia honestidad (4).

No parece, cuando tanto elogios merecia, sino que la ciudad viril por excelencia habia olvidado, no conservaba idea de estas virtudes, ó se habia familiarizado con el vicio hasta creer su dominio natural y propio de la condicion humana.

La ley, como el lugar que ocupa en el Código lo indica, era una ley penal, la relegacion (5) y la con-

- 
- (1) Nullis polluitur casta domus stupris  
Mox et lex masculorum edomuit nefas  
Laudantur simili prole puerperæ  
Culpam pœna premit comes.

HORAT.

- (2) Lusus erat sacræ connubia fallere tedæ  
Lusus et inmeritis exequisse mares  
Utraque tu prohibes, Cesar, populisque futuris  
Succurris, nasci quos sine fraude jubes.

MARCIAL, epig. 41, lib. VI.

- (3) Julia lex populis ex quo, Faustine, relata est  
Atque intrare domos jussa pudicitia  
Plus debet tibi Roma quod pudica est.

Id. 7.

(4) Brisson en su preámbulo á los comentarios de esta ley, hace todas estas reflexiones y otras que omitimos.

- (5) Qui stuprum adulterium sciens Jolo malo fecerit in

fiscacion de los bienes (1) eran las primitivas penas que sirvieron de ejemplo à las de Marco Aurelio, Antonino y la de Constantino, especialmente à la de Constantino, que castigaba el adulterio con pena capital (2), y permitia que el que fuese autor de este delito pudiese ser muerto en el acto por el marido, ó el padre, ó el hermano à quienes lastimase la honra (3), ó que debidamente le fuese exigida la responsabilidad.

insulam relegator. II ap. Bris. Suet. Aug. 55. Tácito. Annales 2. 51 y 85, Plinio, Epist. 6. 51, donde se refieren ejemplos. Pothier advierte (art. 5.º, ad leg. Jul.) que la relegacion no era perpétua, sino temporal.

(1) Adulterii convictas mulieres dimidia parte dotis et tertia parte bonorum ac relegatione in insulam placuit coerceri. (Paul. Sent. 2, tit. XXVI.)

(2) Sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet (Ley 30, 4, Cód.)

(3) Dion. God. J. C. in Cod. glos. 4. Patri qui in potestate habet adulterum quemlibet quæm in filia deprehenderit domi suæ, generive suæ occidere jus esto, dum una cum eo incontinenti filiam occidat. 3. Sobre el cómo deba entenderse esa potestad, Brisson, comentario al III de la ley, pág. 1362 del tomo VIII del *Thesaurus Græcarum Antiquitatum*, contestus ac designatus ab Jacobo Gronovio.

§ IV.

*Concepto religioso del adulterio.*

La religion tiene más severos preceptos que las leyes, por lo mismo que el ideal de su doctrina se acomoda absolutamente al ideal de la más pura perfeccion humana.

Solo la religion ha concebido la continencia como virtud necesaria á la perfeccion humana; solo la religion ha enaltecido la virginidad y la pureza de costumbres que sus preceptos exigen con todo imperio y que son la condenacion más eficaz del hecho, de la intencion y del pensamiento adúlteros.

El derecho canónico, dónde se refleja y toma forma la idea religiosa que ha de dar origen á una institucion, definió el adulterio « la violacion de la fé conyugal, » y como la fé abraza desde el sentimiento amoroso que da origen y alimenta la vida conyugal, desde el más oculto pensamiento al más público acto, la accion adúltera quedaba definida aun por aquellas faltas que la ley civil no podia averiguar, ni ley humana alguna podria conocer.

San Agustin ha atribuido á la doctrina religiosa esta definicion y exponiendo las palabras de San Pablo (Cor. 7, 4), la mujer no tiene potestad sobre su cuerpo sino el varon, y á su vez el varon no la tiene

---

(1) Can. 15, C. 32, quæst. 5.<sup>a</sup>

sobre el suyo, sino la mujer, dice: « la violacion de esta fé es lo que se llama adulterio (1).

Santo Tomás en su Suma teológica, aceptando el concepto de potestad del marido sobre la mujer, afirma que el adulterio no solo es un acto de reprochable vicio, sino condenable injusticia (2). Multitud de católicos de los primeros siglos consideraron que el adulterio era tan grave delito con relacion al derecho conyugal que era capaz de disolver el vínculo (3); así comentaron y entendieron, no pocos, la doctrina de Jesucristo, de que no era licito repudiar ó dejar la mujer, á no ser por adulterio, hasta que San Agustin, esplicando este pasaje biblico, manifestó que el *nisi ob fornicationem*

---

(1) Cui fidei (conjugali) tantum juris tribuit Apostolus ut eam potestatem appelaret .... Hujus autem fidei violatio dicitur adulterium, cum vel proprie libidinis instinctus vel alienæ consensu, cum altero vel altera contra pactum conjugale concumbitur: atque ita frangitur fides: quæ in rebus etiam corporis et abjectis magnum animi bonum est et ideo eam saluti quoque corporali qua etiam vita nostra ista continetur certum est debere preponi. Cap. IV, *De bono conjugali*. Las doctrinas referentes á este punto están brillantemente expuestas en el libro *De conjugii adulteriniis*, el cual como el del bien conyugal, del bien de la viudedad, de la santa virginidad y otros opúsculos, son dignos de toda veneracion y estudio

(2) D. Thom. 2.<sup>a</sup> 2.<sup>æ</sup> Quæst. CLIV, 1. Ad secundum dicendum quod nihil prohibet, in eodem actu diversorum vitiorum deformitates concurrere, ut supra dictum est (1, 2, 9, 18 á 7). Et hoc modo adulterium continetur sub luxuria et sub injustitia, etc.

(3) Belarmino. Controvers. De matrim.

debía entenderse negativamente; como si dijera que *ni aun* por esa causa era lícito el repudio (1), en lo que despues estuvo conforme Santo Tomás (2).

Declarado por la Iglesia el sentido, y fijada ya jurisprudencia canónica, no hay cuestion sobre el asunto, ni la Exágesis ni Hermenéutica pueden conducir á otro criterio, bastando al objeto presente dejar consignado que la religion ha sido tan severa como el derecho para cubrir de gravedad la accion adúltera.

### § V.

#### *Concepto legal.*

Conformes todos los derechos, así el antiguo como el moderno, así el civil y penal como el canónico, en la naturaleza del adulterio, difieren en aquellos puntos que forman parte del campo que á cada uno corresponde.

Es el adulterio una accion de suyo tan grave, que cada uno de estos ramos de derecho ha procurado la parte de reparacion que podria ofrecer.

El Rey sábio, despues de hablar de los engaños penables, habla del adulterio diciendo que es «uno de los mayores errores que los homes pueden facer de que non se les levanta tan solamente daño, más

---

(1) De Conjug. adulterinis. Lib. I, cap. IX.

(2) D. Thom. 4 ad 38, etc. Sanchez, De matrimonio, tomo III, lib. X, pág. 247.

aun deshonra (1), y Gregorio Lopez, glosando la afirmacion, recuerda que tiene este delito mayor gravedad porque no solo produce daño en otro, sino en sí mismo (2). El concepto legal del crimen está como en ninguna parte puesto de relieve en las leyes 81 y 82 de Toro recopiladas. La impunidad del parricidio, el consejo implícito de que el agraviado no quite la vida á la adúltera solo, sino á su cómplice (3), todo esto reúne la severidad de la legislacion antigua, á la que con variaciones que no es nuestro intento examinar, pero que el moderno derecho penal las ha derogado siguen las demás disposiciones legales. Antonio Gomez, despues de anunciar un perfecto y magistral comentario á las leyes de Toro citadas (4), se pregunta si el marido puede *auctoritate propria* matar á su mujer, hallada en adulterio, y para responder afirmativamente exige que el cómplice sea persona de vil linaje (5), y

---

(1) Proem. del tit. XVII de la Partida 7.<sup>a</sup>

(2) Sic exhortitur Azon. C. eod. in summa dicens inter alia crimines est excelentius adulterium et stuprum, et incestus, et lenocinium, etc.

(3) Quia dato quod possit illos occidere debet utrumque in continenti occidere uno ictu unoque impetu et equali ira. Dr. Castillo. *Utilis Taura glosa* Domini Didaci Castelli doctoris juris Cesarei, etc., cum privilegio imperiali, 1527, Búrgos, fól. CLX. Brisson usa las mismas palabras, y dice que si el adúltero escapare puede ser muerto despues; pág. 1364, ó sea Com. al III.

(4) *Istæ tres leges tractant de delicto adulterii de quo perfecte et magistraliter intendo tractare.*

(5) Brisson, com. in. IV, F. Explicando el contenido de la ley Julia sobre la persona vil, dice: «Viles igitur tantum

haberle encontrado en casa del mismo marido (1) y no en otra (2), siguiendo la prescripcion de la ley Julia (3) y las de nuestro derecho (4) sin que le sea imputable esta accion, porque el ímpetu y dolor acérrimo le excusan (5), y aun siendo clérigo, y sin que por la imposicion violenta de sus manos incurra en la exco-  
munion, debiendo procurar el cercioramiento del delito por el lugar en que el marido y mujer se encuentren y como se les encuentre (6).

Covarrubias, Castillo, Gutierrez, Perez, Llamas, todos los comentaristas han venido á converger en una misma doctrina, sin que haya notables diferen-

---

famosasque personas veluti leones, histriones, mimos, pantomimos, et omnes propter præmium in scenam artis ludicræ pronuntiandine causa prodeuntes ei occidere permitit.

(1) Augetur enim delictum loco sitque gravius in ipsa mariti domo comissum quia matrimonii sedes et domicilium est (Ley V de Ritu nupt.). Brisson rechaza el concepto de potestad de dar muerte, y creemos muy racional este criterio.

(2) Ant. Gomez, J. C. Comment. in Leg. Tau., pág. 490. Covarrubias, tomo I, pág. 200, dice lo mismo y se apoya en las mismas razones.

(3) In l. marito ff. Jul. de adul.

(4) Ley XIII, tit. XVII, Part. VII, 14, tit. VII, id., 2.<sup>a</sup>, título XV, lib. VIII, Orden. de Alcalá.

(5) Gom. loc. cit. núms. 53 y siguientes.

(6) Si maritus occidit uxorem et adulterum repertos in fragranti crimine sed non potest probare qualiter eos invenit adulterando; vel reperit solos nudum cum nuda au puniatur maritus vel qualiter excusetur? Iste est notabilis et quotidianus articulus, etc. Gomez trata otras varias cuestiones sobre este asunto con gran lucidez de ingenio.

cias de doctrinas de las de antiguos juriconsultos que las que ofrece el concepto religioso de la accion homicida en el adulterio.

Prueba evidente de la gravedad de estas cuestiones, es la que ha presentado recientemente Francia.

Como Alejandro Dumas, hijo, hubiese publicado un librito titulado *L'homme femme*, en el cual aconsejaba dar muerte á la adúltera, otros publicistas, seguidos de Girardin, trataron la cuestion hasta el punto de que durante algunos meses se cubrió la Francia de folletos y artículos sobre tales cuestiones. Ninguno, empero, ha considerado la accion adúltera con el criterio imparcial que merece, ni ha tenido en cuenta la multitud de circunstancias que suelen determinar ó concurrir á esta accion.

La cuestion legal en nuestro derecho, y casi en toda Europa, se reduce á considerar la muerte de la adúltera hallada *in fraganti* como un crimen, en el que concurren circunstancias de atenuacion ó exencion de responsabilidad; pero de ningun modo un hecho digno de ser aconsejado ni disculpable.

El adulterio, con relacion al derecho penal, produce la accion penal en el agraviado, con relacion al derecho civil, produce la accion especial de separacion ó divorcio; con relacion á los bienes de la sociedad conyugal y aun de la misma mujer, produce algunos efectos sobre los que nos será permitido un ligero exámen hablando de los del divorcio.



## CAPITULO VIII.

### DEL ADULTERIO DEL MARIDO.

#### § I.

#### *El adulterio del marido comparado con el de la mujer.*

Es absolutamente innegable que el adulterio de la mujer y el del marido son distintos por su naturaleza, y más distintos por sus efectos.

Cuando la mujer ha recibido de la naturaleza la facultad de concebir que al hombre falta, ha establecido la compensacion del límite en sus afectos. Suman tanto las diferentes sensaciones interiores y goces intimos del sentimiento maternal como todos los que en el ejercicio de mayor libertad y arbitrio puede encontrar. La naturaleza ha establecido una ley, por la cual son estériles todos los goces de una mujer en el periodo de la concepcion, que es ciertamente largo, y no lo son en ningun periodo de la vida viril en el hombre. Por eso la naturaleza, independientemente de toda civilizacion, conduciria á la poligamia, y en modo alguno á la poliandria (1).

Pero la naturaleza del hombre y de la mujer no es física ú orgánica tan solo, sino racional, y la razon que conduce a la mayor perfeccion humana posi-

---

(1) S. Agustin. De conj. adul., lib. I.

ble, la razon que ha descubierto en la vida moral la ley del afecto único, que ha igualado los sexos en cuanto al ejercicio de todas sus facultades, ha sentado el principio de que es condenable el adulterio en la mujer como en el hombre. Singulares privilegios establecidos á favor de éste, hacen no obstante radical la diferencia de la violacion conyugal cometida por la mujer y la cometida por el hombre.

Que la ley podia penetrar más en el campo severo de la ética, y poner un correctivo á las licencias de un hombre casado no ofrece la menor duda.

¿Hay alguna falta, alguna violacion cometida por un marido que no suponga una reprobable seducción, el fomento de vida inmoral, ó la complicidad de una mujer adúltera?

O la mujer que el marido infiel se procura es honrada ó no. Si honrada, el adúltero atenta á su honra, y como atentado á la honra debia ser penado. Si no honrada, fomenta y contribuye á sostener su estado de inmoralidad.

De modo que si las consecuencias, en cuanto al interior de la ley doméstica, si las consecuencias de la violacion de la fé conyugal son distintas ante la moral social, es relativamente tan grave la falta en el marido.

Dotada la mujer de un sentimiento de exclusivismo, tan enérgico y más que el del hombre, capaz como él de la ira y arrebato en presencia de la violacion de la fé conyugal, ¿por qué la legislacion antigua y moderna no han imaginado siquiera la reparacion vengadora que podria encontrar si hallase á su

marido en fragante delito? ¿Por qué ha supuesto la ley una condicion sufrida y resignada en la mujer si es tan sensible como el hombre á la ofensa?

¿Por qué admitiendo préviamente una desigualdad y diferencia, existentes solo en las civilizaciones antiguas, cree como éstas que desde el simbolo más sencillo (1), desde la ceremonia más ligera del rito nupcial (2) hasta la declaracion más amplia de la potestad marital, todo hace de la mujer un sér de pura pasibilidad al que impone el hombre á su arbitrio, y la ley á su antojo toda especie de coercitivos preceptos?

---

(1) Decia Plinio que las mujeres cuando llevan perlas pendientes de las orejas, es por el gusto que tienen de oír unas con otras, juntándose; y dice San Francisco de Sales en su *Vida devota* (trad. de Quevedo, cap. XXXVII): «Creo que este ornato místico significa, pues que el marido le regala, que ningun lenguaje ni ruido pueda entrar en las orejas de la mujer, que no sea el amigable son de palabras honestas.» Verdad es que el escritor místico hace justicia á la religion y honor á su entendimiento cuando iguala los sexos diciendo despues: «La sortija que bendice el sacerdote, significa, poniéndola en el dedo, que sella su corazon para que ni el nombre ni el corazon de otra mujer puedan entrar en él mientras viviere la que le ha sido dada por propia. Despues el esposo torna á poner el anillo en la mano de la esposa, para que sepa que su corazon no debe pertenecer á ningun otro hombre mientras éste viva.

(2) Entre otros curiosísimos ensayos sobre ceremonias y ritos nupciales en la antigüedad que suelen tocar algunas cuestiones de derecho, podemos indicar el del erudito Juan Bautista Casali *De ritu nuptiarum ac de Jure connubiali veterum dissertatio*, y José Lorenzo de Luca *De sponsalibus*, etc. V. Col. de Granobio.

Ciertamente son mucho más graves las consecuencias de este acto en la mujer, y los legisladores, considerando el enorme daño que al hijo verdadero produce el hijo adulterino, á quien por verdadero reconoce el padre, han intentado castigar esta violacion, que es tanto más grave, cuanto que puede ser comprendida entre los crímenes de falsedad, y serle aplicado aquel principio de las leyes romana y pátria, por el que se castigaba el *poner fijo ajeno en los bienes del marido*, como si se tratara de la suposicion de parto.

Pero la ley debe tambien considerar que son muchos los matrimonios en los que la dote de la mujer soporta las cargas; son frecuentes los ejemplos de maridos que con los bienes de la mujer viven en cierta ostentacion ó desembarazo al ménos, y nada ilegal ni nada reprobable creen cometer cuando así disfrutan inmerecidamente de sus bienes.

¿No debia ser justiciable el adulterio de un marido que dispone de la dote de la mujer, precisamente porque la fé conyugal de union con la ley la ha puesto en sus manos? ¿No es inicua la impunidad de estas licencias por otra parte repugnantes y escandalosas? ¿No es inicuo que en tanto que la mujer, primer elemento de economía doméstica, generalmente hablando, se afana por dedicar su tiempo y sus cuidados á las necesidades de la vida y decorar la presencia de su marido, bien portado y pulcro, merced á su solicitud, se prevenga éste de tales favores para ponerlos al servicio de una seduccion criminal con la que traiciona la fé de su confiada consorte? ¿Se deja-

rán al fuero de la moral estas faltas?... Por lo que respecta á la circunstancia observada en primer término, debia merecer la atencion de los legisladores. El marido disipado y licencioso con los bienes de la mujer, no debia ser objeto de repugnancia tan solo en una sociedad de cultas costumbres, debia ser objeto de una disposicion penal, ó por lo ménos de una disposicion especial en la ley que expone las causas del divorcio; porque el temor de incurrir en ella, la pena ó la acusacion que mereciere, el fundamento con que su mujer podia ser querellada por la violacion de conyugales derechos, todo contribuiria á reprimir estos frecuentes casos, é impondria la ley una nota deshonorable que la sociedad, demasiado condescendiente, ó poco solícita de generales respetos, ha dejado de imponer.

Así contribuiria tambien á establecer, como será establecido en época de legislacion perfecta, leyes coercitivas, penas determinadas contra esas faltas del marido que suelen quedar impunes.

## § II.

### *De la igualdad de sexos respecto del adulterio en la sociedad católica.*

Religiosa creencia de la doctrina de Jesucristo es la igualdad de todos los hombres ante Dios, y no ménos religiosa la igualdad de los sexos. La misma potestad que tenia el marido sobre la mujer, concedió San Pablo á la mujer sobre el marido, y el adveni-

miento y la dominacion de los dogmas cristianos abrieron nuevas fuentes al derecho civil.

Los legisladores, sin embargo, debiendo inspirarse, debiendo trascribir á leyes aquellas reglas de conducta que parecian más acomodadas á la naturaleza especial de uno y otro sexo han conservado la nocion de la desigualdad, la han hecho dominar y prevalecer en todas las civilizaciones, tiempos y países.

Nadie puede dudar de la supremacia del varon, nadie puede dudar de la mente de la ley, al darse la administracion de los bienes al marido, el nombre del padre al hijo, el atribuir á la persona del marido la representacion de la familia, el sujetar á la mujer al domicilio de su marido, etc. Todos estos fenómenos que la ley perpetúa prueban que está en la conciencia universal la idea de que asiste al varon más fuerza, más razon y más entendimiento para dominar, y que la armonia, y el orden doméstico no descansan en la igualdad, sino en la relacion de hombre á mujer.

Tambien en la relacion social existe una señalada diferencia, y existe más viva, más eficaz en el organismo.

La religion empero considerando que las facultades para el bien y el mal están compensadas en los dos sexos, hasta el punto de juzgarlos igualmente idóneos, igualmente capaces de la virtud ó el vicio, ha establecido una igualdad dogmática, contribuyendo á este grandísimo adelanto; á esta perfeccion lógica de la doctrina, la opinion pronunciada de los más doctos é ilustres varones. «¿Qué causa existe, se pre-



guntaba uno de ellos, para que la ley tan severa en reprimir á la mujer sea indulgente con el marido dejándole libre? La mujer que mal aconsejada toma resolucíon contraria á los derechos de su marido, es castigada con la ley expiatoria del adulterio, y martirizada con las horribles penas que establece, mientras que el marido violador de la fé dada y debida á su mujer está exento de toda pena. No apruebo esta legislacion, vitupero esta costumbre, y claramente conozco que la ley, que así al hombre favorece, ha sido sancionada por él mismo... ¿Por qué exiges ¡oh varon! que en la frente de la mujer brille el pudor que en tí falta? ¿Por qué pides lo que no has prestado? ¿Por qué si igual es el honor de vuestra fé no ha de ser igual la ley que lo garantice (1)?» Una cosa, decia otro, son las leyes del César, y otra las de Cristo. Una cosa manda Papiniano y otra nuestro Apóstol. En las leyes del César se da laxitud á las licencias del marido; entre nosotros, lo que no es licito á las mujeres, no lo es tampoco á los maridos, é igual condicion sujeta uno á otro á ambos cónyuges (2).

San Agustin, en la tan repetida obrita de *conjugiis adulterinis* (3), á propósito de una ley de Antonio Pio, en que se iguala la condicion de ambos sexos y que ya hemos citado, elogia ardentemente esta asimilacion de las leyes civiles á la doctrina cristiana, del foro á la Iglesia.

---

(1) S. Greg. Nazianc. Orat. 31.

(2) S. Hyeronimus. In epist. Fabiolæ.

(3) S. Agustin. De conjug. adult., lib. II, cap. VIII.

Santo Tomás, P. Abelardo, el abulense, Soto, los Ledesmas, Bellarmino, Sanchez, y otra multitud de ilustres teólogos, han seguido esta doctrina (1). En la amplitud que no obstante la autoridad religiosa han tenido los escolásticos, no ha faltado quien magistralmente enseñe la disparidad, pretendiendo que ni en la ley mosaica, ni en la cristiana, ha existido la igualdad de condicion en cuanto al adulterio, porque jamás á la mujer le fué lícito repudiar por adulterio al marido, ni Jesucristo en su sermón de la montaña hizo declaracion alguna en este sentido (2), y Sanchez, impugnando esta doctrina, llega hasta declarar, sacando consecuencia que no es respetable la fè que otro ha violado (3), que aunque no haya existido la costumbre de que la mujer promueva el divorcio por causa de adulterio en su marido, goza para intentarlo de un derecho perfecto, de un derecho natural y divino (4). San Ambrosio habia ya pronunciado la sentencia de que lo que no es lícito á la mujer, tam-

---

(1) El P. Tom. Sanchez, *De matrimonio*, tom. III, página 248 y siguientes, cita á todos estos y otros muchos, dilucida cuestiones interesantísimas, que sentimos pasar en silencio, encomendando á los que deseen estudiarlas la consulta de esta obra luminosa.

(2) Cay. ad Math., 19, seg. Sanchez. Esta cuestion ha sido expuesta por Selden en su erudita obra sobre la mujer hebrea.

(3) Ergo ex vi matrimonii et ipso naturæ jure conjux, cui alter adulterans fidem frangit minime tenetur illi fidem servare sed potest ab ipso divertere. Sanch., disp. III, núm. 4, lib. X.

(4) Lugar citado, núm. 7.

poco lo es al marido (1). San Crisóstomo dijo (2) solemnemente, que la ley de la continencia así era al varón, como á la mujer, obligatoria; y San Zenon, «de la misma manera» decia, que nosotros castigamos á nuestras mujeres, cuando, casadas con nosotros, faltan á la fé que nos es debida, así seremos castigados sin que nos excuse la injusticia de la ley, porque el crimen que la ley no castiga lo castiga Dios (3).

Estas y otras sentencias, pronunciadas por los más respetados y más ilustres hombres de la Iglesia, han sido reproducidas en las compilaciones de los Concilios (4), en los comentarios á las Decretales (5), en los tratados (6), ejerciendo el influjo que era natural en el desarrollo de la doctrina de la Iglesia.

### § III.

#### *Critica legal.*

Siendo la obra de Montesquieu la primera que la civilizacion moderna ha ofrecido de severa y profunda crítica legal, séanos permitido elegirla. Montesquieu

---

(1) Lib. I de Abraham, cap. IV.

(2) Hom. 5 in prim. ad Thesal.

(3) S. Zen., Serm. de Pudicitia.

(4) Cabasutio, pág. 162.

(5) D. D. Emmanuelis Gonzalez Tellez, commentaria perpetua in singulos textus quinque. Lib. Decretalium Gregorii IX, tomo V, lib. V, tit. XVI, cap. VII, pág. 196.

(6) Sanchez, De matrim., Leandez, De Sacram., Disput. Tralench., De matrim., etc.

afirma que no deben regularse por los principios del derecho llamado canónico, las cosas que pertenecen al derecho civil (Esprit. des lois, 26, VIII), y despues de algun ligero caso de aplicacion dice: « Como el marido pudiese pedir la separacion por causa de infidelidad de su mujer, la mujer lo pedia en otro tiempo por causa de infidelidad de su marido. Esta práctica contraria á la disposicion de las leyes romanas (leg. 4, Cód. ad leg. Jul. de adult.) se habia introducido en los puntos en que solo la Iglesia y su derecho canónico regian, y ciertamente á no ver el matrimonio sino bajo el punto de vista puramente espiritual, y su relacion con las cosas de la otra vida, la violacion es igual. Pero las leyes políticas y civiles de casi todos los pueblos han distinguido con razon estas dos cosas. Han exigido á las mujeres un grado de retencion y continencia que no exigen á los hombres, porque la violacion del pudor prueba que las mujeres han renunciado á todas las virtudes, porque la mujer, violando las leyes del matrimonio, sale del estado de su dependencia natural, porque la naturaleza ha señalado la infidelidad de la mujer con signos ciertos, aparte de que los hijos adulterinos son necesariamente del marido y estarán bajo el peso de sus obligaciones, mientras que los hijos adulterinos del marido, ni han de aumentar las obligaciones de la mujer ni parecer suyos. » Estas observaciones reúnen cuanto puede decirse del asunto, cuanta explicacion se solicite del fenómeno histórico y legal de la desigualdad de los dos sexos en cuanto al adulterio, considerado como causa de divorcio.

Las leyes, sin embargo, han definido el adulterio

«yerro que ome face á sabiendas yaciendo con mujer casada (1), y entienden por esto el adulterio de la mujer y no el del marido. E tomó este nombre, dice el legislador, de dos palabras del latin *alterius et thorus*, que quieren tanto decir como ome que va ó fué al lecho de otro; por quanto la mujer es contada por lecho del marido con quien es ayuntada e non es della. E por ende dixeron los sábios antiguos que magüer el ome casado yoguiere con otra mujer que oviese marido que non lo puede acusar su mujer... porque del adulterio que face el varon con otra mujer non nace daño ni deshonra á la suya... del adulterio que face su mujer con otro finca el marido deshonorado... le puede venir gran daño... e por ende porque los daños y las deshonoras non son yguales, guisada cosa es que el marido haya esta mejoría.»

Con razon observa Gregorio Lopez (2) que si del adulterio del marido no se sigue daño ni deshonra á su mujer, no puede ni siquiera ejercitarse la accion que Baldo suponía en ella, accion por la cual, si no podia querrellarse del adulterio de su marido, podia

---

(1) Ley I, tit. XVII, Part. VII. Bocero lo define: *Crimen publicum* quo per concubitus viri cum aliena femina foedus conjugale violatur.» De adult., 1. El comentador de las decretales, donde hallamos esta definicion, da como propia y más perfecta al ménos en derecho canónico la que sigue: «Coitus *mentalis* vel *realis* per quem *alterius thorus violatur*,» cuya definicion corresponde á Covarrubias é interpreta y expresa el concepto que tuvieron los Padres del Concilio de Trento, al cual asistió este notabilísimo jurisconsulto.

(2) Glosa 5.<sup>a</sup> á la ley 1.<sup>a</sup> citada.

querellarse de grave injuria, que grave es la violacion de la ley matrimonial.

La ley es tan injusta hoy como hace muchos siglos, si es injusticia este privilegio á favor del varon, y del mismo modo que un poeta de Roma pudo llamarla tirana (1), ha podido un critico decir: «¡el marido puede demandar el divorcio por causa de adulterio de su mujer, mientras que la mujer no puede demandar el divorcio por causa de adulterio de su marido, sino cuando haya tenido su concubina en la casa conyugal! Abrid el Código penal y leereis que la mujer convicta de adulterio será condenada á una prision de tres meses á dos años, mientras que el marido adúltero no es castigado con pena alguna, á no ser en caso de tener la concubina en casa, y aun entonces á pesar de la circunstancia agravante de este ultraje, no será castigado sino con una prision de un mes á un año (2)... En vano se dice que el adulterio de la mujer tiene consecuencias más graves, puesto que introduce en la familia, y pone á cargo del marido, hijos que no son suyos. Eso será una circuns-

(1) Ecaster, lege dura vivunt mulieres,  
Multoque iniquiores miseræ, quam viri  
Nam si vir scortum duxit clam uxorem suam  
Id si nascibit uxor impune est viro.

.....  
Utinam lex esset eadem, quæ uxori est, viro!

PLAUT. MERC., act. 7.º, sc. 7.ª

(2) El Código español lo castiga con prision correccional en sus grados mínimo y medio, y á la mujer con la misma en sus grados medio á máximo.

tancia de agravacion que exigirá una pena más ejemplar, pero no ciertamente una razon que excuse el adulterio del marido. Mucho ménos una razon que dé al marido el derecho de pedir divorcio cuando á la mujer se niega ese derecho. La desigualdad conduce á la injusticia y á la inmoralidad á un tiempo (1).

Algun jurisconsulto moderno ha dicho que castigar el adulterio del marido, solo en el caso de que tenga su concubina en el domicilio conyugal, es autorizado en los demás.

La ley española admite otros casos, y á ella hemos de atenernos en la apreciacion de la crítica legal sin considerar que difiere del Código vigente (2).

#### § IV.

##### *Adulterio del marido con escándalo público.*

Iguálanse en cuanto á la determinacion de causalidad en el divorcio el adulterio del hombre y el de la mujer, si en el primero concurren alguna de estas tres circunstancias. 1.<sup>a</sup> El escándalo público. 2.<sup>a</sup> El abandono completo de la mujer. 3.<sup>a</sup> La complicidad en la casa conyugal.

Supone la ley que el adulterio del marido penable con alguna de estas circunstancias, como lo es el

---

(1) Laurent. Principes du droit civil, tom. III, pág. 116.

(2) El art. 452 del Código penal vigente, define el adulterio del marido diciendo que se entenderá si tuviere manceba dentro de la casa conyugal ó fuera.

de la mujer sin ellas, podrá ser considerado como causa de divorcio.

Ningun derecho á querellarse, ninguna accion para divorciarse tiene la mujer, si el marido adúltero ha evitado el escándalo de su adulterio, procurando ser reservado en su vituperable conducta, si ha vivido al lado de su mujer, ó si mejor dicho, la ha tenido á su lado y bajo su proteccion, ó si la concubina no habita el domicilio conyugal.

Estas tres circunstancias son de suyo tan graves que determinan la principal accion.

No es penable el adulterio del marido, no produce en la mujer el derecho á ejercitar la accion del divorcio. Este es el principio legal, este es el derecho positivo.

Pero así como algunas acciones son de suyo inocentes ante el criterio de la ley y la manera de ejecutarlas, cae bajo la sancion penal de ordenanzas ó disposiciones especiales, así otras como la presente, considerada la manera de ejecutarla, producen el efecto legal que la ley designa.

El escándalo no es delito, sin embargo de formar capítulo aparte en el Código vigente, y ser incluido entre los delitos contra la honestidad.

Pero por la misma razon que la ley penal incluye el adulterio y sirve de contestual explicacion, si habla del escándalo público, permitido será deducir el concepto legal que revele.

Estando casado el hombre indisolublemente segun la ley canónica, el abandonar á su consorte y contraer nuevo matrimonio, segun la ley civil ó vice-versa, es

un delito de escándalo (1). Ofender el pudor ó las buenas costumbres con hechos de trascendencia, aunque no enumerados en el Código, es otro delito de escándalo. Exponer ó proclamar por medio de la imprenta doctrinas contrarias á la moral pública, es otro delito (2); pero entra la definicion en lo definido, porque el Código usa de la locucion adverbial *con escándalo* al señalar pena para estas acciones.

La vaguedad de concepto no desaparece, y tampoco las leyes antiguas, en donde esta palabra se usa, dan una explicacion satisfactoria. El Rey sábio aconseja al prelado que por temor de «escándalo no deje de enseñar la verdad.» Mortalmente, dice otra ley, pecan á las veces aquellos de que viene escándalo, porque los otros omes han causa de pecar... aquellos que facen ó dicen cosa de que nazca escándalo, porque hayan de facer pecado tambien los mayores como los menores, etc. (3).»

No ha variado el sentido de esta palabra en tantos siglos. Lo mismo significa ahora ruido, alboroto, etc. (armar un escándalo, etc.), que mal ejemplo, mala enseñanza.

La ley de Partidas aceptaba en un todo la doctrina religiosa, de la cual se sirve tanto como el mismo autor teológico, que el glosador Lopez invoca. Como Santo Tomás definió el escándalo, como re-

---

(1) Art. 455 del Cód. penal.

(2) Arts. 556 y 557.

(3) Leyes 50, 51, 42, 53, tít. V, Part. 1.ª

solvió si debía ó no considerarse un pecado (1), así el legislador de las Partidas plantea y resuelve la cuestion. Y ciertamente es la religion, es la doctrina religiosa, la que ha hecho nacer el concepto penal de escándalo, y la que de este concepto penal ha podido deducir el accidente ó circunstancia modificativa de la causalidad del divorcio.

No hay, sin embargo de esta concordancia legal, motivo de seguridad bastante, ó criterio suficiente, para definir el concepto de escándalo.

Adulterio del marido con escándalo público, dice la ley, y el calificativo nos permite conocer la extension del significado.

La publicidad del mal es circunstancia que lo hace más grave, y cuando la publicidad no debe parecer como modalidad del mal, aparece como determinacion de él. Son varios los delitos que sin la publicidad no serian delitos, y es regla penal que cuando una circunstancia determina el delito, deja de ser circunstancia para formar el elemento constitutivo de la delincuencia.

Así el Código penal y la ley de matrimonio civil están conformes; el primero en señalar el adulterio con escándalo público como accion criminal, y la segunda en señalarle como causa de divorcio.

---

(1) Sto. Tomás. Summa Theol. 2.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> Quæst. 43. Art. 1.<sup>o</sup> siguientes. *Dictum vel factum minus rectum præbens occasionem ruinae*, lo define Santo Tomás. *Dictum vel factum, vel concupitum contra legem Dei*. San Agustin contra Faut. 27 in princ. S. la Em.

¿Cuál es, empero, la extension, ó cuál el sentido claro y preciso de la palabra público aplicada al caso presente?

Pueden saber varios ó muchos que un marido es adúltero, y el solo hecho de saberlo constituye un escándalo, porque el mal tiene una atraccion de la que no es lógico dudar. La conducta vituperable que la accion adúltera supone, es un escándalo público cuando las personas, cuya relacion de familia ó vecindad, tienen conocimiento de él. La publicidad descansa y se limita á esto.

En las villas y ciudades populosas la publicidad se limita al número de personas conocidas ó conocedoras del delincuente; en las poblaciones pequeñas al vecindario.

Este es nuestro sentir, y acaso no se aparte del espíritu de la ley.

## § V.

### *Abandono completo de la mujer.*

« Adulterio con abandono completo de la mujer, » es otro de los fenómenos que constituyen la causa de divorcio.

Tambien exige explicacion este concepto. La ley establece fuero conyugal en el domicilio del marido, y es domicilio el lugar ó casa que éste elige para el desempeño de sus obligaciones diarias, y relacion social, profesional ó íntima que éste tenga.

El marido es libre para elegir domicilio; puede

trasladarse de una á otra casa, de una á otra villa, de uno á otro reino, y donde quiera que vaya, donde quiera que establezca, que constituya su estabilidad, allí está el domicilio conyugal, allí tiene el deber de seguirle su mujer, de acompañarle, de ejercer el conyugal ministerio.

Si la mujer no sigue á su marido en el domicilio que elije, ¿se dirá que éste la ha abandonado? No, ciertamente. Si no siguiéndole la mujer, tampoco la reclama, ¿se dirá que la abandona? Y aunque la abandone, ¿deberá entenderse completo el abandono según lo exige la ley? Si así fuese era preciso convenir en que el adulterio del marido, con abandono completo de la mujer, no existía sino cuando teniendo un domicilio conocido, propio, natural, acomodado á los elementos de vida y relaciones familiares, domicilio en el cual vive la mujer, su marido se ausenta y la deja completamente abandonada, siendo adúltero con otra.

Se la abandona cuando no se la protege, cuando no se la socorre, cuando no se la dirige, cuando no se la satisface el débito conyugal. Hé aquí, de la misma naturaleza del matrimonio, deducido el criterio que ha de establecerse en este asunto.

Aun es preciso tener en cuenta el tiempo. No se reputará abandono completo si esas faltas son de un día ó de una semana, que puede, en el trascurso de ella, no haber necesitado de lo que además de la fidelidad, puede necesitar del marido.

El tiempo no lo fija ni lo determina la ley; pero el juez que entiende de una demanda de divorcio, cuya

base causal sea este hecho, debe considerar prudencialmente si el abandono es ó no completo, porque sin el calificativo, debidamente aplicado, no existe la causa. Dejar la mujer, la casa donde moran juntos, separarse, ausentarse, todo esto es ménos que abandonar, á no ser que la separacion ó ausencia supongan la union y familiar trato con la cómplice, que entonces es ciertamente el abandono que la ley exige.

Por duro que parezca para la condicion de la mujer este privilegio del marido, por injusta que se considere esta extension y prolongados limites de la falta, la ley, su espíritu y su letra, no entrañan otra doctrina que la que nuestra opinion le atribuye.

Obsérvese además que la mujer abandonada, agraviada ofendida con tamaño ultraje, no tiene la facultad implicita del marido para vengarlo con la muerte del adúltero y su cómplice.

En los tiempos antiguos del derecho civil y del canónico, no se concebía que por varonil y animosa, por resuelta que una mujer fuere pudiera vengar este ultraje (1).

La invencion de las armas de fuego ha igualado las fuerzas del débil y del fuerte, de la mujer y del hombre; y si tanto se ofende, tanto exalta á la mujer el acto de la infidelidad, como puede exaltar al hom-

---

(1) Sin embargo, se suponía fácil que el veneno ó la alevosía suplieran la desigualdad de fuerzas, y los canonistas señalaban, como más adelante veremos, el propósito homicida alimentado por la mujer como el caso de sevicia más pronunciado.

bre, ¿no sería extraña la resolución homicida en ella, resolución que podría llevar á término sin gran dificultad?

¿Ha pensado el legislador si la escasa penalidad del parricidio que el marido cometa debía ser motivo suficiente para aminorar la pena de la mujer abandonada y ofendida que busca y halla *in fraganti* á su consorte adúltero? ¿El buscarlo será una circunstancia de agravación que signifique la resolución premeditada? ¿Por qué entonces el abandono, que es acción lenta, deliberada y meditada, no había de salir de la contingencia ó modalidad de la acción en vez de constituir la acción misma?

Sea excusado el prolongar estas reflexiones, y una vez más, consideremos abusiva y dura la diferencia, una vez más creamos que sin ser completo, sin tener la extensión que da la ley al abandono, debía existir la causa del divorcio (1).

---

(1) Como no es difícil que la mujer abandone completamente el domicilio conyugal, huyendo sola ó acompañada de la presencia del marido, debía ser esta causa común á ambos cónyuges, además de la facultad que el marido tiene para compeler por medio de la autoridad á la mujer porque se restituya á su domicilio.

## CAPITULO IX.

### DEL ADULTERIO DEL MARIDO QUE TIENE Á SU CÓMPLICE EN LA CASA CONYUGAL.

#### § I.

#### *De la complicidad.*

Con razon deciamos que toda causa de divorcio habia de constituir un delito, porque solo un derecho puede debilitar la accion del otro, solo una violacion de la ley, puede pertubar la eficacia de la ley.

El marido adúltero tiene una cómplice. El adulterio, como todo acto que requiera el concurso de más de una persona, supone cooperacion. La cómplice, sin embargo, como tal cómplice, no es delincuente, aunque tiene castigo asignado en el Código, porque el delito no nace de la accion, sino del estado de la persona que la comete.

La accion es siempre vituperable. Todo acto carnal que no es la expresion de un sentimiento amoroso, es inmoral, es vituperable. Pero el sentimiento amoroso ha de ser como todos los sentimientos de la vida, único, constante, eficaz, fecundo en bienes. El sentimiento de la caridad no se puede ejercitar con un desvalido, si al propio tiempo se le ofende; el sentimiento de la amistad no se puede cultivar con un amigo, si se le humilla ó se le desprecia; el sentimiento del amor no se puede cultivar con la mujer,

si se la ultraja, y no hay para la mujer, ni para el hombre tampoco, superior ultraje que tributar consideraciones y honores, que tributar atenciones á otro á quien no se deben, con menosprecio de la persona á quien son debidas.

La única esclavitud que constituye el hombre al contraer el matrimonio, la única libertad á que renuncia en aras de igual beneficio, y para realizar un principio de justicia, es lo que constituye su facultad de varon que no le pertenece, bien así como no le pertenecerian bienes que solemnemente hubiera enajenado.

¿Qué se diria del que enajenando solemnemente una propiedad y recibiendo su precio la diera á otro? Se diria lo que el Código penal, llamándole delito, dice del delincuente. ¿Y qué decir del hombre que solemnemente; con toda solemnidad y con toda eficacia, enajenada la facultad que es privativa de su sexo la dedicase á otra persona?... Se creerá que la comparacion es violenta, y el principio falso, pero á poco que se reflexione, es de observar que si el hombre no puede enajenar la facultad de contraer afectos, porque descansa en una determinacion de la voluntad psicológica, que no puede regirse por ley alguna positiva ni convencional, si en efecto, la facultad psicológica no puede enajenarse, ó puede ménos, infinitamente ménos que el cuerpo humano, no es la facultad psicológica, lo que hay derecho á exigir, sino la facultad de varon, la facultad sexual, y aun la de afecto moral sobre lo que hay un incontrastable derecho de parte del cónyuge que la exige.



Si el derecho moral no puede ser derecho positivo, ó no lo es al ménos, no, importa, para que exista, para que sea una realidad de la vida, y la misma ley sigue á la naturaleza racional del hombre, cuando ha considerado el adulterio como un delito, no obstante que no se injuria ni se roba, ni se lexiona ni se mata á nadie con la accion adúltera.

Que el derecho positivo de fórmulas, conforme con el derecho moral ó el derecho natural, se ajuste á reglas de moral invariable y eterna, y esto basta.

Así el derecho canónico, ménos limitado que el derecho civil, porque se acerca más á la moral, había concebido el adulterio del mismo modo que la religion, ante la cual el solo pensamiento, la sola intencion de delinquir, constituia la delincuencia.

¿Por qué la cómplice no tiene otra penalidad mayor en este delito? ¿O por qué la accion que grava los derechos del marido no infiere perjuicio alguno legal á la cómplice? Porque se supone libertad, se supone libre facultad en ella, y los perjuicios que al marido infiere, tienen relacion exclusivamente con el carácter de marido.

## § II.

### *De la complicidad en la casa conyugal.*

La casa conyugal es un templo (1), el domicilio del matrimonio es un santuario (2).

(1) Ciceron, *pro domo*; Caton, *de re rustica*, etc.

(2) Plutarco, *de Virib. Rom.*, Numa 9.

La Roma primitiva colocaba la casa conyugal bajo el patrocinio de los Penates (1).

El marido era el sacerdote de la familia (2), era tambien la autoridad de la casa (3).

La casa debia tener su hogar, y el hogar conservaba perpétuamente un fuego sagrado (4), simbolo de la pureza, porque el fuego era un elemento purificador.

Así la religion, las costumbres primitivas, las creencias simbólicas, ofrecian el más elevado concepto de la familia.

La sociedad, la religion, las costumbres, las leyes, todo se ha perfeccionado, y en la perfeccion alcanzada nadie ignora que aquellos símbolos representaban una verdad consoladora, y eran vivo modelo, ejemplar acabado de la organizacion íntima, de la constitucion del derecho familiar.

Si la casa es un templo, ¡qué profanacion tan insignificante, qué sacrilegio tan grave el del adulterio, no ya como una falta, sino como un hábito, como un vicio sostenido y alimentado en presencia de la de la persona agraviada!

Si el marido, si el padre, es el sacerdote de la casa, ¡qué prevaricacion tan asombrosa!

---

(1) Virgilio, Eneida 11, Ovidio, *tristit.* y otros, no solo hablan de los dioses, sino del culto dado al hogar de la casa como objeto divino.

(2) Varron, Dionisio y los últimos criticos de la historia romana.

(3) Porque la familia dependia de él.

(4) Virgilio, VII, 71.

Formemos un juicio independiente de todo linaje, de figuradas ó metafóricas palabras, un juicio con elementos esclusivamente legales.

El adulterio es una accion, un hecho. En la mujer basta que se efectúe una vez sola para constituir el delito y la causa de divorcio. En el hombre, el hecho ha de ser repetido, y constituye una especie de reincidencia prolongada. La reincidencia es una circunstancia de agravacion; el respeto debido al sexo de la persona agraviada otra agravante. La cualidad de cónyuge, el aumento del mal con deliberada intencion, el abuso de superioridad, la ejecucion del hecho en la morada del agraviado, todas estas circunstancias son calificadas de agravacion, y todas concurren en el hecho del adulterio del marido que tiene en su casa la cómplice.

Véase, pues, de qué modo el artículo 452 del Código penal, y el caso del artículo 85 de la ley de matrimonio civil, cuando no obstante tales circunstancias califican el delito independiente de ellas, favorecen la condicion del marido.

El cinismo más repugnante se necesita para incurrir en la responsabilidad de adúltero de esta especie, la crueldad más espantosa supone este hecho, crueldad, porque la mujer agraviada, cuando ve ante ella en la misma casa á la cómplice, vive en mortal desasosiego, en una dolorosa inquietud, que es el martirio moral, el suplicio más horrible que puede dársele.

Religion, leyes, autoridad, á todo quiere acudir; familia, amigos y deudos han de responder á su amar-

ga queja, y el llanto ó el insulto, el despecho ó el abatimiento, son las señales ciertas de una ansiedad devoradora.

¿Cómo la ley, proclamadora de la indisolubilidad habia de pasar en silencio estas críticas circunstancias sin fundar en ellas el derecho á promover el divorcio del marido culpable?

¿Cómo no ha de favorecer el intento de una separacion tan justamente deseada? Así, en verdad, el divorcio puede producirse por esta causa, y aun las instituciones penales reprimen la temeraria osadía del marido adúltero.

### § III.

#### *Legislacion comparada.*

El adulterio del marido que en el derecho canónico es igual al adulterio de la mujer (1), no tiene equivalencia en la legislacion civil de ningun pueblo. Sigue esta el mismo criterio que nuestra ley, y las variaciones consisten en el nombre de concubina con que se designa á la cómplice.

Hay una tendencia general á llamar concubinato á toda union de hombre ó mujer que no esté autorizada por el matrimonio, ó por las justas nupcias como se decia en el derecho romano.

---

(1) *Utriusque sexus par est conditio*, es la regla de derecho.

Ciertamente es este nombre el que corresponde á la union que constituye el adulterio del marido; pero el concubinato tiene orígenes más nobles, ha sido una especie de institucion que los legisladores de antiguos tiempos se han abstenido de abolir, ha influido en otras instituciones, mientras que el hecho repugnante del adulterio en la casa conyugal no se parece sino á sí mismo.

Nuestro Código, llamando cómplice á lo que otros llaman concubina, en vez de afirmar la existencia del concubinato, afirma la del crimen.

Para conocer, ahora bien, las principales diferencias que se notan en otros Códigos, examinemos las disposiciones de algunos.

La sociedad que más semejanza tiene con la nuestra por la proximidad natural y por la comision de orígenes es la portuguesa, sociedad regida por instituciones dignas de encomio, y que no desdicen de las mejores de cualquier pueblo de Europa.

El Código portugués indica esta causa, con la circunstancia de concubina, tenida y mantenida en el domicilio conyugal (1).

El Sr. Dias Ferreira, anotador del Código, dice que esta circunstancia constituye «el ultraje más doloroso que puede hacerse á mujer, sobre todo si ella es virtuosa.» Y como haya quienes sostengan que si la concubina es criada, parienta ó amiga que viva en la casa de los cónyuges, no debe ser respetada como tal

---

(1) Código civil portugués, caso 2.º del art. 1204.

concubina, este jurisconsulto entiende que se ofende y se ultraja tanto más á la mujer con estas circunstancias como sin ellas, que de un modo y otro es una violacion de los inquebrantables deberes morales y juridicos, á cuyo cumplimiento está el marido obligado (1).

Igual disposicion se contiene en el Código francés y la mayor parte de los de Europa.

---

(1) J. Dias Ferreira, Cód. civ. port. anotado. Lisboa, 1872, tomo III, págs. 138 y 139.

## CAPITULO X.

### DE LA REMISION EXPRESA Ó TÁCITA DEL ADULTERIO.

#### § I.

#### *Teoría de la remision.*

Considerado el hombre en la plenitud de sus derechos, la injuria que los quebranta hace mas viva y eficaz en él la facultad de restablecerlos.

A la manera que un cuerpo elástico, herido por el choque, recobra el orden y estado de sus comprimidas moléculas por la fuerza y eficacia de esta propiedad natural, así el hombre, herido en sus derechos por la injuria que se le infiere, por la falta ó atentado que contra él se cometan, tiene en su propio derecho la facultad de rechazar toda injuria.

La plenitud de derechos humanos constituye el hombre social, y en cada estado de ese orden se producen nuevos derechos ó nueva relacion jurídica, pues que los estados especiales de la vida están regidos por un derecho, por una ley especial.

Los derechos de hombre son tan acabados dentro de la naturaleza y condicion humana, como los de una autoridad, no obstante gozar de otros atributos que implican la relacion de peculiares derechos.

Como entre los estados de la vida, el principal, el estado por excelencia es el matrimonio, producen-se, dentro del matrimonio, esos atributos de los cón-

yuges, esos derechos que son propios del estado conyugal.

La ley los llamó deberes tomando la regla moral en vez del principio jurídico, pero como todo deber en el órden civil, es una obligacion y la obligacion supone un derecho necesario, allí donde la ley dice, que los cónyuges se deben mútua fidelidad y socorro, debe decir: que tienen mútuo derecho de ser fieles y socorrerse; la fidelidad y el socorro son objeto y materia de una obligacion recíproca.

Pertúrbase el derecho de un cónyuge, injuriásele con la infidelidad del otro y la eficacia del derecho perturbado, la fuerza y virtud del derecho objeto de la accion perturbadora pueden restablecerse y recuperar el órden de las facultades que nacen de ese derecho.

Las teorías penales descansan en la facultad de devolver mal por mal, ó en la de propia defensa ó en el concepto de una justicia absoluta. Esa facultad existe en el objeto agraviado, esa justicia protege y reintegra en su fuerza el derecho violado.

La sociedad puede ser benéfica, es decir, puede hacer bien ó no devolver mal á quien se lo infiere; el hombre como objeto de agravio puede ser benéfico, puede hacer bien sin estar obligado á hacerlo (1), puede por una determinacion espontánea de su voluntad ó de sus facultades morales impedir un mal que justamente haya de sobrevenir.

---

(1) Séneca, de benef.

Así la remision ó el perdon es un acto del ofendido en beneficio del ofensor.

Hacer gracia de una cosa que puede no darse, ó de un bien que puede no concederse es un acto de bondad; la gracia dispensada la ofensor se llama condonacion, remision, perdon; la gracia concedida al castigado se llama indulto.

De todas, la más meritoria, la que revela superior facultad, dotes y cualidades más perfectas es el perdon. La doctrina religiosa tiene una palabra de admirable significado, un concepto sublime, la misericordia que la ha enaltecido hasta considerarla un atributo de la divinidad.

La misericordia es la compasion entrañable (1); ser misericordioso es compádecen de corazón *miserere ex corde*, y la compasion entrañable es el amor que desea la correccion, la perfeccion del culpable.

Hé aquí una palabra que si no tuviera tanto sabor religioso corresponderia á la idea del legislador que ha hecho de la remision un nombre juridico.

El cónyuge que perdona supone necesariamente que el perdon es á cambio de la enmienda.

Si no hay probable enmienda, la remision ó el perdon es el acto de debilidad más repugnante que un cónyuge puede ofrecer, y las leyes y aun la sociedad culta de todos los tiempos han mirado la remision como una condescendencia, una tolerancia y acaso la complicidad de parte del marido.

---

(1) S. Thom. 1.<sup>a</sup> quæst. art. 21 y más prolijamente en la cuestion 30, 2.<sup>a</sup> de la 2.<sup>a</sup> parte.

De ahí, aquellos cánones, aquellas disposiciones legales tan severas para los maridos que no ejercitaban el derecho de acusacion dando un ejemplo de rectitud que se llamaba honor, un ejemplo de castigo de la culpa que serviria de eficaz escarmiento y reprimiria las licenciosas costumbres.

La remision, y esta es la regla de conducta necesaria de seguirse, la remision que tiene por objeto exclusivo el atraer al bien, el corregir al culpable, es un acto meritorio. La remision que con desprecio de esas leyes de la honestidad, cuya violacion subleva á una conciencia pura y decide la voluntad á la imposicion de un mal reparador del causado, la remision que con desprecio de las consideraciones sociales merece el nombre de impunidad escandalosa ó de tolerancia repugnante, es un acto que envilece tanto como la misma culpa, como el mismo delito.

Esta doctrina es la que seguimos, y no somos ciertamente los primeros en proclamarla. En la edad media al tiempo que los códigos establecian penas contra el adulterio, al tiempo que hacian de la severidad de conducta un honor y del honor un idolo, la idea religiosa por el representante más autorizado declaraba (1) que remitir ó perdonar podia ser una injusticia y era preciso evitar toda accion injusta.

La remision legalmente considerada equivale á las virtudes morales, misericordia, clemencia, piedad y mansedumbre, porque la remision supone compasion

---

(1) Thom. 22, quæst. 159, art. 2.º

de ánimo para en lo posible reparar el mal (1), lo que es propio de la misericordia, porque la remisión supone la represión del ánimo justamente irritado, lo que es propio de la clemencia (2), porque la remisión supone un afecto y amor familiar y una predisposición al bien que es propio de la piedad (3), porque la remisión supone la moderación de impetus naturales, lo que es propio de la mansedumbre (4).

Así la remisión cuando tiene por objeto el bien de la persona culpable, su enmienda, su disposición à meritorias prácticas que borren la ofensa inferida es una facultad legal cuya consignación merece de parte nuestra todo linaje de encomios.

## § II.

### *Efectos morales de la remisión.*

Una experiencia dolorosa hace creer que la mujer cuyo pudor se pierde una vez, no lo recobra.

El pudor es como la fé, que una vez perdida difícilmente se gana. La infidelidad en la mujer como en el hombre, cuando ha nacido de falta, de carencia

(1) S. Agust. *De civit. Dei* 9, cap. 5, donde además dice, Longe melius et humanius et priorum sensibus accommodatius Cicero in Cesaris laude locutus est ubi ait: Nulla de virtutibus tuis nec admirabilior, nec gratior misericordia est. C. por Sto. Tomás.

(2) S. Thom. 22 quæst. 157, art. 1.º

(3) Id. quæst. 22, quæst. 80, 12 y 102 y otros lugares.

(4) Id., Id., 157.

de motivo en cierto modo excusable necesitan una indole doblemente predipuesta á la severidad de costumbres para no repetirse.

Hay ocasiones en que la mujer sujeta á los deberes conyugales, es sorprendida por el agrado que en ella excita otro hombre.

El agrado reviste todas las formas de un amor, de una pasion violenta. Todo lo que la mujer ansia, todo lo que sueña aquel su inquieto espiritu, todo se encuentra en ese objeto importunamente aparecido en la senda de la vida.

La resistencia disputa al amor su imperio, pero como en el amor tiene ayuda, la cooperacion del objeto amado, y en la resistencia está sola, como el amor crece de dia en dia y la resistencia se debilita como todo lo que nace de un sentimiento moral con el que se lucha sin fuerza para vencerle en los primeros momentos; el equilibrio se pierde, y la mujer, no impedida por el vicio, no obediente á groseros mandatos, sino sensible, ideal, enamorada del absurdo, del abismo del valor temerario cede á los atractivos de un amor culpable.

Cuando este fenómeno se verifica, cuando el adulterio es fruto de esta pasion que ofusca el ánimo, que perturba la razon es fácil de corregirse; pero cuando es hija, cuando es fruto de livianos deseos, cuando es natural desenfreno de un organismo vicioso, la remision es inútil si no la suplen una esquisita vigilancia y un cuidado excesivo.

Hay criminales en quienes está apagado todo sentimiento de correccion; la impunidad es en ellós un

incentivo, un aliciente, y nada más injusto, nada más inconveniente que hacerles gracia de pena merecida.

Hay mujeres que han perdido todo sentimiento de pudor; que solo necesitan estar seguras del secreto y de la impunidad para convertirse en mónstruos de repugnante lascivia. En aquellos y en éstas es necesario el correctivo. A aquellos todo el peso de la penalidad; á éstas, ó la penalidad ó el abandono á sus propios vicios, que siempre producen, que siempre atraen enormes castigos.

El vicio es como una pendiente, en la que se aligera la carrera de la vida, si no se topa con un escollo que produce violenta muerte. El vicio es por sí mismo un castigo, es un afán insaciable, es un suplicio prolongado.

De aquí la necesidad de evitarlo en la mujer, en quien pueden ahogarse nacieses síntomas, en quien pueden corregirse recientes dolencias.

El marido licencioso, que olvidado de los respetos que merece un acto tan solemne como la expresión material del afecto entre los cónyuges, hace perder á la suya aquella pureza de costumbres tan necesaria al matrimonio; el marido, en fin, que fomenta en su consorte el vicio, que lo desarroilla en el mismo tálamo nupcial, no debe sorprenderse ni de la infidelidad ni de la liviandad de su mujer.

El marido que se produce, empero, con cierta severidad, con cierta pureza de costumbres, compatibles con los deberes conyugales; si un dia la desgracia le sorprende, y á buena indole natural une su mujer el afecto que él ha debido sostener constante en

el corazón de su cónyuge, y una educación esmerada, debe remitir el adulterio, debe ocultar en lo posible, á los ojos del mundo, esa gravísima falta, y hacer que con doble eficacia, y con el más delicado modo, se disipen todo linaje de sospechas en los demás, disipando ella toda sombra de inquietud en su marido, que la ha redimido de la pena y de la deshonra merecidas.

Si esto puede suceder, si debe suceder, si es propio y digno entre cónyuges de excelente natural índole y carácter benignos, de educación esmerada; si la remisión atrae con doble vínculo de amor y gratitud, y el respeto al nombre de la familia, al porvenir de la prole, á la seguridad de los intereses materiales convertidos en humo que se disipa, cuando tales acontecimientos suceden en una casa, si tan poderosos motivos aconsejan y previenen en favor de la remisión, es indudable prueba de su bondad el beneficio que á ambos produce, especialmente cuando la remisión es cumplida sin reservas peligrosas, sin reticencias que ofendan, sin provocaciones que exasperan.

La remisión de esta especie es la redención, es la inocencia, si así puede llamarse ese estado en que la propia bondad cubre la ajena falta, la oculta á nuestros ojos.

La convicción de fines morales hasta entonces interrumpida, se restablece, y el amor conyugal recobra sus fueros.

Por eso es la remisión una facultad legal.

La ley sigue el criterio de una razón clara que aconseja no autorizar el divorcio, sino cuando existe la imposibilidad material de realizar los fines del ma-



rimonio entre los cónyuges, ó cuando es inconveniente el no separarlos.

La remision, ahora bien, es una prueba evidente de que el matrimonio puede subsistir, la union puede conservarse y realizarse sus fines, porque la remision rehabilita al cónyuge culpable ante el agraviado, señala una nueva prueba de afecto aceptando las consecuencias de la infidelidad, y renunciando al derecho de pedir la separacion.

La ley incurriria en una contradiccion evidente si reconociera el derecho á pedir el divorcio, y negara el de la remision; la ley superaria en rigor á la naturaleza, á la razon, que alguna vez se inclinan á estas mercedes, que alguna vez son prueba inconcusa de la aptitud para corregirse que hay en una alma reconocida.

### § III.

#### *Teoria legal.*

El artículo 85 de la ley dice: «El divorcio procederá solamente por las siguientes causas: 1.<sup>a</sup> Adulterio de la mujer no remitido expresa ó tácitamente por el marido. 2.<sup>a</sup> Adulterio del marido con escándalo público, ó con el abandono completo de la mujer, ó cuando el adúltero tuviese á su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera tambien sido remitido expresa ó tácitamente por la mujer.»

El derecho canónico, al que siguió nuestro derecho antiguo, señalaba como casos en los que no procede el divorcio por causa de adulterio, la paridad ó

causa de delito, es decir, el adulterio en el otro cónyuge, la injuria y la condonacion (1). Las dos primeras de estas causas están expresadas con la declaracion de que el divorcio solo puede ser reclamado por el cónyuge inocente (2), y la última equivale á la remision como hecho que anula, que impide la causalidad de divorcio.

El divorcio, en efecto, es la separacion pedida por uno de los cónyuges, mediante legal y suficiente causa que le exima del cumplimiento de los deberes propios de la vida comun. Como la causa en que debe fundarse la separacion es el adulterio, y el adulterio se perdona ó se remite, la separacion ó el divorcio no pueden, en modo alguno, ser promovidos.

En tanto el adulterio es causa, en cuanto al cónyuge inocente se muestra impelido á la separacion, se muestra irresistiblemente contrario á la vida comun, irresistiblemente excitado á vindicar su honor ó su derecho conculcado.

La fuerza irresistible cesa cuando cesa el impulso, cuando la remision, obedeciendo á la espontaneidad del ánimo resignado y tranquilo, revela las condiciones de vida comun, subsistentes en el agraviado que perdona y en el ofensor que reconoce el agravio.

La remision debè ser expresa ó tácita.

Expresa debe considerarse la que con actos, palabras ó manifestaciones propias de este objeto, hace

(1) Engel, pág. 118.

(2) Art. 86 de la ley de matrimonio civil.

conocer la decision de ánimo que deliberadamente remite el adulterio.

Tácita la que con conocimiento del adulterio se otorga implícitamente al continuar la vida comun, al vivir cumpliendo los deberes, satisfaciendo el débito conyugal.

El marido que, en vez de rechazar toda comunión de vida con la mujer adúltera, vive desentendido del derecho que la ley le concede para acusar ó ejercitar la accion del divorcio, remite el adulterio implícitamente.

En el órden racional de las cosas está la exaltacion de los primeros momentos, el arrebato y la ira que produce la noticia cierta ó la prueba palmaria de la infidelidad.

Si en presencia de la seguridad ó del convencimiento que permite esa prueba, lejos de rechazar el cumplimiento de los deberes conyugales los cumple, ó mejor que el cumplimiento de deberes considera á su cónyuge digno de las misma atenciones y de las mismas muestras de afecto, mejor y de ménos violento modo puede producirse así en momentos, dias ó meses posteriores.

Es verdad que si un nuevo adulterio se produce, necesita nueva remision, y cada acto de este linaje la requiere para evitar la causalidad de divorcio; pero la ley se extiende á todos estos casos cuando declara que el adulterio puede ser remitido, cuando indica la necesidad de que la forma tácita ó expresa de la remision, sea correspondiente á la existencia de la accion adúltera.

## CAPITULO XII.

### DE LOS MALOS TRATAMIENTOS GRAVES CONSIDERADOS COMO CAUSA DE DIVORCIO.

#### § I.

#### *Consideraciones generales.*

Sujeta la condicion humana á grandes dolores y quebrantos, á una lucha constante, á un esfuerzo continuado para hallar la tranquilidad de espíritu que tan ansiosamente busca, la salud frecuentemente amenazada, la desgracia de pérdidas sensibles sacrificadas á la fatal muerte, y otros no ménos graves motivos de inquietud y disgusto, la naturaleza ha depositado en el hombre como lenitivo de las penas, como estímulo de sus esfuerzos, como consuelo en su afliccion y cooperacion eficaz en su mejoramiento y en la cultura de los sentimientos morales, el afecto á la mujer, la pasion por la mujer, que es el objeto de mayor estima en la tierra.

La pasion, como toda fuerza que impele, y que correspondida atrae, vive y se cultiva en el trato; el trato, que es la forma de la posesion de afecto; el trato, que lleva á la familiaridad ó relacion afectuosa como de familia; y últimamente, á la familia, que es la sociedad afectuosa por excelencia.

La mujer, que mediante el afecto y su sancion

moral contrae matrimonio, queda bajo la proteccion y tuicion del marido, con el cual ha de vivir en trato de familia, en comunicacion de recíproco afecto.

El modo ó la forma del trato, de palabra ó de obra, cuando el modo es constante y habitual se llama tratamiento.

Así el modo de tratar, afectuoso, considerado, sufrido y dulce, se llama buen tratamiento.

La dureza de expresion, las irascibles formas, la intolerancia de inocentes actos, la sujecion tiránica, el vituperio, el ultraje y la injuria, y acaso la inmerecida pena, constituyen el mal tratamiento.

Todo esto, sin embargo, aunque sea habitual, no ofrece la causa de divorcio.

Es necesario que el mal tratamiento sea de variadas formas, comprendidas en la pluralidad de concepto, y que tenga como condicion requisitoria una gravedad digna de tomarse en cuenta por los Tribunales.

Así, malos tratamientos graves son tres palabras de un solo significado legal, palabras cuyo sentido se corresponde mutuamente y á semejanza de lo que en otra ocasion y con diferente objeto hemos manifestado; una lengua rica, ó que como la lengua alemana admitiese la formacion de palabras compuestas, expresaria en una sola, designada con un solo nombre esta causa.

Los malos tratamientos se oponen al precepto legal de mútuo socorro, que implica el mútuo afecto.

La unidad moral de la vida comun resplandece en ese trato agradable, en esa respetuosa conformi-

dad de los pareceres, ideas, propósitos y fines especiales.

En nuestro antiguo derecho se castigaba con pena especial la injuria ó lesiones á una persona casada. El legislador creía que la circunstancia de casado enaltecia la dignidad del hombre, y reprimía especialmente el atentado que contra él se cometiera (1). Si respecto de los extraños á la casa conyugal, existía esa disposición, si el legislador procuraba cubrir de más respeto que el natural á la persona, ¿con cuánto más razon habria de ser reprimido el atentado dentro de la misma casa, el atentado traidor, pues que traicion es maltratar á la persona que bajo nuestro amparo y para auxiliarnos vive en nuestra casa?

Nuestro derecho vigente cubre de agravacion la

---

(1) Las leyes miraban con cierta proteccion á los casados, y castigaban con mayor rigor los insultos cometidos contra ellos: así decia el fuero de Miranda: «Si aliquis vir vel mulier percusserit popularem uxoratum, aut mulierem uxoratum et extraxerit ei sanguinem pectet sexaginta solidos; et si non extraxerit sanguinem pectet triginta solidos,» pena seis veces mayor que la establecida por la ley en semejantes casos respecto de otras personas. El fuero de Logroño decia: «Si ullus home percusserit ad mulierem conjugatam et potuerit firmare cum una bona muliere est cum uno bono homine vel cum duos homines pectet sexaginta solidos.» La misma pena impone á la mujer que tuviese la osadía de golpear ó herir al hombre casado. Se halla repetida esta ley en el fuero de Treviño, dado á esta villa por D. Alfonso el Sábio en 1251, y en el de Briones por el mismo monarca en 1256, y en otros muchos de Castilla. Marina, *Ensayo histórico sobre la legislación*, tomo I, pág. 251.

circunstancia de que el ofendido sea cónyuge (1), llama parricidio, califica el atentado homicida contra la mujer, como si fuera contra un padre al que se debe todo respeto, contra un hijo, al que nos liga vínculo natural de afecto entrañable, y el espíritu de la legislación pátria y extranjera, antigua y moderna, tiende á reprimir salvajes instintos, feroces impetus ó bárbaras costumbres en el hombre, cuya superioridad de fuerza implica la necesidad de proteccion superior, y en modo alguno de violencia culpable.

¡Qué decepcion tan horrible para una hija de familia que espera encontrar en el esposo más afecto, más cariño, más solicitud que en el amante padre del que se separa! ¡Qué sorpresa tan grande la de aquel ceño airado, aquella iracunda audacia con un sér á quien hace impresion dolorosa esta conducta; con un sér al que la naturaleza formó sensible, eminentemente sensible al amor ó el ódio, la consideracion ó el desprecio, la injuria ó la lisonja!

Verdad es que la naturaleza, que todos los seres hizo iguales, es de tal modo distinta, segun la educacion que se recibe ó el grado de cultura que se logra, ó la condicion social en que se vive, que los malos tratamientos de obra ó de palabra que merecen el nombre de graves dirigidos á una dama cum-

(1) Circunst. 1.<sup>a</sup>, art. 10 del Cód. penal; tambien podrian ser aplicadas en extricta lógica la 18.<sup>a</sup> y 20.<sup>a</sup> en su doble concepto del desprecio al sexo y el de la morada, aunque ésta es ménos aplicable por ser tambien la morada del marido.

plida por su educacion, no pueden merecerlo en la generalidad de vulgares matrimonios.

La gente rústica, abandonada á los impulsos de una naturaleza, extraña á la educacion de sentimientos que hacen sensible una muestra de afecto ó de desafecto, se maltrata de obra y de palabra, sin que el mal tratamiento suponga incompatibilidad de género. Como todo se rige por una ley de compensaciones, allí donde el mal tratamiento es frecuente, es ménos sentido, y el dia de mayor resentimiento, el momento de expresion colérica, precede ó sucede á la forma grosera de un material afecto; allí donde el mal tratamiento es frecuente, engendra un hábito de resignacion, ó produce cierta represalia que hace impropcedente la acusacion por ser mutuamente responsables del hecho ambos cónyuges.

Dentro de la frecuente injuria, del continuo ultraje viven muchos matrimonios de clase baja, y á ninguno se le ocurria pedir la separacion, porque cada dia en que riñen ponen á prueba su respectiva tolerancia.

¿Sucede lo mismo con esos matrimonios de una sociedad culta en los que la falta de un saludo, el silencio intencionado ó la más leve expresion de disgusto en un marido, hacen creer á la mujer desgraciada, y por ello se apena y se aflige? Pues si la educacion y cultura varian tanto, modifican tanto la condicion humana, el legislador, y á falta del legislador el Tribunal, han de juzgar el hecho que motivé esta causa de divorcio distintamente, segun la condicion y clase de las personas acusada y acusadora.



La causa de divorcio es la imposibilidad moral de la vida comun, y cuando con el mal tratamiento grave ha sido posible, porque un tiempo de prueba lo acredita, la causa no existe y la acusacion es infundada, porque sin causa no se concibe la acusacion (1).

La causa de divorcio ha de ser un delito (2), porque solo el delito y sus efectos irreparables permite á la ley y al tribunal proteger la vida ó el honor del cónyuge agraviado. Los malos tratamientos de los maridos tienen sancion penal en el Código (3), y esto es ya un indicio de la proteccion que la ley dispensa á la mujer; pero la sancion corresponde al concepto de falta, y una falta se corrige fácilmente.

Cuando en vez de falta sean delito los malos tratamientos graves, y nada más fácil que hacer esta distincion en la plenitud de sus condiciones, la ley, que no ha de ser más rigorosa que la moral, cuando ésta no obliga al ofensor y al agraviado á darse pruebas de reciproco afecto que la misma naturaleza re-

---

(1) Accasator vocatur quasi adcausator quia ad causam vocat eum quem appellat.. S. Isidor., Etymol., lib. 8, c. 15, edicion corregida por el cardenal Loysa. Gonzalez, Decretales, lib. V, caps. 1 y siguientes.

(2) Disentis ergo uxorem, quasi jure crimini et putas hac tibi liare quia lex humanæ non prohibet sed divina prohibet. S. Ambr. in Luc., lib. VIII, cap. II. Entiéndase el crimen y no el pecado, porque de otro modo podia decirse lo que el eminente decretalista citado: «Nam si ob quodlibet peccatum divortium fieri possit fere omnia matrimonia dissolverentur.» Lib. IV, tit. IX, cap. II.

(3) Caso 2.º, art. 603.

chaza, la ley autoriza y el Tribunal decreta que hay derecho á la separacion. Así la ley es lógica, eminentemente lógica; cuando hace de los malos tratamientos graves una causa de divorcio. Nadie ha escrito moral, religiosa ó jurídicamente de los malos tratamientos graves que no se haya encendido en cólera contra los maridos que ofrecen este espectáculo. «Vos, marqués mio, decía hace más de un siglo el autor del *Régimen de los casados* (1), dirigiéndose á cierto noble, estais bastante instruido para no necesitar que se os explique al pormenor lo que pertenece á las obligaciones de caballero, y solo os recordaré aquella civilidad ó cortesía, sea ley ó conveniencia, por la que los hombres, principalmente nobles, están obligados á honrar á las mujeres con todos aquellos modos y formas más respetuosas que puedan encontrar... Al modo de aquellos oficios que se usan con los enfermos, son las cortesías con las mujeres, de suerte que las reverencias significan compasion. Se honran más de lo que merecen para que no se afecten más de lo debido, y todos aquellos extrínsecos cumplimientos que, á modo de prerrogativas se les conceden, son en cierta manera suplemento de aquellas mayores perfecciones que les faltan... Honrar á la mujer es conquistarla: como á consorte y como á mujer se le debe amor y respeto; respeto á la mujer, amor á la consorte ó esposa.

(1) *Régimen de los casados*, por Belati, trad. de Plata y Sile. Valladolid, 1788.

¡Quién podrá decir sin irritarse aquellos bárbaros y salvajes modos de algunos hombres que golpeando y ultrajando á su mujer la traen con vileza más sujeta, que no traerian un esclavo. Yo me compádezcó de una pobre mujer ligada por su desgracia con un hombre de esta naturaleza (1).»

Los escritores religiosos han sido más severos en el juicio de los malos tratamientos; en cuanto á los juristas, ellos han obtenido por los repetidos casos en que precisaba reprimir la ferocidad de un marido (2), y no alcanzaba la ley á reprimirla, ellos han obtenido la declaracion de esta causa de divorcio textualmente tomada del derecho canónico.

De este modo se armonizan las instituciones con la razon natural, que aconseja, no obstante el imperio ó la autoridad del marido, tratar á la mujer de modo que no se la ofenda y se la ultraje cuando se

(1) «Cualquiera cosa, continúa, que ella haga, siempre encuentra en oposicion malas respuestas. Continuamente lo halla con los improprios en la lengua y con el fuego en los ojos, y este mismo hombre (¡qué extravagancia!) trata luego á otras mujeres con un cierto respeto tal, que parece tocar los límites de la idolatria» etc. Este libro es de verdadero mérito, porque su autor sigue con frecuencia á San Juan Crisóstomo, uno de los más elocuentes oradores y escritores que han existido, y de los más competentes en el estudio del hombre.

(2) En los tribunales suelen ser las demandas de divorcio por malos tratamientos graves, en derecho canónico *sævitia*, las más numerosas; se puede calcular que de cien demandas ochenta y cinco se fundan en esta causa.

intente corregirla, porque la ofensa y ultraje, y aun el castigo que suponen los malos tratamientos graves son de ineficaz resultado (1).

La superioridad del marido, su fuerza, su autoridad, cuando intenta corregir, cuando con razon impone algun correctivo ó reprime alguna licencia en el decir, ó en el obrar deben ser como surco que traza el arado en la tierra que cultiva, como los golpes que da el escultor en el mármol de que ha de hacer una estatua (2).

Así una ley del más antiguo pueblo de Oriente, teniendo en cuenta lo difícil que es corregir á la mujer con violentos castigos, y la excusa en su propia naturaleza que tiene cualquier falta que cometa, habia solemnemente dicho y mandado: **NO GOLPEIS A LA MUJER, AUN CUANDO SEA CULPABLE, NI SIQUIERA CON UNA FLOR.**

(1) Para que se reciba bien y que aproveche una corrección resuelta y abierta, es necesaria cierta virtud magnánima en el corregido, que no es don que tenga aquel sexo demasiado opuesto á todo lo que humilla y siempre pronto á resistir. Es engaño creer que quien es de ánimo ménos fuerte esté más dispuesto á dejarse juzgar como reo. Un ánimo bajo y abatido es más propio en decir mentiras para defenderse que para admitir francamente y en convenir en una sentencia que lo condena... Tanto es cierto, que el decir la verdad, y sobre todo el confesarla, condenándose á sí mismo, es una virtud no propia sino de espíritus grandes, libres y generosos, etc. Belati, ob. cit.

(2) *Tanquam statuam quandam fingendam et ornandam*, que es la bellissima comparacion de San Juan Crisóstomo. Gom. 20, Epist. ad Eph. 5.

§ II.

*Concepto canónico legal.*

Los malos tratamientos tienen en el derecho eclesiástico, una palabra que no solo los designa, sino que abraza toda la extension de significado, desde la incompatibilidad de humor con que en los Códigos de más laxitud se expresan, hasta el propósito de envenenamiento, ó de otra muerte en la mujer.

Nuevamente hallamos la paridad de condicion en los sexos, aunque en este caso es el hombre el favorecido; nuevamente hallamos el derecho canónico más esplicito que el derecho civil.

Los canonistas, hablando de la sevicia ó de esta causa de divorcio, «como al siervo, dicen, debe corregirse no con violencias, sino con palabras, así con mayor motivo á la mujer, que es compañera por derecho divino y humano; la sevicia, aunque sea nimia, siempre contiene culpa...; por cuya razón era esta justa causa de repudio segun el derecho civil. Debe, sin embargo, distinguirse si es por motivo grave, si por leve; pues que es licito al marido imponer un castigo moderado á la mujer que da á él motivo, y así sucedió entre los romanos, y si el castigo es á su vez grave ó leve, pues hay que asegurar que aun cuando por justa causa castigase el marido á la mujer si la habia herido hasta producir efusion de sangre, no debe llamarse castigo moderado. Por consiguiente, mediando justa causa de divorcio de parte del ma-

rído ó de la mujer, puede pedirse el divorcio, y la mujer puede impunemente, por autoridad propia, huir de la casa conyugal si en ella tuviere peligro y no hallase fácil medio de encontrar al juez, el cual, si conocida la causa de sevicia la considerase leve y no existiese el peligro de vida, porque la discrecion del marido y sus morigeradas costumbres le autorizasen para creerlo así, debe restituirle su mujer, exigiéndole caucion y juramento de seguridad. Si por el contrario, persiguiese el marido á la mujer con encarnizamiento ú odio capital, debe decretarse el divorcio y colocar á la mujer cerca de honestas y respetables mujeres y fuera de peligro, mediante la caucion de seguridad que ha de dar al marido, quien si por esa caucion no muda acaso su malévolo propósito, sirva á su castigo la necesidad de dar la deuda alimenticia, la restitution de la dote, arras y bienes, si fueron lucrados algunos en tiempo del matrimonio, y además pierda todo el derecho que sobre la mujer podria darle el matrimonio, á la manera que el padre cruel pierde la patria potestad, y el señor el señorío ó el derecho de vasallaje (1).

Covarrubias, que de tan autorizado y tan eminente puesto goza entre los civilistas y canonistas, recuerda un pasaje de Luis Vives, sobre la obligacion del marido; y despues de asegurar que el varon es como el

(1) Esta exposicion de doctrina pertenece textualmente á Gonzalez, lib. IV, tit. XIX, tomo IV, págs. 164 y 165 de sus *Com. in Decret.* Lo mismo manifiesta Engel, pág. 389, que parece reproducir esta doctrina en los mismos términos.

alma y la cabeza de la mujer, que entre ambos existe sociedad tan íntima como entre el padre y el hijo, no el señor y el esclavo, y diciendo valerosamente que no puede la mujer castigada, cruel é inicuaamente, que-rellarse de modo que lo infame; sino que lo corrija, sienta el principio de que no deben considerarse la sevicia ó malos tratamientos pasados como causa, sino que es preciso alegar el temor de los futuros para que la separacion proceda (1).

La palabra sevicia, que se ha hecho nacer de ferocidad (2), revela la diferencia notable de ambos derechos en este asunto.

Si los malos tratamientos fueran actos feroces, talvez los de palabra no fueran incluidos.

Y es posible, sin embargo, maltratar ferozmente de palabra.

Quien es sensible al ultraje y á la ofensa, quien se precia de gozar respeto y distinciones merecidas, y rinde culto á determinadas ideas, puede ser grave y ferozmente maltratado con una cruel insistencia en escarnecer á su consorte, á las ideas y objetos de su mayor estima.

Algunos jurisconsultos, hablando de los malos

(1) Covarrubias. De matrim. Pars. II, cap. VII, § 5, 2.

(2) Sto. Thom., Quæst. CLIX, art. 2.º de la 2.ª 2.ª, dice: Videtur quod crudelitas à sævitia sive feritate non difereat..... Nomen sævitia et feritatis à similitudine ferarum accipitur quæ etiam dicuntur sævæ..... Et ideo proprie loquendo feritas vel sævitia dicitur, secundum quam aliquis in pœnis inferendis non considerat aliquam ejus qui punitur sed solum hoc quod delectatur in hominum cruciatu.

tratamientos, han hecho observar la diferencia de clases y de educacion.

Ciertamente, y sea excusable el repetirlo, á una mujer vulgar, acostumbrada á la aspereza de un trato rudo, no puede serle tan sensible el mal tratamiento grave, como lo será á quien viviendo con cultas maneras y con delicadeza de trato, propia de una educacion esmerada, siente el doloroso efecto de la más ligera violencia moral.

La educacion es un dato forzoso en la resolucion de este problema.

La educacion del espíritu es, respecto á las violencias morales, el antagonismo de la educacion fisica respecto á las violencias fisicas.

A un hombre que ha educado su cuerpo en ejercicios de fuerza, que ha dado intension á sus músculos, y resistencia á su piel, apenas le produce efecto sensible el mal tratamiento de obra, si no hay una lesion grave.

Un espíritu sin educacion se deja maltratar y ofender, y apagado el sentimiento de dignidad, de la afrenta que la injuria consentida imprime, escucha el ultraje, siente la ofensa, pero no se conmueve ni exalta, ni le ofende palabra alguna, necesitándose para corregirle ó impresionarle atacar su sensibilidad fisica, su instinto de conservacion excitado siempre que contra él se ejerce violencia.

Por el contrario, una persona educada, desarrollado el sentimiento de la dignidad, como todos los sentimientos de la vida, se impresiona con la palabra, el silencio, el gesto, la preocupacion, un acci-

dente mudo, cualquier cosa extraña que advierte en la persona á quien trata.

Hé aquí cómo la razon inversa de efecto en la educacion moral ó fisica es un dato forzoso, y el tribunal que decretase la separacion de dos cónyuges sin resolver este importante punto obraria de ligero, exponiéndose á que la misma falta de cultura trajera por consecuente resultado el que el promoviente del divorcio y el marido causante se burlaran de la impericia del tribunal que juzgó moralmente imposible la vida comun, cuando nada habia más probable.

Este es el criterio lógico de la disposicion enumerativa de la causa de divorcio por malos tratamientos graves, y éste debe ser tambien el criterio judicial que un dia domine para fijar la doctrina y sentar jurisprudencia.

## CAPITULO XII.

DE LA VIOLENCIA MORAL Ó FÍSICA EJERCIDA POR EL MARIDO  
SOBRE LA MUJER PARA OBLIGARLA Á CAMBIAR DE RE-  
LIGION.

### § I.

#### *Inviolabilidad del sentimiento religioso.*

Si los malos tratamientos graves de obra ó de palabra son motivo bastante para que se permita á la mujer demandar de divorcio á su marido, la violencia moral ó física ejercida para obligarla á cambiar de religion, que es un modo de maltratar gravemente, figura con razon entre las causas de divorcio, y constituye tambien un delito penado en el Código (1).

La religion es el primero y el más eficaz elemento de cultura humana; el primero porque la primera verdad que nos es conocida, es la relacion de nuestra existencia con una causa superior y el más eficaz, porque la religion metafísica es la ley de atraccion á esa causa, á la cual, siendo una realidad purísima, una bondad y una perfeccion supremas, no somos atraídos sino mediante la bondad y la perfeccion que nos da cierta comunión y semejanza con ella.

«De tal condicion somos, decia Lactancio, y se ha

(1) Cap. 2.º, seccion 3.ª, tit. 2.º, lib. II, Cód. penal.

recordado en todos los siglos, que habiéndonos Dios engendrado, le debemos justo homenaje; á él solo hemos conocido, á él sigamos. Obligados por este vínculo de piedad somos ligados ó relegados á él, de donde ha nacido el nombre de religion (1).

Así como no podemos conocer ni afirmar cosa alguna, sin que una verdad suprema sirva de norma á nuestro conocimiento y afirmacion, así nada sentimos, nada amamos, si el sentimiento no tiene por norma la belleza ó la bondad, si el amor no tiene por norma la perfeccion.

Esta es la ley de la vida, ley absolutamente religiosa, porque la religion, cualquiera que sea el nombre con que se la llame, ó el concepto que de ella se tenga, es la superior relacion humana.

La religion, empero, considerada en sí misma, es la série de verdades que ligan el hombre á Dios, causa y verdad supremas, y considerada en nosotros es el conocimiento de estas verdades y de los deberes que de ellas nacen, conocimiento tan eficaz que incline el ánimo de un modo constante é irresistible al cumplimiento de ellos.

Como en la diferencia de grandes épocas históricas, y en la extension de grandes latitudes, se han producido diferentes formas ó modos de cultivar la religion, han sido diferentes las prácticas; pero si á unidad de verdad debe corresponder unidad de doctrina, y á unidad de doctrina unidad de culto, es lógico creer en una forma religiosa, en un culto más propio, más

---

(1) Lactantius. *Inst. divin.*, IV, cap. VIII. (1)

acomodado á la verdad religiosa y más eficaz en el mejoramiento moral del hombre.

En la elección de este culto está el secreto de las discordias, y como la diferencia de culto ha establecido la diferencia de religiones, cuando lo natural es que fuese al contrario, toda religion determinada excluye las demás, y la ley política ha venido á tolerarlas todas.

La sociedad moderna ha hecho un honor de la fé de nuestros padres, y cada uno, excusado con el respeto á esa fé (1), nos evitamos el trabajo de una investigación inútil, debiendo cultivar aquella en que hemos nacido, que felizmente para los cristianos y los católicos es la más propia, la más natural que nuestra razon encuentra. Hay notable diferencia entre la religion puramente cristiana y la católica; pero sea licito creer que estas dos ramas de un mismo árbol, estos dos cultos de un mismo origen, vendrán un dia á confundirse, haciendo justicia á la unidad de la religion católica, cuya fé y culto perfeccionan más al hombre.

Cualquiera, sin embargo, que sea la religion de un cónyuge, siendo cierto que la fé religiosa es el sentimiento más inviolable de la vida, que la fé es el objeto de amor más vehemente, el objeto más íntimo y más familiar de la conciencia, la ley civil reprime con gran justicia la violencia que pudiera ejercer el marido para que su mujer cambiase de religion.

---

(1) S. Thom. 22, quæst. 189, 8, fué de este modo de pensar en la edad media.

Ya hemos indicado que la heregía ó el abandono de la fé comun en el matrimonio, era causa potentísima de divorcio, y aunque esta ley económica y civil era un homenaje á la religion católica, luego que la ley política ha igualado los respetos de las religiones, ó ha sancionado la libertad religiosa, sustituye el principio liberal al principio dogmático, y es una heregía política, y por reflexion una heregía civil la violencia para cambiar de religion.

Quien ha perdido, ha dejado extinguirse el sentimiento de la fé religiosa, quien desconoce el tierno afecto con que se le conserva, la saludable influencia que ejerce en la vida, la poesía con que colora todos los pensamientos y actos, la virtud de que reviste todas las intenciones y la perfeccion que produce, las disposiciones que engendra para la abnegacion, y el sacrificio en contrarios fines al interés ó egoismo tan comunes en los espíritus ateos, quien desconoce la fuerza y valía de tan saludables bienes, ignora la inmensa razón que preside á esta disposicion legal, que merece nuestro más espontáneo aplauso.

No hay tiranía más cruel, no hay ferocidad más insigne, no hay crueldad más repugnante que ese dominio bárbaramente ejercido sobre una conciencia religiosa.

La institucion del Santo Oficio, cargada con todos los anatemas y maldiciones de este siglo, apasionado por la libertad religiosa, es ménos criminal que la violencia de que la ley habla.

La institucion como colectividad, fria, indiferente, sorda y ciega á los gemidos de las victimas, hu-

biera sido imposible si el inquisidor y la víctima se hubieran jurado eterno afecto, vivieran en comunión de humanos y sociales fines, hubiera sido insubsistente si el acusador hubiera podido penetrar en el alma, en la conciencia afligida del reo, si hubiera observado la serenidad de espíritu ó el imperio de la razón, la mirada que revela una fé ardiente.

El marido, empero, que ejerce violencia en su mujer, puede sentir la impresion de estos fenómenos, puede conocer la fuerza de estas convicciones que parecen sobrevivir á la existencia, y su crueldad es en el órden de la razón la más criminal que puede imaginarse.

Conviene, sin embargo, no prescindir de la inteligencia de la ley, conviene no forzar su significado.

El marido diligente por la salud de su mujer, que la prohíbe con severos modos el ejercicio de prácticas que cree nocivas á su salud, como el ayuno, la asistencia á los templos, la confesion que ejerce una gran influencia en el ánimo, y la devoción en grado de vida que los místicos llaman contemplativa (1), no merecerá que se le acuse, motivando la acción de adulterio, de violencia para que cambie de religion su consorte.

El marido que suponiendo más eficaz y prove-

---

(1) Por si pudiera ocurrir algun caso en que sea preciso el conocimiento de las prácticas de esta vida, obsérvese que obras como el *Ejercicio de perfeccion y virtudes cristianas*, de Rodríguez; *El combate espiritual*, de Escópuli, y otras, la definen con claridad.

chosa, ó más aceptable la doctrina de otra religion, ordenase á su mujer sin que se ofendiera si era desobedecido, la lectura de obras de propaganda, la asistencia á otros templos, la audicion de pláticas que ella creyese enemigas de su fé, tampoco mereceria ser acusado.

La ley civil ménos severa, y el tribunal civil más limitado que el religioso, cuyo fuero rechaza todas estas sugerencias, nó conocen ni pueden juzgar, ni atribuir á estos actos una fuerza legal que permita prosperar á la accion de divorcio.

La ley exige clara y terminantemente que exista violencia fisica ó moral, y que el objeto de la violencia sea el obligar á la mujer á que cambie de religion.

## § II.

### *Violencia fisica.*

¿Qué debe entenderse por violencia fisica para la acertada aplicacion de la ley? La palabra violencia tiene el mismo origen que la palabra violacion, y ambas nacen ambas, tienen por comun raiz la palabra *vis*, fuerza.

Parece, pues, que sin el uso de la fuerza y fuerza en sentido real, no se concibe la violencia.

Todo acto de fuerza supone empero un maltrato, y la causa legal de que nos ocupamos no debia ser, de aceptarse este enunciado, sino un complemento ó uno de los muchos modos con que puede maltratarse á una persona.

Violencia es todo acto de fuerza contrario á la inclinacion natural ó voluntaria, ó para hablar en términos generales, todo acto de fuerza contrario á una ley natural, ó un órden natural, ó á una ley de la naturaleza moral ó religiosa.

Lanzar á lo alto un cuerpo que gravita hácia la tierra, ó contenerlo cuando cae, son actos de fuerza, porque perturban la accion de la ley natural de gravitacion (1). Así cuando la creencia y la fé religiosa exigen, como es comun á las religiones, la manifestacion exterior que se llama culto, la violacion, ejercida contra el culto, lo es contra la religion.

Importa mucho conocer la extension de este acto, porque pudiera ser vano y frivolo prestesto digno de reprimirse, en vez de causa formal y grave que legitime su invocacion para pedir el divorcio.

La palabra fisico, de origen griego, equivale á natural de nuestro origen, es decir, al concepto de naturaleza, de fuerza material, y la violencia fisica no se concibe sin actos de esa fuerza. Basta esta ligera comprension de concepto para que se excuse toda amplitud innecesaria.

---

(1) Felizmente á este intento puede consultarse la brevisima, pero satisfactoria definicion de Sto. Tomás, 22, quæst. 175, art. 1.º, N. 3, en donde se sirve de iguales ejemplos y amplía la definicion con ellos.

§ III.

*Violencia moral.*

Violencia que no es física es moral, y hé aquí cómo en esta antinomia de significado se produce la afirmación concluyente de que, toda violencia para obligar á la mujer á que cambie de religion es legalmente una causa de divorcio.

La palabra moral es contrapuesta á material y á física, y en orden de la razon, sinónima de natural.

Llámanse naturales los deberes morales; llámase natural el derecho, no obstante ser extraño á toda combinación física; llámase inclinación natural á una determinación constante de la voluntad humana, y así, en indefinido número de casos, se usa, y con precisión completa, la palabra natural en el sentido en que largos siglos se ha usado la palabra moral.

Bajo este supuesto la violencia moral es puramente natural, y cuando la fé religiosa, cuando la profesión de una doctrina dominando la razon, la voluntad y el entendimiento constituye un estado del ánimo, será violencia moral, ejercida para obligar á que se cambie de religion, todo acto, toda manifestación, que conduzca directamente á este fin.

El consejo, sin embargo, la apología de un dogma contrario, el desvío de natural afecto para infundir esperanza de compensación, pueden ser actos laudables si el apologista es sincero, el consejo fundado

y la enseñanza acomodada al fin de atraer á una comunión que se cree más perfecta.

Todo esto va derechamente al fin de cambiar la religión de un cónyuge, sin que se ejerza con ello violencia moral.

Pero quien fundado en la disparidad de creencias desdeña inconsideradamente á su consorte, si el desden es injurioso, si entraña una falta á las solemnes promesas, una violación de los deberes así naturales como jurídicos, la causa de divorcio existe, y debidamente acreditada puede ser suficiente para que el tribunal decrete la separación.

A su exquisita vigilancia, á su discreción y á su conciencia debe encomendarse el que procure un fácil desistimiento por esta causa.

Toda la inmensidad de abismo que existe en un culto desemejante, puede cubrirse con una tolerancia, que la razón aconseja y con una espontánea adhesión de recíprocos ó mútuos respetos.

De este modo se significa la necesidad de dar consistencia al matrimonio contra esa irracional violencia, que una educación viciosa ó un natural feroz pueden originar; de ese modo suplen los tribunales siempre que en estricto cumplimiento á la ley les pueda ser permitido, lo que un autorizado consejo ó una observación entendida llegarían á conseguir, en bien del matrimonio, el convencimiento.

§ IV.

*Desigual condicion de sexos en esta causa.*

Lo mismo que en los malos tratamientos omite la ley el caso en que la mujer maltrate gravemente al marido, porque fácilmente se comprende que resistiendo en este la autoridad y la fuerza no será maltratado, así omite el caso en que la mujer violenta al marido á cambiar de religion.

Prueba evidente de la significacion del concepto violencia es este caso, y dedúcese de él que la violencia ejercida en el marido, ó es imposible ó improbable.

La violencia supone fuerza, y la mujer no podria usar la que no es comparable con la del hombre, y cometeria, si tal hiciese, una temeridad ó imprudencia que el instinto de conservacion y bienestar rechazan.

Más probable es la violencia moral, pero atenta á la ley de obediencia debida, segun principio que rige la institucion del matrimonio, y era cuestion de resolver si podria reducirse á obediencia la mujer que á ese principio falta.

Gravisima cuestion es esta que la ley no resuelve, suponiendo que no ha de buscar amparo en las leyes y tribunales un marido que no se hace obedecer de su consorte.

La ley supone que no existirá solo el caso de simple violencia con una desobediénte conducta, que

no se ofrecerá aislado, que dará origen á otros en los que pueda existir determinada la causa de divorcio.

Hay en un marido medios suficientes para imponer su razon, y fuerza bastante para obligar á su mujer á que reconozca los derechos y la autoridad que él ejerce, y que, si usa bien de ella, no la perderá á buen seguro.

Concepto legal.

Por que los malos tratamientos de palabra á los hijos no son causa de divorcio siendo los de obra. Cuales son los derechos y cual el limite de facultades del padre sobre los hijos? En la antigua Roma sabido es que la patria potestad nacio vestida de un dominio, y el padre podia disponer de los hijos y de la mujer á su arbitrio con libertad de esclavos, como si era un esclavo ó de una cosa se tratara.

Creo que la filiacion era, respecto de la paternidad, lo que la creacion respecto del Creador, lo que la obra respecto del artifice. Y siendo innegable el derecho de mancipio (1), era por demas inocente el indicar, entre las causas de divorcio, el maltrato, tanto grave á los hijos.

Hoy, y desde muchos siglos, la potestad del padre está subordinada á las eternas reglas de moral y de derecho, y es regla moral el no hacer ni causar daño alguno, el no maltratar sino como moderado castigo que á la correccion impulse.

(1) Sargay. Historia del Derecho Romano. Digesto. lib.



### CAPITULO XIII.

#### MALOS TRATAMIENTOS DE OBRA Á LOS HIJOS.

##### § I.

##### *Concepto legal.*

¿Por qué los malos tratamientos de palabra á los hijos no son causa de divorcio siendo los de obra?  
¿Cuáles son los derechos y cuál el límite de facultades del padre sobre los hijos?

En la antigua Roma sabido es que la pátria potestad nació revestida de un dominio, y el padre podia disponer de los hijos y de la mujer á su arbitrio con plenitud de facultades, como si de un esclavo ó de una cosa se tratara.

Creíase que la filiacion era, respecto de la paternidad, lo que la creacion respecto del Creador, lo que la obra respecto del artífice. Y siendo innegable el derecho de mancipio (1), era por demás inocente el indicar, entre las causas de divorcio, el maltrato grave á los hijos.

Hoy, y desde muchos siglos, la potestad del padre está subordinada á las eternas reglas de moral y de derecho, y es regla moral el no hacer ni causar daño alguno, el no maltratar sino como moderado castigo que á la correccion impela.

---

(1) Savigny. Historia del Derecho Romano. Digesto. Lib.

El castigo supone culpa, y ni aun el derecho de corregir con moderada pena, existe en el padre, si el hijo inocente fuera victima de una desnaturalizada y bárbara costumbre.

Esta es la causa de divorcio. El sentimiento maternal es para la mujer de tan alta y tan preferida consideracion, que en vano se la autorizaria para pedir la separacion por injurias graves, por actos de violencia que contra ella cometiere su marido, si debia permanecer resignada viendo maltratados sus hijos.

Un hijo es parte de la vida; el fenómeno de la reproduccion de la especie es tan eficaz que solo el dolor fisico, solo la sensacion material que no puede existir sino el cuerpo en que se verifica, es lo único en que difieren la parte reproducida, ó sea el hijo, y la reproductora, es decir, la madre.

La ley, haciendo honor á la naturaleza, supone que cuando un padre maltrata gravemente á sus hijos, no los estima como propios; obra como si creyese que no lo eran, é infiérese con esto el mayor de los ultrajes á la madre que con dolor los ha dado á luz, con penalidades los ha educado, y con cariño los retiene en su compañía, obedeciendo á un deber natural y juridico.

## § II.

### *Extension del concepto legal.*

Los malos tratamientos de obra, inferidos á los hijos, deben tener igual extension que los que á la mujer se infieren.

La condicion de la mujer en el derecho antiguo era como la del hijo; bajo el concepto de familia caian uno y otra, y el marido con su doble potestad pátria y marital, tenia el mismo derecho sobre la una y los otros.

Igualada la condicion de ambos sexos, y no pudiendo igualarse la del hijo respecto del padre, porque la misma naturaleza establece cierta superioridad en el padre, debia tener más latitud el concepto de malos tratamientos á los hijos.

La tiene ciertamente, y no en la diferencia de palabra ú obra, sino en el concepto capital de que pongan su vida en peligro.

Cualquier palabra por injuriosa, por dura que sea en un padre, deja de ser maltrato grave á sus hijos resignados y tolerantes, como deben serlo, bien así como la desgracia ó las contrariedades de la vida, son motivo de resignacion, y aun se sufren como motivo de bien, respecto del Padre comun en el concepto religioso.

Deben, pues, considerarse los malos tratamientos graves como actos de ferocidad repetidos, que imposibiliten el cumplimiento del fin conyugal sobre la educacion de los hijos.

El peligro de vida que aquí señala la ley, es lo que estrictamente requeria el derecho canónico para que la sevicia fuera causa de la separacion entre los conyuges.

Solo bajo este concepto se expresa el sentido de ferocidad.

Dificil es, no obstante, conocer cuándo existe el peligro de vida por los malos tratamientos.

Los iracundos golpes sobre el cuerpo, de modo que por inconsiderado y ciego movimiento puedan afectar una de esas delicadísimas partes en que parece resumirse la vida, las lesiones de cierta gravedad, esto es, esto constituye el peligro de vida que necesariamente ha de existir para que sea viable una demanda de divorcio por esta causa.

Ocupándose de la sevicia, los escritores canónicos cuestionaban sobre el propósito de envenenar ó de matar un cónyuge á otro (1), y era el peligro de vida una idea tan inseparable de la sevicia, que bastará aplicar aquellas doctrinas á la de los malos tratamientos de obra inferidos á los hijos para tener una explicacion legal cumplida.

Si el peligro de vida no pudiese probarse como hecho necesario, puede auxiliarse la accion del divorcio con el principio general de la imposibilidad de cumplir los fines del matrimonio.

En ésta, como en todas las causas, va derechamente á esa imposibilidad moral de fines en la vida comun el espíritu de la ley.

Así el divorcio, por los malos tratamientos á los hijos, deberá fundarse en la imposibilidad de educarlos bajo la ley tirana de un padre desnaturalizado, que con ímpetus y con actos que tienen en constante temor é inquietud á los hijos, impiden tambien ese afecto de madre, que es alma de la vida comun.

El juez oirá la amarga queja del maternal cariño,

---

(1) Zippeus, Sanchez, Covarrubias, Gonzalez, etc., de divorciis.

y conocerá si la afligida madre puede, separada del marido, ejercer tutelar ministerio para con sus hijos, si debe privar de la potestad de que ha abusado ignominiosamente al marido á quien segun derecho corresponde, otorgándola á la madre á quien en defecto del padre pertenece.

muerte de la esposa por esta causa.  
Concedidos de la esposa, los escritores canónicos cuestionaban sobre el propósito de conservar ó de matar su cuerpo á caso (1) y era el peligro de vida una idea tan importante de la esposa, que bastaba á veces para declarar á la esposa incapaz de ejercer el ministerio de tutor. Los escritores de otra escuela á los hijos para tener una explicación legal cumplida.  
Si el peligro de vida no pudiese probarse como hecho necesario, queda auxiliada la acción del divorcio con el principio general de la imposibilidad de cumplir las fines del matrimonio.  
En ésta, como en todas las causas, ya hechas, mente á esa imposibilidad moral de fines en la vida común el espíritu de la ley.  
Así el divorcio, por los malos tratamientos á los hijos, deberá fundarse en la imposibilidad de educarlos por la ley tirana de un padre desnaturalizado, que con impetuosos y conatos que tiran en constante forma á la ruina de los hijos, también en el afecto de madre, que es alma de la vida común.  
El juez oirá la amarga voz del maternal cariño

(1) López, Sanchez, Covarrubias, Gomara, etc., de di-  
vorcio.

## CAPITULO XIV.

DE LA TENTATIVA DEL MARIDO PARA PROSTITUIR Á SU MUJER Ó DE LA PROPOSICION PARA EL MISMO OBJETO.

### § I.

#### *Tentativa para prostituir.*

La tentativa es otra de las palabras de concepto penal que registramos en las causas de divorcio.

El derecho penal define la tentativa: el acto de principiar la ejecucion del delito directamente por hechos exteriores, no practicando todos los actos de ejecucion que debieran producirlo, por causa ó accidente que no sean el propio y voluntario desistimiento (1) del delincuente.

Principiar la ejecucion del delito es ser delincuente; el derecho está violado desde que se hiere su integridad. La resolucion del mal es un hecho que debe reprimirse, y cuando en la indefinida variedad de delitos que la ley penal castiga, no queda la tentativa impune, no debe quedar sin correctivo esta violacion vergonzosa de la fé conyugal, esta accion del codicioso y vil marido, que delibera y resuelve, que

---

(1) Código penal, art. 3.º Véase para el conocimiento amplio de la palabra de tentativa la explicacion de Pacheco, tomo I, pág. 93 y siguientes de sus *Comentarios al Código penal*.

pone todos los medios y ejecuta todos los actos que en su mano están para prostituir á su mujer.

Prostituir es estar á favor (1) ó merced de la persona que lo solicita mediante precio.

La vergonzosa condicion de esclavo á que nadie de parte propia, ó voluntariamente, sería reducido, porque la misma naturaleza rechaza esta condicion, esto solo es comparable á la prostitucion de la mujer.

Y cuando no es voluntaria, cuando traidor el marido, bajo cuyo amparo y proteccion queda la mujer desde que contrae matrimonio, intenta prostituir la, ¿qué garantías puede ofrecer á la ley ni á la sociedad la más vergonzosa vileza, la más infame traicion? ¿Qué nombre, así el más duro fuese, qué dictado, así el más despreciativo é injurioso, puede designar lo que es el marido que pone por obra tan criminal intento?

¿Qué ultraje ni ofensa, qué mal tratamiento grave debe ser comparado á esta violencia sobre el honor de la mujer, violencia que un padre indignado vengaria de muerte, que á un hijo irrespetuoso incitaria á una resolucion desesperada?

¿Qué lógica seria la de la ley que excusa el parricidio en la mujer adúltera, acaso fascinada por ilusion irresistible, acaso esclava de una pasion que la conciencia no puede vencer, si no procurase una pena ó no concediese el derecho de separacion contra el envilecido cónyuge que ha procurado un comercio repugnante, vendiendo su honor y el de su mujer, su

---

(1) Raiz, *stare* y *prejijo* que indica la significacion que damos.

dignidad y aquella conciencia de su consorte que tenía el deber de educar, y cuya perversion es una maldita nota que cubre de infamia su nombre?

La ley es justa al señalar esta causa, y toda explicacion ni comentario son escusados, porque hay palabras que solo el pronunciarlas, hay hechos que hasta para condenarlos se resiste su representacion en la mente, su designacion en los lábios.

## § II.

### *De la proposicion para prostituir á la mujer.*

La proposicion es un estado de inferior categoria en el ánimo culpable; la proposicion es el acto por el que se manifiesta un deseo ó un designio á la persona cuya cooperacion se busca, ó cuya accion se desea conseguir.

Proponer una cosa es incitar á hacerla, porque el objeto de la proposicion es siempre un incentivo.

Si la persona á quien se propone resiste la proposicion, el acto, objeto de la proposicion, no puede cometerse por ella.

En este sentido, los jurisconsultos han creido digna de proscribirse la proposicion al delito; pero no podrá ser proscrita en las causas de divorcio, cuando revela una renuncia á toda consideracion, á todo respeto, á todo amor conyugal.

La proposicion y la tentativa son diferentes en cuanto á los efectos; pero quien propone la comision de un acto á una persona que puede ejecutarlo, ¿no

hace de parte suya cuanto le es dable? ¿No entra en la plenitud de responsabilidad del acto mismo?

¿Qué vínculo de amor existe ni podrá existir, qué mútuo socorro, qué comunión de vida para morales y sociales fines despues que se ha propuesto á la mujer el que se prostituya (1)?

¿Dónde están la autoridad moral del marido, tan necesaria á la armonía de la vida conyugal, dónde la concordia ó unidad y conformidad de corazon, dónde, en fin, todos esos elementos constitutivos de la vida conyugal despues de tamaña ofensa?

La mujer en ésta, como en las demás causas, debe considerar que la ley pone en sus manos la facultad de pedir el divorcio por la injuria que este acto supone, injuria grave, por la relevante prueba de que el marido que intenta su prostitucion, se ha hecho indigno de la vida comun y de los beneficios que contiene, ha violado, no solo la fé conyugal, sino todos los derechos, ha roto todo vínculo moral, y si no fuera indisoluble el vínculo legal, no resistiria esta prueba.

El marido, siquiera haya dejado apagar hasta el último sentimiento de dignidad, no podria, si la proposicion era aceptada, rendir respeto de ningun linaje á su consorte.

La prostitucion es despreciable aun para las al-

---

(1) En Roma se prostituia para evitar la pena de adúlteras, porque sin ser honesta una mujer no podia cometerse adulterio con ella. Pothier, tomo II, pág. 243.

mas viles, y seguramente conduciría al abandono, que es otra causa de divorcio, porque la mujer, convertida en instrumento de repugnante lucro, sería abandonada, olvidada ó despreciada cuando no sirviese á la codicia del marido infame.

Y luego, ¿qué es de la nota que por reflexion alcanza á la familia de la mujer misma? ¿Cómo el marido repara estos daños?

No razonemos; ceda todo racionio al más espontáneo aplauso de esta disposicion de la ley.

## CAPITULO XV.

TENTATIVA DEL MARIDO Ó DE LA MUJER PARA CORROMPER A SUS HIJOS Y LA COMPLICIDAD EN SU CORRUPCION Ó PROSTITUCION.

### § I.

#### *Concepto legal de la corrupcion.*

Corromper es deshacer, desunir, descomponer, de modo que pierda sus propiedades un cuerpo cualquiera.

La corrupcion física tiene idéntico significado en el sentido moral.

Dotado el hombre de facultades, cuyo ordenado y racional ejercicio supone las propiedades y medios para la realizacion del bien, sufrirá una corrupcion moral cuando el ejercicio de estas facultades, lejos de ser ordenado, es desordenado; lejos de ser racional, es grosero; lejos de conducir al objeto de la vida, que es el perfeccionamiento y la práctica de virtudes conduce al envilecimiento que es la práctica de los vicios.

Así la corrupcion es el estado dominante de los vicios, en el que relajados los vínculos, descompuestos y desordenadas las facultades, se carece de la consistencia y virilidad que predisponen y aseguran el ejercicio de morales prácticas.

Y así como la corrupcion física tiene signos característicos, infesta ó inficiona, así la corrupcion

moral escandaliza, corrompe, inficiona la atmósfera de las costumbres.

Dedúzcase de lo expuesto cuán grave es la corrupcion en un sér sociable y cuántos daños morales produce en los semejantes con quienes está ligado por particulares y generales relaciones de vida social.

Y si la corrupcion es un mal, si es un daño moral, si es el mayor y más grave obstáculo á la perfeccion y fin de la vida, si la corrupcion es la carencia de virtudes, y ésta una dislocacion, una desviacion de ese camino del reposo, que solo en el bien se encuentra, si la corrupcion es la muerte del sér moral, de esa parte del sér, la más noble y la más eficaz de la vida, ¿qué atentado puede dirigirse mayor que el que tiene por objeto la corrupcion, el que procura consumarla?

Y cuando quien corrompe es el padre ó la madre, sobre quienes recae una obligacion imperiosa, imprescindible, un deber moral, una ley de la misma naturaleza para educar á sus hijos, para corregirles si hubieren de ello menester, para reintegrarles en la plenitud de sus facultades y disposiciones morales, ¿qué traidora accion no es, qué vil y repugnante accion no será la que tales deberes quebranta, tal ley destruye, y aprovechando la superioridad natural, acaso la gratitud, el cariño de los hijos, los corrompe?

## § II.

### *De la prostitucion.*

La corrupcion y la prostitucion son dos distintos



conceptos, ambos aplicables y acaso concurrentes en ambos sexos.

Sin embargo, parece propio que la corrupcion se signifique en los hijos y la prostitucion en las hijas.

Quien desee comentario alguno sobre la justicia de esta causa de divorcio, quien desee una ampliacion de la doctrina en que se funda, pregúntelo á su conciencia, y ella responderá con los más elocuentes modos.

A nuestro intento basta considerar que si uno de los objetos del matrimonio es el bien de la prole, si en vez del bien, se produce el mal, y nada más evidente que la realidad del mal con hijos prostituidos ó corrompidos, el objeto del matrimonio no se cumple, su fin se contraría y la causa general se determina en toda su fuerza.

Añádase á esto la consideracion de que todo atentado al hijo ofende á la madre ó al padre, y aquel de los cónyuges que sea extraño á la tentativa de corrupcion ó prostitucion, puede fundadamente y aun meritoriamente impetrar el auxilio de los tribunales para separarse del cónyuge culpable y separar de él tambien á sus hijos.

## CAPITULO XVI.

DE LA CONDENACION POR SENTENCIA FIRME A CADENA Ó RE-  
CLUSION PERPÉTUAS COMO CAUSA DE DIVORCIO.

### § I.

Hé aquí una causa que no necesita exposicion doctrinal de ningun género.

Su solo enunciado, la suficiencia de claridad que estos conceptos abrazan, prueba evidentemente que la causa no se funda solo en un principio de los que rigen la institucion del matrimonio, sino en una ley fatal.

La condenacion por sentencia firme á cadena ó reclusion perpétuas, es la separacion perpétua de la sociedad. La sentencia que declara la justicia de esta pena, declara que el penado no era digno de vivir entre sus semejantes, no debia gozar de ningun beneficio de las instituciones sociales, si no era el de aquella que le permitia expiar el crimen que hubiera dado origen á la condenacion.

¿Seguirá el inocente cónyuge la suerte terrible de esta condena, compartiendo con el culpable todas las amarguras? Inmenso sacrificio es éste que la ley no puede exigir; abnegacion que la frialdad del legislador no puede suponer, y que aun supuesta no debe considerar como regla de vida que excite á proscribir tan justa causa de separacion.

En buen hora el cónyuge inocente perdona al culpable el crimen; en buen hora no desmerezca á sus ojos el criminal; en buen hora no agrave su desgracia negándole el consuelo que puede ofrecerle su abnegacion; pero si con motivo tan grave como el de una condena de esta especie, no habia de autorizarse la separacion, incurriria la ley en una contradiccion imposible de remediar.

Al condenar á un sentenciado se le conduce al lugar en que la pena se cumpla, y en él no puede vivir ni habitar la mujer del penado, no puede, no debe sufrir la pena.

Hay entre los cónyuges una separacion de lugar inevitable, una diferencia de estado personal inmensa, y la separacion es forzosa con esa diferencia.

Es verdad que la ley considera redimible la perpetuidad de la cadena ó reclusion, indultando á los treinta años (1), y que la perpetuidad pierde este carácter; pero el motivo no pierde de su gravedad, y treinta años de una condena, de un estado en que los cónyuges no pueden mutuamente socorrerse, crear y educar hijos y realizar los otros más levantados fines de la institucion, merecen el reconocimiento de un derecho inconcuso al divorcio.

Más aun; si alguna causa, si algun motivo pudiere justificar la disolubilidad del vínculo, seria éste, é independientemente de religiosos respetos podria sos-

---

(1) A no ser que por su conducta, ó por otras circunstancias graves, no fueran dignos del indulto. Art. 29 del Código.

tenerse la justicia del divorcio en cuanto al vínculo por esta causa.

Los efectos de la sentencia de cadena ó reclusion perpétua son incompatibles con la vida comun, y si no se autorizara el divorcio por esta causa, el divorcio con su carácter y sus efectos naturales, legales, lo autorizaría una ley fatal, necesaria.

## § II.

### *Del indulto de la pena que es causa de divorcio.*

Puede ocurrir que un cónyuge sea condenado á cadena perpétua y se le indulte de la pena, ¿subsistirá la causa de divorcio? ¿podrá alegarse luego que el indulto rehabilite al cónyuge, para poder cumplir los fines del matrimonio? Si antes del indulto hubiere ocurrido la ejecutoria del divorcio, una vez indultado el cónyuge, ¿tendrá derecho á pedir que la sentencia de divorcio quede sin efecto, pues que la causa, al ménos en su concepto sustancial, ha desaparecido?

La ley no resuelve estas dudas, ni hay caso alguno de jurisprudencia que poder invocar.

Parece natural que el penado que se ha hecho acreedor, ó que ha merecido la gracia de indulto de parte del supremo poder lo mereciere de su cónyuge, y si ella no se creía asistida de ese derecho, la ley le obligase á rectificar su juicio.

Es violento, sin embargo, el contrariar á un cónyuge en su propósito despues que el otro ha sido justamente penado.



Hay personas que no pueden resistir el efecto de aversion que causa la presencia de un criminal; el crimen deja huellas en la mirada del criminal por donde se comunica el estado de la conciencia. Una persona puede ejercer toda coaccion sobre los músculos de la cara, puede fingida ó realmente reir, mostrar alegría y satisfaccion de ánimo, y sin embargo, presente en su espíritu la idea criminal, presente la imágen sombría del delito, su pupila se oscurece ó inmoviliza.

La persona que ha educado su entendimiento para distinguir de este modo, y á la sola vista, el inocente del culpable, el que ha cometido un delito, ó el que es fácilmente capaz de cometerlo, puede ser estremadamente sensible al trato y relacion de quien seguramente ha sido culpable. La ley debe respetar esa susceptibilidad que revela una alma digna. La ley debe no enturbiar esa fuente cristalina de una conciencia intransigente con el crimen (1).

---

(1) Durantón, Zacharias y Massol, jurisconsultos extranjeros, opinan que la rehabilitacion del condenado anula esta causa de divorcio.

## CAPITULO XVII.

### DE LA INOCENCIA COMO REQUISITO PARA EJERCITAR LA ACCION DEL DIVORCIO.

#### § I.

##### *Concepto general de la inocencia.*

La relacion jurídica que existe entre los cónyuges les da un derecho mútuo á exigir el cumplimiento real y efectivo de todos los fines del matrimonio.

Los derechos que competen á cada cónyuge en una paridad moral y legal, corresponden á otras tantas acciones jurídicas especiales, exclusivas, que solo existen dentro de la sociedad comun.

Que estas acciones no merecen tal nombre en buena doctrina de derecho, no lo ignoramos; pero ya hemos dicho que el matrimonio solo ofrece dos moldes, tanto en el derecho como en el procedimiento, Roma y la Iglesia. En Roma no hay acciones, porque el poder marital las hace imposibles (1). En la

---

(1) Entiéndase en la doctrina legal, porque si en la doctrina á cada derecho correspondia una accion, y ambos tenían derecho á pedir el divorcio, solo en la querella existia la acción y era penal. En nuestro concepto, la accion es un derecho á reclamar ó pedir contra otra persona, y ni en el derecho antiguo ni el moderno se pide ni se reclama nada del cónyuge si no es el tribunal que decreta la separacion. Hay

Iglesia no hay acciones, porque la religion resuelve todas las cuestiones independientemente del derecho, y con sujecion á la autoridad.

Mientras el hombre y la mujer se rigen por la ley religiosa, se entregan al heroismo del sufrimiento antes que invocar derecho alguno, porque la Iglesia no reconoce derechos; ante ella no se reclama, se suplica (1).

En la Iglesia toda violacion de la ley, toda infraccion es un pecado, y el pecado se redime; todo atentado á la persona del cónyuge es una injuria, y la injuria se perdona (2).

Roma no ha inmortalizado el vigor de sus leyes,

---

accion civil para pedir los alimentos, los bienes dotales, hay accion para pedir pena; pero no para separarse los cónyuges, ó al menos esta accion no está en la teoría de las acciones de derecho. Si un cónyuge demandara á otro para que satisficiera el débito conyugal, para que viviera á su lado, para que no le maltratara etc., ejercitaria una accion personal; pero cuando no le demanda, porque la demanda de divorcio no es contra un cónyuge, sino contra la continuacion de la vida comun, no hay á nuestro entender accion juridica definida hasta ahora.

(1) Por eso puede fijar arbitrariamente el tiempo de la separacion. Compréndase bien el sentido de estos conceptos. La justicia eclesiástica no permite accion penal, porque la penitencia canónica no se impone á peticion de parte, ni permite accion civil, porque es extraña su jurisdiccion á las acciones y derechos civiles.

(2) Quien perdona, sin embargo, tiene derecho á castigar, y renuncia á él; pero ¿se llamará propiamente derecho? En la doctrina religiosa no existe este concepto.

ni la Iglesia el exclusivismo de su doctrina religiosa, que solo considera vindicable la injuria cuando evite un mal mayor.

Debemos, pues, atenernos á la ley natural y á la ley civil.

La ley natural rige varios estados de relacion pura ó relacion aplicada. Es una relacion pura la inocencia, porque nada de comun tiene con la ley, ni en nada la afecta cuando se considera como estado de un sér racional; es una relacion aplicada la inocencia conyugal, porque la ley del matrimonio considera inocente á un cónyuge, cuando el otro ha atentado contra la fé conyugal.

En el derecho penal hay sugeto y objeto, agresor y agraviado.

En el derecho conyugal hay sugeto y objeto, culpable é inocente; es decir, que la inocencia es la expresion del estado de victima, que el inocente es como el agraviado, y solo se le llama inocente porque ha sido objeto del agravio.

Hé aqui el origen de lo que puede llamarse accion especial de divorcio, accion especial porque participa del carácter penal y del civil unas veces, y otras no tiene un carácter definido.

Quando nada se exige á un cónyuge, ó nada se pide contra él, no se ejercita una accion, y si en la causa de adulterio se puede ejercitar, se puede pedir ó desarrollar una accion penal, en las demás causas no se reconoce igual derecho.

§ II.

*Cuándo debe reputarse inocente un cónyuge.*

La ley dice que el divorcio solo puede ser reclamado por el cónyuge inocente (1), y supone el caso posible de que admitida la demanda ó antes, se considere á ambos culpables (2).

La inocencia del cónyuge es un requisito necesario para ejercitar la accion del divorcio; pero ¿quién puede reputar cuál de los dos es el inocente al presentarse la demanda si no existe otra prueba de inocencia que la afirmacion de la parte demandante? Por el solo hecho de presentar la demanda ó ejercitar la accion ¿habrá de suponerse el derecho?

El problema jurídico era difícil de resolver, sino hubiera alguna cosa que sirviera de guia, y el Tribunal Supremo, interpretando la doctrina legal del modo que la razon natural podia comprenderla, ha considerado el estado de derecho basado en la inocencia por el solo hecho de ser actor en el juicio el promovente (3).

Sucede en éstas lo que en otras demandas, que pueden reconvenirse, si es permitido el verbo, y la

---

(1) Art. 86.

(2) Caso 2.º del art. 87.

(3) Sent. 12 de febrero de 1872.

reconvencion conducir á que se consideren culpables ambos (1).

La esposa acusada de adúltera para el efecto de divorcio ¿no puede reconvenir de malos tratamientos graves á su marido? El marido á quien se reputa autor de esos malos tratamientos ¿no puede reconvenir por adulterio ineficazmente remitido?

De cualquier modo que se produzca el conocimiento de culpabilidad en ambos, es lo cierto que la ley considera posible el caso, y su espíritu benéfico con la prole inocente, exige que se acuerde el nombramiento de tutor y curador para los hijos, y su separacion de los padres.

La culpabilidad en ambos casos, como la inocencia en uno, todos los elementos, en fin, que entran en la accion del juicio han de ser de supuesta verdad, y provisionales las instituciones que nacen con el estado preliminar del divorcio.

### § III.

#### *Explicitad del derecho canónico en este punto.*

El derecho canónico consideraba improcedente el divorcio por la paridad de delito. *Quia paria delicta mutua compensatione tolluntur.*

Negaba el derecho á ejercitar esta accion en la

---

(1) En el derecho francés hay demandas reconvenenciales Véanse Laurent, tomo 3.º, pág. 309. Breton, *Le divorce*, Dalloz, *Separation de corps* etc.

causa de adulterio, si el marido por su conducta depravada, ó por no otorgar á su mujer el débito conyugal, ó por sevicia (1) que excusase á la mujer el huir de su lado, ó por haber intentado prostituirla, negaba decimos este derecho, dando la razon en la fórmula *excusatio delicti à culpa* (2).

Verdad es que la doctrina de derecho parece aplicable solamente á la causalidad de adulterio; pero el principio general que contiene para la aplicacion de la más grave de las causas, no debe ser olvidado en las de menor gravedad.

La paridad de delito supone que no hay cónyuge inocente, y sin haberlo no puede pedirse el divorcio, á no admitir entre las causas el mútuo consentimiento de divorciarse, lo que es contrario al espíritu de la ley, segun el cual si no hubiera otra razon el ministerio judicial no podria estimar esta causa ni decretarlo (3).

#### § IV.

##### *De la consideracion de inocencia en un cónyuge.*

El Juez no decreta en este como en ningun caso en que se ejercite una especie de accion civil sino á instancia de parte y conocido lo que la ley dispone, nada más fácil que ver en la representacion de cada

---

(1) Sanchez. Dist. leg., 10. Disp. 5, n.º 10.

(2) Engel, pág. 387.

(3) Véase el contenido del art. 84 de la ley.

cónyuge empeñar una lucha para procurar que se repute inocente aquel que aventaje en la exposicion de motivos. ¡Triste espectáculo de irrespetuosas frases inspiradas por la pasion y la venganza de que alguna vez, y es doloroso confesarlo, se hacen intérpretes los encargados de dirigir el procedimiento! ¡Triste espectáculo arrojar al rostro de cada cónyuge las inculpaciones más graves para ahondar el abismo de la causa de separacion!

El tribunal, sin extralimitacion de sus funciones, guardando la regla de oirlo todo antes de juzgar nada, ha de fijarse en la informacion que precede á la admision de la demanda; pues que la admision tiene importantes efectos juridicos, ha de atender con una discrecion racional y fundado criterio las reclamaciones que en ese estado del juicio son propias al nacer instituciones, aunque de carácter provisional, de la misma admision de la demanda; ha de estudiar los motivos de certeza de la exposicion en que se intenta acreditar los hechos; ha de conocer todas las causas, ponderar todas las fuerzas, analizando su razon y colocándose sobre las personalidades y sobre los motivos que existen ya en la acusacion prévia, ya en la reconvenccion, ya en fin, en los diferentes estados de la demanda. El tribunal mismo es el que ha de saber cuál de los dos cónyuges es el inocente, porque si este juicio como todos los que pertenecen al procedimiento civil cierra las puertas á todo deseo de parte suya, á toda razon, á todo medio escogitado, ateniéndose siempre á lo que las partes solicitan de acuerdo con lo que la ley dispone, tambien es verdad que la

mediacion del ministerio público, y su representacion eficaz le permiten ejercer otro ministerio mucho más elevado en favor de la justicia moral, del justo respeto á una y otra parte debidos siempre y de acuerdo con el el del fiscal ha de buscar aquellos caminos en que pueden acreditarse debidamente los hechos que permitan la declaracion de inocencia á favor del promoviente de divorcio, si como es natural fuera el que se declarase con ese derecho.

Cuando la ley dice que el divorcio solo puede reclamarse por el cónyuge inocente es tan lógica, interpreta de tal modo los sentimientos humanos y el corazon del hombre que sin que la disposicion existiera habia de creerse necesaria en la práctica. ¿Qué cónyuge vá á demandar el divorcio ante un tribunal confesándose él mismo culpable, declarando el mismo que su falta de virtudes, su resistencia al cumplimiento de los deberes conyugales, verdadera infraccion de la ley moral y juridica es lo que le mueve á solicitar del tribunal la separacion de su cónyuge, ó la exencion de esas obligaciones que son el alma de la vida comun? ¿Cómo el cónyuge culpable habia de solicitar el divorcio si era necesario que compareciese haciendo declaraciones de culpabilidad, probándolas y atrayendo sobre sí y sobre su cabeza toda la responsabilidad de los hechos que denunciaba y de las causas por las que promovía el divorcio? Y aún cuando hubiese alguno tan cínico que lo intentase procurando la separacion de su mujer con el fin de encontrar un camino más llano y expedito á sus licencias, ¿habrá tribunal en quien residan facultades discrecionales para

admitir ó desechar la demanda, que contra lo que pretendiese y demandase el mismo cónyuge inocente hubiese de admitir la declaracion grave en que el cónyuge culpable aseguraba y demostraba el derecho á la separacion, pidiéndola en nombre de su consorte?

Esto es estraño, es inconcebible y si no lo fuera, la ley que así procura conservar la pureza de las costumbres y reparar las injusticias como interpretar los sentimientos naturales no habria de atender á estos casos excepcionales para ofrecerlos de ejemplo, y si á los que han de ser comunes, á los que están en el órden de las cosas y á lo que naturalmente sucede. Cuando sucediere lo contrario habria motivo para rechazar de plano como única providencia la pretension de divorcio, en justo cumplimiento á la prescripcion de que solo el cónyuge inocente puede reclamarlo.

## CAPITULO XVIII.

### DEL DIVORCIO EN EL ESTADO DE JUICIO.

#### § I.

#### *Competencia de jurisdiccion deducida de la naturaleza del matrimonio.*

La causa para demandar existe, y el cónyuge inocente vá á reclamar el divorcio. ¿Ante qué tribunal debe reclamarlo?

Hé aquí una cuestion capital, que en vez de ser de simple procedimiento, es de derecho, de estricto derecho.

Si el matrimonio es una institucion canónica, ante el tribunal eclesiástico; si es una institucion civil, ante la jurisdiccion ordinaria; si los cónyuges se han casado por el doble vínculo civil y religioso, ante ámbos tribunales.

Esta seria la respuesta categórica á la pregunta anterior.

La naturaleza del matrimonio decide de su legalidad, y su legalidad decide de su fuero.

¿El matrimonio es una institucion civil? Si lo es, nada de comun tiene con las instituciones eclesiásticas; nace independientemente de ellas, vive independientemente de ellas, y en el divorcio y en la nulidad del matrimonio solo el tribunal civil puede tener intervencion.

La legislación moderna ha declarado el matrimonio una institución civil, y su declaración sustrae del dominio de la Iglesia los matrimonios que en su seno y bajo su jurisdicción habían nacido.

La potestad civil vive ansiosa de conquistas, y su legislación á todo se extiende, todo lo invade. La ley es el lazo más fuerte de las edades modernas, es el vínculo más estrecho del hombre social, y vanos serían los esfuerzos contra esa corriente que todas las instituciones y todos los fueros los confunde en uno solo.

¿Qué fundamentos tiene empero la sociedad civil para regular actos como los del matrimonio y ponerlos bajo su amparo? El matrimonio, ¿es sola y exclusivamente una institución de derecho? ¿Es por el derecho como se forma y como se sostiene?... La cuestión presente está á la órden del día hace cerca de un siglo, y el predominio de las ideas políticas que tienden á segregarse la Iglesia del Estado, dan una solución acaso definitiva.

Sin embargo, el matrimonio no es solo una institución de derecho.

Recientemente se ha dicho por una persona que vive en medio de esa agitación que somete á un severo juicio todas las instituciones, y que ha sometido la del matrimonio á los principios que determina una simple institución contractual (1).

«La filosofía del derecho aplicada, dice que el ma-

(1) La importancia de los razonamientos que siguen, justifica el extracto que nos permitimos.

matrimonio es: 1.º Una institución de la naturaleza del hombre. 2.º Una institución del orden moral en su esencia más íntima. 3.º Una institución del amor. En el matrimonio deben, por lo tanto, sintetizarse las tres ideas que forman su razón de ser: naturaleza, moralidad y amor.

De lo dicho hasta aquí se deduce: 1.º Que el matrimonio en su esencia no puede ser simplemente una institución del derecho común, ni por consiguiente, un contrato. En efecto, como el principio fundamental y elemental del matrimonio debe ser el amor, es difícil someterle al derecho. Derecho y amor se excluyen en términos que cuando el derecho empieza, el amor acaba; y solo el matrimonio puede ser considerado como una institución de derecho, cuando haya dejado de ser una institución del amor. Puede concebirse un matrimonio sin relaciones legales de ningún género; no se comprende un matrimonio sin relaciones morales ni naturales.... En resumen, el matrimonio pertenece á un orden más elevado que el en que el Estado le coloca, y nunca puede dejar de ser, no solo lo que es para el Estado, esto es, una sociedad, sino una sociedad moral y natural.

2.º Aun cuando el matrimonio sea considerado como una institución de derecho común, no puede ser en ningún caso mirado como contrato. Lo que al matrimonio le presta analogía con el contrato, es la circunstancia de que el matrimonio, según las leyes de su naturaleza, como arriba hemos dicho, descansa sobre una relación racional bajo la cual se concuerdan dos voluntades. Pero este es un elemento del ma-

rimonio, y aunque tenga apariencia de contrato, no es por su apariencia una institucion de contrato. Por otra parte, repugna en general á nuestros sentimientos naturales, juridicos y estéticos hasta la frase de contrato aplicada á la conformidad de dos voluntades en el matrimonio.

»La conformidad de voluntades en el matrimonio, no tanto es contratarlas como confundirlas. No hay ningun contrato ni le puede haber cuando dos voluntades se confunden á impulsos de un corazon y un alma que sienten que les mueven sin quizás saberlo ni quererlo..... El contrato resulta de aparecer el matrimonio como el *vinculum maritale*, pero no es en sí tal vínculo ni puede considerarse como contrato en el sentido estrictamente jurídico de la palabra, porque sería un contrato sin materia (1).

»La esencia íntima del matrimonio es, segun lo ántes expuesto, la moralidad, y el matrimonio debe ser considerado como algo específicamente moral, por consiguiente, no le es aplicable la idea de contrato.

»Tampoco á este contrato corresponderia obligacion ninguna, puesto que siendo el matrimonio una institucion de la naturaleza, basada en el consentimiento personal de los cónyuges, no puede obligárseles si no se da ese consentimiento perseverante. El matrimonio es la union social de hombre y mujer, pero nunca la sociedad de dos propietarios.

»El matrimonio civil es la institucion de derecho

---

(1) Observacion que ya dijimos haber hecho Aug. Roskowsky.



político moderno, que descansa sobre la teoría de considerar al matrimonio como un simple contrato, suponiendo que el Estado puede dar leyes sobre él, y señalar códigos matrimoniales, y ordenar con arreglo á ellos, y determinar la forma de la contratacion.

»El matrimonio civil moderno no puede ser defendido bajo el punto de vista del Derecho: 1.º Porque la constitucion del matrimonio como un contrato, esto es, el matrimonio civil, se opone á los principios fundamentales que la Filosofía del Derecho asienta acerca de la esencia del matrimonio y de sus relaciones.

2.º Porque tampoco puede constituirse en derecho comun, ni siguiendo al Derecho romano, ni al canónico, ni al aleman.

3.º Porque el derecho político moderno no desarrolla principio alguno fundamental, de donde se deduzca con la lógica necesaria el postulado del matrimonio civil.

»El matrimonio civil no puede, pues, ser defendido bajo el punto de vista del Derecho. ¿Pero puede ser rechazado desde este mismo punto de vista? Para juzgar esta segunda cuestion conviene no olvidar que el matrimonio civil no es, en modo alguno, producto de la ciencia del Derecho, en lo cual concuerda con la teoría la práctica. El matrimonio civil moderno es más bien un producto, en parte, de relaciones exteriores, y en parte de ideas extrañas á los fundamentos jurídicos.

»El matrimonio civil ha sido en muchos puntos producto de estas condiciones estrínsecas, como se deduce de lo que sucedió en América, para cuya vida

social, el Estado no ha ideado otro medio á lo ménos más sencillo que la introduccion del matrimonio civil» (1).

Las observaciones del doctor aleman corroboran nuestra opinion anteriormente manifestada sobre la naturaleza del matrimonio, opinion que hemos sustentado, no sin haber ponderado todas las fuerzas que podian disputar el acierto, y haber conocido que cuantas obras se han escrito (2), y cuantos discursos se han pronunciado en favor del matrimonio civil, obedecen á un principio de conveniencia politica (3),

(1) Son las clases de matrimonio civil, continúa:

1.º Matrimonio civil entre cristianos y judíos. Se distingue porque pretende envolver y confundir el impedimento del culto que establece la Iglesia: (cultus disparitas.)

2.º Matrimonio civil para renitentes.

El Estado puede considerar el matrimonio como una relacion, cuya constitucion de derecho pertenece á la Iglesia, y puede, por tanto, considerar como legal el matrimonio canónico además del matrimonio civil, igualando á ambos en afectos legales, y en este caso tiene que establecer un matrimonio civil ó canónico, de necesidad para aquellos que no profesen una religion determinada. A esos les llama renitentes, etc. *Die civilehe vom Stand punkte des Rechts*, von Dor jur. Max. Lingg. Augsburg. 1870.

(2) Recuérdense el *Grito de un hombre honrado*, las *Observaciones de Buchotte*, el *Código matrimonial* de un abogado del Parlamento, Kaeyser, Jacobson, Krug, Gioja y otros, que fueron contrarestados por Bonald, Chrestien de Poly y Rosmini, en cuanto á la naturaleza del divorcio, y por consiguiente del matrimonio, Portalis, Vazeille y otros el matrimonio directamente.

(3) El italiano Forti interpretó la esencia de esta pron-

y no á una razon suficiente en la metafisica del derecho (1).

De todos modos el triunfo temporal es del Estado (2), y como la ley de matrimonio es civil, civiles serán todas las instituciones anejas al matrimonio, civil el fenómeno juridico ó la institucion de divorcio, civil el juicio que para su declaracion se promueva, el tribunal que lo declare y los efectos á que dé origen.

De aqui la competencia de la jurisdiccion ordinaria, que acaso no debia regir en matrimonios canónicos, pero que ha tomado carta de naturaleza en

---

gada lucha, cuando llamó á su trabajo *Del divorcio e della sua convenienza politica*.

(1) Kant, sin embargo de ser el autor de la metafisica del derecho, ha tenido la desgracia de dar la más grosera definicion del matrimonio. Verdad es, si mal no recordamos, que consideraba más propio para alargar la vida y disfrutar de otros semejantes beneficios el permanecer célibe.

(2) Si no fuera tan incidental esta cuestion en el lugar en que la provocamos hubieramos emitido nuestro juicio; aceptamos la conveniencia del matrimonio civil; creemos que el Estado que tiene instituciones como el Registro de la Propiedad no puede ménos de tener la del Registro civil más necesaria que aquella; creemos que el Estado que ha de definir los derechos de los hijos legitimos ha de intervenir la forma de la legitimidad, el Estado que ha de instituir los alimentos, la sociedad legal etc., el Estado, en fin, á quien compete dar vida á tantas instituciones nacidas del matrimonio no puede ménos de dar una fórmula legal independiente de la religion al matrimonio. Pero ¿no se exigirá en el empadronamiento de ciudadanos el nombre, edad, profesion y religion? ¿no es un

nuestra legislación para todos los casos de divorcio que puedan y deban ser objeto de procedimiento.

La jurisdicción ordinaria es pues la que conocerá de las demandas de divorcio y no podrán invocarse ante ella, ni otras causas, ni otras razones, ni otros motivos que los designados en la ley, ni podrá regirse el juicio de divorcio sino á la manera que otro cualquiera en que se ejerciten acciones civiles y penales.

No nos ocuparemos de la competencia y fuero de lugar, porque es independiente del derecho y tiene sus reglas generales en las leyes de Enjuiciamiento y orgánica del poder judicial á las que debe ser remitido quien conocerlas desee.

---

principio de conveniencia política el que cada uno tenga una religion determinada? Luego debe obligarse á declarar la que se profesa, y si no se profesa ninguna, hágase esta declaracion. Cuando declaren, ahora bien, los que solicitan celebrar matrimonio, que pertenecen á la religion católica, siendo inmoral entre católicos el casarse sin celebrar el sacramento ¿por qué entre los requisitos del matrimonio civil no debia constar el del matrimonio religioso de modo que antes de contraer aquel se celebrara este? El Estado tiene derecho á establecer el matrimonio civil, ciertamente. Pero la sociedad religiosa tiene derecho á que el Estado no permita actos que ofenden sus costumbres, y quien diga que no tiene religion ninguna puede no celebrar matrimonio religioso de ninguna clase; pero sea conocida su irreligiosidad, como una de las notas individuales.

CAPITULO XIX.

DE LAS DISPOSICIONES PRELIMINARES DEL DIVORCIO (1).

§ I.

*Concepto legal de la demanda.*

El divorcio es un resultado de un juicio y el juicio un resultado del hecho, que al compararse con el derecho, exige un procedimiento al que han de acomodarse las partes que contienden y solicitan, y el tribunal que ha de decretar lo que en justicia corresponda.

El procedimiento es el modo de declarar el derecho preexistente, y como la declaracion es una ley aplicada al estado de las personas ó destino de las cosas que son materia de juicio contradictorio, necesitase que los hechos en que se funde la declaracion sean absolutamente exactos para que el derecho sea justamente aplicado.

Toda sentencia es un silogismo.

Un cónyuge ha cometido adulterio; el adulterio da derecho al otro para divorciarse, luego el divorcio debe ser decretado en derecho.

Si la premisa mayor no es verdadera, la sentencia es injusta, es un atentado al derecho de la persona á la que se supone culpable.

---

(1) Sección 2.ª, cap. VII de la ley.

Un cónyuge ha cometido adulterio y le ha sido remitido; la remision del adulterio priva del derecho de divorciarse, luego el divorcio no debe ser decretado.

El adulterio y la remision son dos hechos; si no son verdaderos ámbos, el derecho que haya de declararse, no es derecho, sino violacion del derecho.

Dedúcese de aquí, que en el procedimiento lo más esencial es la consignacion de los hechos; que en el juicio contradictorio ó contencioso son inútiles todas las alegaciones, inútil todo razonamiento é inútil todo esfuerzo de lógica, si no queda solemne, clara, abiertamente probado el hecho que ha de servir de fundamento legal.

Entre los modos de procedimiento, figura como principal, como regulador, el que se conoce con el nombre de juicio ordinario.

Al ser, pues, fuero competente para conocer de los juicios de divorcio el fuero común, ó los tribunales civiles, la ley ha querido el Enjuiciamiento civil y ha tratado de que el juicio ordinario sea el molde en el que ha de vaciarse el procedimiento en las causas de divorcio (1). Y hay la notable diferencia de que considerado el divorcio tanto en su origen como en sus efectos como institucion civil es parte en él, el ministerio fiscal (2), rindiéndose tributo de imitacion á la institucion del defensor de matrimonios (3), creada por Benedicto XIV.

---

(1) Decreto de 23 de noviembre de 1872.

(2) Art. 5.º del decreto citado.

(3) Ese es ó debe ser el principal objeto del ministerio

El ministerio de la ley es tan necesario en estas demandas, como es necesaria en la misma institucion del matrimonio la representacion judicial. Cuantas doctrinas existen, cuantas teorías hemos expuesto para determinar de un modo claro y preciso la índole de la institucion matrimonial, son conducentes á la demostracion de que la voluntad de los cónyuges es una parte de la representacion en que se refleja el interés de la ley, y es otra parte acaso más necesaria el interés de la sociedad respecto á la familia.

Recordábamos tambien, siguiendo el especioso argumento del conde de Bonald, que en el matrimonio no eran dos, sino tres, las personas representadas ó representadas: el marido, la mujer, y lo que la ley representaba, es decir, la sucesion en lo futuro ó la representacion del marido ausente ó los intereses generales de la institucion misma, y decíamos que así como no puede nacer la institucion sin la intervencion de la ley, así tampoco en los divorcios debe prescindirse del mismo ministerio fiscal que defiende en lo posible la continuacion de la sociedad marital ó de la vida comun, procurando amortiguar aquellos resentimientos, entibiar el ardor de aquellas pasiones, de aquellos disgustos que producen el divorcio, escitando la voluntad hácia él.

Nada nuevo á la naturaleza de la institucion ofre-

fiscal, defender en lo posible la continuacion del matrimonio en justa representacion de la ley y de los menores á quienes perjudica el divorcio moral y económicamente á no ser las causas que á ellos afectan (4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del art. 85).

ce la ley; nada que revele un progreso en el procedimiento, no obstante que el procedimiento en esta institucion es sustancial, y él crea y de él nacen instituciones trascendentales, y en él se envuelve la expresion de los más importantes y capitales principios.

No solamente se exige el acto de conciliacion, sino tambien una informacion sumaria y con arreglo al derecho acerca de las causas que dan origen al divorcio, advirtiendole que no será preciso á la demanda siempre que uno y otro de los cónyuges ofrezcan comprobado por documentos solemnes y públicos el hecho en que se funda el divorcio. Estraño es el criterio de esta disposicion legal. Si las causas del divorcio son el adulterio, los malos tratamientos ó la violencia llevada á cabo por alguno de los cónyuges para que el otro cambie de religion, ¿en qué instrumento público, en qué documento solemne podrá la mujer adúltera, ni lo toleraria tampoco su cómplice, estampar la prueba del acto infame que constituye la causalidad del divorcio? ¿Ni qué hechos han de aparecer tan absolutamente comprobados que impelan al juez á una disposicion precipitada que haga viable la demanda de divorcio?

La informacion que la ley exige y la falta de ella que autoriza, son dos conceptos contradictorios que solo se conciben bajo el supuesto de que el legislador se refiera á las demandas de nulidad en las que exista la causa en documentos públicos ú oficiales expresada (1). La informacion sumaria requiere una série,

---

(1) El decreto dice: Artículo 4.º—A la admision de la de-

una exposicion y una narracion detallada de hechos, de causas determinadas, probadas y justificadas debidamente, y capaces y suficientes para producir el derecho del cónyuge inocente á reclamar el divorcio.

Nada son los hechos, nada son tampoco las causas si no se presentan á la atencion de los tribunales con aquel carácter de autenticidad que, si no destierra por completo un juicio contradictorio sobre su mayor ó menor fundamento, es á lo ménos lo bastante para que se crea y conozca su verdad, la suficiencia que ofrece para determinar la causalidad. Aquí la informacion sumaria, anterior al juicio contencioso, anterior á la misma demanda, es, no solo la base y el fundamento necesario del divorcio, sino tambien el elemento sustancial que ha de producirle, la informacion es, en fin, respecto de la demanda, lo que el cimiento respecto del edificio (1); su base, su límite, su extension, su contestura, todo lo que ha

---

manda de nulidad del matrimonio ó de divorcio precederá una informacion sumaria con arreglo á derecho, acerca de la certeza de los hechos ó causas que segun la ley puedan dar lugar á que se declare la nulidad ó el divorcio siempre que unos y otros no aparezcan desde luego comprobados por documentos solemnes, públicos ú oficiales que la acompañen.

(1) Sin esta base, dice la exposicion de motivos del Real decreto, faltaria el verdadero fundamento de un juicio en el cual la simple admision de la demanda produce incalculables efectos en el órden de la familia y aun en el social, por cuya razon merece tanta prudencia la estimacion de los hechos que en el proyecto se exigen, la intervencion de aquellas informaciones y en todos los demás actos del juicio, del Ministerio público.

de ser contenido en el embrion de los hechos que se consignan.

Exige la ley que esta informacion se practique con citacion y asistencia del ministerio fiscal, y que se le comunique la demanda, porque en vano se alegrarán los intereses sociales, en vano se hará presente la razon de la moral pública, si por aguardar á tiempo más oportuno, á época más propicia, se ve privado de ejercitar ese ministerio la severa funcion que le es encomendada, y por la cual se pueden contener acaso las mal aconsejadas pasiones de los cónyuges, se puede ofrecer al tribunal la prueba patente y clara de que la vida comun es imposible, de que los fines del matrimonio no se pueden realizar, y que es de conveniencia social la separacion que la ley permite cuando estas circunstancias se presentan.

## § II.

### *Periodos del juicio de divorcio.*

El procedimiento de divorcio debe dividirse, pues, en dos grandes periodos para la formacion del juicio: el de consignacion de los hechos y el juicio contencioso.

Cuanto á los dos les abona, la conveniencia de traer al tribunal como reo de un delito, si tal nombre puede darse y merece el que origina á la causa del divorcio, ha de quedar sentado, ha de quedar establecido antes de que se dé comienzo al juicio, y á la manera que en tiempo de los romanos era el pretor quien

entendía en las cuestiones de hecho, para que conocido el hecho se le acomodase al Derecho vigente (1), así el acto de conciliación y la información nada prueban, nada previenen, nada disponen respecto de la procedencia ó improcedencia de la demanda de divorcio, pues que ésta ha de resultar de la comparación que se establezca entre el hecho mismo considerado como causa, y la ley en donde la causa tiene su eficacia y produce el divorcio. Los dos períodos que indicamos tienen un tercero, en el que son tan complejos los intereses, tan variados los derechos, que ó se pierden ó toman nueva forma al producirse el divorcio, que parecido el derecho que produce á un árbol de copulenta ramas, da origen á esa diversidad de acciones, hace preciso unir esa multitud de diligencias en que vienen englobados, así los derechos reales como los personales, instituciones como la tutela y la curaduría, que son acaso la salvaguardia de que es necesario proveer á los hijos y protegerlos, cuando se les privan de los beneficios del matrimonio y del gran consuelo de vivir con los autores de su existencia.

(1) Cuya función correspondía al Magistrado. V. Savigny Historia del Derecho Romano, tomo 6.º

## CAPITULO XX.

### DE LAS DISPOSICIONES PRELIMINARES DEL DIVORCIO (1).

#### § I.

#### *Instituciones que nacen con la demanda.*

Cuando los tribunales eclesiásticos conocian de las demandas de divorcio antes de promoverlas, especialmente si era la mujer quien debia ejercitar la accion, se acudia á los tribunales civiles pidiendo su depósito provisional, y sus alimentos tambien provisionales para ella ó para los hijos que tuviera en su poder.

Antes de presentarse y de admitirse la demanda ó al admitirse, existen, pues, como instituciones aunque de carácter de provisional.

1.<sup>a</sup> La separacion provisional de los cónyuges ó el depósito de la mujer, porque prácticamente equivale lo uno á lo otro, aunque la ley designe como dos distintas instituciones estos dos hechos juridicos.

2.<sup>a</sup> La designacion de alimentos á la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre.

Además de estas instituciones pueden existir no solo el depósito de los hijos en poder del cónyuge

---

(1) Sección 2.<sup>a</sup>, cap. VII de la ley provisional de matrimonio civil.

inocente, sino la separacion de ellos y el nombramiento de tutor y curador cuando los cónyuges fuesen culpables, y la adopcion de disposiciones necesarias para evitar que el marido que hubiese dado causa al divorcio, perjudique á la mujer en sus bienes.

Razonemos sobre cada una de estas instituciones.

## § II.

### *Depósito de la mujer.*

Los siglos pasan en vano, y los progresos del derecho civil son insuficientes para que la condicion de la mujer varíe.

O bajo la potestad del padre, ó bajo la potestad del marido, hé aqui el destino de su vida.

Cuando podria á título legitimo salir de esa potestad, cuando puede medir sus armas y fuerzas ante un tribunal contra el mismo marido, es forzoso que quede bajo la potestad de la ley, del tribunal, bajo el yugo del depósito. A la manera, no obstante, que la potestad del marido tiene por compensacion la tutela que debe ejercer ó la proteccion que dispensarle, el depósito tiene doble carácter; ó es una proteccion que la ley concede al privarse de la del marido, y aun para garantizarla de toda violencia que él quisiera ejercer, ó es una limitacion de la libertad de que podria gozar fuera de la casa conyugal.

Este doble carácter responde á un doble objeto, porque si la mujer es la promoviente del divorcio, ha

de ser depositada, y si es promoviente el marido depositada tambien.

Actor ó reo, como quiera que la mujer sea parte en el juicio, como quiera que haya de serlo antes de que el juicio comience, ha de ser constituida en depósito, y es el depósito su sola situacion legal fuera del domicilio comun.

El lugar del depósito suele ser elegido por la mujer, aceptado por el marido y ordenado por el juez.

Los tres elementos comunes á todas las instituciones anejas al matrimonio entran en la constitucion del depósito.

El depósito puede variarse; su duracion puede prolongarse, y sufrir, en fin, todas las modificaciones que son propias de una institucion provisional.

El depósito solo puede ser decretado por el juez del domicilio de la mujer antes de pedirlo, aunque el marido hubiera prestado conformidad á su constitucion por un tribunal incompetente. Si la mujer ausente solicita ser constituida en depósito, y la casa en donde reside en esta calidad merece confianza del marido, no ha de provocar una cuestion de competencia sin que pierda la ventaja á ambos comun del depósito; quien puede promover la competencia es el marido y seguramente se decidirá á su favor (1).

Con el depósito han de ser entregados á la mujer los efectos de su uso (2), decidiendo el juez sin ulte-

---

(1) V. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 Dic. 1871.

(2) Cama y ropa de uso diario, dice la ley (Art. 1285, Enjuiciamiento civil). Suelen suscitarse cuestiones sobre la ropa

rior recurso las cuestiones que sobre esto se susciten.

Constituido el depósito, la mujer está obligada á intentar la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio, sin lo cual, á no ser que haya justificada próroga se alza el depósito y debe restituirse al domicilio conyugal.

A su vez el marido está obligado, y así el juez debe intimarlo, á no molestar á su mujer ni al depositario, bajo apercibimiento de procederse contra él, si desobedeciese la intimacion.

El depósito es ratificable, y de derecho debe ser ratificado despues que la demanda se ha admitido, perdiendo entonces el carácter de provisional y constituyéndose definitivamente (1), aunque no bajo el punto de vista de una separacion definitiva, porque este es el principal efecto de la sentencia en que el divorcio se haya solemnemente declarado (2).

El depósito da ocasion á una multitud de cuestiones graves. Si la mujer que ha de ser depositada vive de una industria, de un comercio ejercido en la misma casa conyugal ¿no debia constituir allí el depó-

---

de la mujer. En las ciudades populosas y en las clases acomodadas debia en nuestro concepto entregarse toda la ropa y alhajas, y aun el carruaje si lo usa. Los autores de la ley han legislado para las gentes modestas ó ignoran que privar á la mujer noble ó rica de lo que usa con arreglo á su clase es castigarla, recluirla. A ella toca vivir con cierto recato, pero no vivir aprisionada ó privada del trato social, y se la priva no entregándola la ropas de uso que varían segun el objeto.

(1) Sent. 13 de noviembre de 1858.

(2) Art. 88 de la ley de Matr. civil.

sito ó atraer á ese domicilio al depositario? ¿no debía salir de ese domicilio el marido, fuera inocente ó culpable? Los bienes de la sociedad conyugal quedan seguramente perjudicados si la mujer es depositada fuera de una casa, en la cual no solo está el domicilio legal sino el establecimiento de la industria de que vive.

En otros países hay jurisprudencia favorable á esta opinion.

El depósito puede cambiarse sin consentimiento del marido en cuanto al domicilio. Lo que rige el depósito es el depositario, y si el depositario muda de domicilio se muda el lugar del depósito.

La mujer tiene obligacion de justificar su residencia en el lugar del depósito, y si pudiera no justificarla en un momento en que sea requerida ¿habrá lugar á que el marido la reconvenga y á que solicite del tribunal el que no continúe la demanda, ó que no se la oiga? (1).

Si durante el depósito de la mujer, el marido procurase la presencia de su concubina, ó ella la de su cómplice ¿se reputarán nuevas faltas las que se comentan? ¿será responsable de las de la mujer el depositario? ¿será considerado como reincidente el marido? ¿cuáles son los límites de las obligaciones y deberes conyugales ó cuáles los derechos durante la constitucion del depósito de la mujer? Todas estas cuestiones

---

(1) Sobre estas cuestiones es abundante la jurisprudencia recogida por Dalloz en su famoso Diccionario. En España se hace sentir la necesidad de una obra como esta. Vazcille, *Marriage*, tomo 2.<sup>o</sup>, ha tratado tambien esta cuestion.

son de suyo graves y aún la jurisprudencia no ha suplido la falta de la ley, aún los tratadistas no la han esclarecido.

### § III.

#### *Depósito de los hijos en poder del cónyuge inocente.*

Cuando en el marido residian absolutos derechos sobre los hijos podria no ofrecerse la cuestion de derecho que motiva la existencia de este caso en la ley. Los hijos pertenecen á ambos cónyuges. La pátria potestad reside en el padre por una simple preferencia. Desde que la madre puede tener esa potestad reside de derecho en ambos y de hecho en el padre solo.

Al intentarse empero el divorcio, se divide la accion del derecho y del deber que reside en la paternidad, y es preciso saber quién de los cónyuges, al ser la mujer depositada tiene derecho á tener á su lado los hijos, en poder de cual de ambos han de ser depositados.

La ley reconoce este poder en el cónyuge inocente.

Parece que el bien debe ser solidario y que la posesion de un título debe atraer los demás.

La inocencia que da derecho á la separacion del cónyuge culpable, no ha de dar por triste compensacion el que se prive de tener en su poder á los hijos.

Estos mismos, apenas la razon les permita conocer cuál de sus padres es inocente, se inclinarán á él, preferirán estar bajo su poder y cuidado.

Nuestras antiguas leyes declaraban, que en caso de departimiento del matrimonio la crianza de los hijos debia pertenecer al cónyuge inocente, así como su guarda «siendo tenudo de dar lo suyo, de que crien los hijos si fuere rico, quier sean mayores de tres años ó menores, el cónyuge por cuya culpa se partió el casamiento» (1).

Aun cuando el matrimonio no se haya partido, rige en las instituciones provisionales el mismo principio general que en las instituciones definitivas. En estas quedan los hijos bajo la potestad y proteccion del cónyuge inocente (2), y en aquellas deben quedar aunque con provisional carácter.

¿Cuál es empero el cónyuge inocente al comen-zarse la demanda ó antes, ó al ser admitida? Antes de la demanda seria precipitada toda resolucio judicial respecto á los hijos si no habia una poderosísima causa que la aconsejara; por ejemplo, el maltratamiento á los hijos, ó la tentativa para prostituirlos ó corromperlos.

Si la mujer ó el marido anunciassen que su demanda iba á fundarse en estas causas, es absolutamente precisa, y debe ser acordada con toda urgencia la separacion de los hijos del lado del cónyuge que tal culpa comete, ó de tal acusacion va á ser objeto.

El depósito de la mujer es una situacion embriónica de la separacion definitiva; el depósito de los

---

(1) Ley 3.<sup>a</sup>, tit. XIX, Part. 4.<sup>a</sup>

(2) Caso 2.<sup>o</sup> del artículo 88 de la ley.

hijos lo es de la potestad y proteccion que han de gozar cuando el divorcio se haya declarado.

El acuerdo judicial sobre este asunto debe basarse, pues, en las reglas siguientes: 1.<sup>a</sup> Los hijos menores de tres años deben quedar en poder de la mujer, aunque ella no les dé lactancia ó aunque tengan nodriza, aumentándose la asignacion de alimentos á esta obligacion. 2.<sup>a</sup> Los hijos mayores de tres años deben quedar en poder del cónyuge inocente y decretarse su depósito al lado del mismo cónyuge, ó al mismo tiempo que el de la mujer si ella es la inocente y los reclama. El depósito de los hijos sigue la suerte legal que el de la mujer (1), que debe aparecer ante la ley como depositaria de ellos: 3.<sup>a</sup> Si los hijos estuvieren emancipados segun derecho, deben elegir por si mismos el domicilio de uno ú otro cónyuge, estando facultados para hacerlo independientemente de los padres y aun del tribunal, á no ser que fuesen favorecedores de la culpa, objeto del divorcio, que en este caso el tribunal podrá, aunque nada dice la ley, hacer prevalecer los respetos y obediencia que, aun emancipados, tienen que guardar los hijos al padre ó madre que se reputen inocentes.

Las leyes y disposiciones legales en esta materia son tan escasas, que toda precaucion es poca para no aventurar juicios ni opiniones.

En las demandas reconvenidas, ó cuando uno y otro, ambos cónyuges, se acusan mutuamente é in-

---

(1) Depositada é inocente.

vocan una excusa de divorcio ¿cuál será el inocente? El caso es grave, pero declaraciones recientes guían en el camino de su resolución. «Cuando los cónyuges, ha dicho el Tribunal Supremo, han promovido uno contra otro demanda de divorcio, y mientras no se decida por sentencia firme, no puede saberse cuál de ellos es inocente y cuál culpable, debe estarse á la regla general consignada en la ley, y considerarse que asiste al demandante el derecho de tener en su guarda y compañía á sus hijos aun cuando sean mayores de tres años (1), entendiéndose siempre provisional (2) este depósito y guarda.

§ IV.

*Del nombramiento de tutor y curador á los hijos cuando son culpables ambos cónyuges.*

Si ambos cónyuges fuesen culpables, admitida la demanda de divorcio, ó antes si la urgencia lo requiere, se acordará el nombramiento de tutor y curador de los hijos y su separacion de los padres.

Antes existia entre las causas de divorcio la de tratarse los cónyuges mutuamente con crueldad (3), y ésta seguramente haria considerar culpables á ambos.

(1) Sentencia de 12 de febrero de 1872.

(2) Sentencia de 17 de diciembre de 1872.

(3) Cán. 6, causa 31, ley 6.<sup>a</sup>, tit. IX, Part. 4.<sup>a</sup>, cap. VIII de la Novela 122 en el Derecho Romano.

En la legislación vigente no puede producirse ningún fenómeno jurídico ni ninguna institución propia del divorcio, si no se promueve el divorcio, y para promoverlo es requisito indispensable que sea inocente el cónyuge que lo promueva.

¿Cómo conciliar el espíritu de estas dos disposiciones? En la sentencia de divorcio son conciliables. El juicio, su procedimiento tardío y su carácter contencioso, pueden dar motivo á la declaración de culpables aplicada á ambos cónyuges; pero antes de que la demanda se admita, ó luego de ser admitida ¿puede saberse si ambos son culpables para privar á los hijos de la potestad de sus padres y ponerles bajo una tutela y curaduría?

La tutela significa la protección á la orfandad. Esta institución, la más bella que registra el derecho; esta palabra, la más grata que ofrece la tecnología jurídica, es un beneficio, un amparo á la orfandad.

¿Se reputarán natural y legalmente huérfanos los hijos cuyos padres han dado motivo al divorcio? ¿La muerte moral será natural, será legal también?

Es posible que los cónyuges no puedan vivir juntos, es posible que ambos, por mútua culpa, no puedan cumplir los fines del matrimonio por lo que á sus mútuos derechos y deberes respecta, y sin embargo puede existir el afecto paternal á los hijos.

Las pasiones livianas, lejos de matar las pasiones naturales, las encienden y avivan. Con el vicio se hace más estimable la virtud, con el amor, en indignos objetos depositado, se pasa á una reacción violenta á favor del sentimiento maternal ó paternal.

Son muchos los cónyuges que sostienen la vida común, no obstante rechazarla en lo más íntimo de su alma por consideración á los hijos; son muchos los que sacrifican su tranquilidad y su reposo á la conveniencia de que sus hijos no presencien el espectáculo de un divorcio.

Así las condiciones de maternidad y paternidad; así el amor y los cuidados, y aun el deseo de sacrificarse en bien de los hijos, suelen no faltar ni en los casos de divorcio más justificado, ni aun existiendo las más graves causas para separarse los cónyuges.

¿Por qué, pues, habrá de separarse á los hijos de uno y otro cónyuge ni provisional ni definitivamente?  
¿Por qué habrá de nombrárseles tutor y curador?

La ley supone que los cónyuges que han violado la ley conyugal, pierden su derecho á la educación y guarda de los hijos; la ley, que los coloca bajo el poder del cónyuge inocente, no podría resolver sobre su colocación si eran ambos culpables, ó admitiría la posibilidad legal de que viviesen bajo el culpable, cuando motivos poderosos hiciesen más inconveniente esta resolución.

Es necesario impedir que dos cónyuges culpables se disputen la guarda de los hijos; es necesario penar su culpa; es necesario evitar en los hijos las malévolas sugerencias que tal vez, inconsideradamente, se permitirá uno de ellos para enajenarles el afecto y la consideración que al otro profesan según ley natural; por eso existe la disposición legal á que nos referimos, por eso esta disposición merece encomio.



§ V.

*Del cuidado y educacion de los hijos durante el juicio de divorcio.*

Si las causas que hubiesen dado márgen al divorcio fueren la de adulterio, malos tratamientos, violencia para que la mujer cambie de religion, ó condenacion á cadena ó reclusion perpétua, es decir, causas independientes de los derechos quebrantados en la persona de los hijos, podrán los padres proveer de comun acuerdo al cuidado y educacion de ellos.

Acordar es resolver lo que parezca acertado en una cosa ó sobre un asunto.

Acuerda el que tiene facultades. Así el juez en el juicio puede acordar lo que esté arreglado á procedimiento, y el marido en la casa lo que corresponda á sus facultades y atribuciones, asi los cónyuges en quienes están divididos el derecho y deberes respecto de los hijos, pueden acordar mutuamente.

La conformidad produce el acuerdo; pero el acuerdo comun supone igualdad de atribuciones y facultades.

¿Tendrán iguales atribuciones y facultades el cónyuge inocente y el culpable para tomar acuerdo sobre los hijos en lo que se refiere á su cuidado y educacion, no teniéndolos en cuanto á la guarda y proteccion?

¿Qué es el cuidado y hasta dónde se extiende? ¿Qué es la educacion y cuáles sus límites? Las palabras que

en una ley se emplean deben contener una significacion cabal ó ser tan conocida, tan difícil de interpretarse torcidamente, que no tema el legislador usarlas.

De esta clase son las palabras: cuidado y educacion.

Cuidar de un hijo es ejercer con él esa funcion de padre ó madre que se dirigen á vigilarle, observarle, encaminarle y proveer á aquellas de sus más inmediatas necesidades.

Educar es desarrollar las facultades intelectuales y morales.

La educacion sobre que pueden ponerse de acuerdo los cónyuges, es la que se refiere á la enseñanza, porque aquel, en cuyo poder han de quedar, les cuidará y educará siendo inocente, y si son culpables ambos, el tutor y curador es á quien puede responder, aunque sea licito y propio el que ambos cónyuges designen la manera de proveer á estas necesidades.

La razon de exceptuar las causas de malos tratamientos, y las tentativas de corrupcion ó prostitucion en los hijos es obvia.

No hay ni puede haber comun acuerdo cuando el cónyuge se ha hecho indigno de que su voluntad se consulte ni se atienda, y nada más palmario que esta indignidad, supuesta la verdad de estas causas.

§ VI.

*Alimentos provisionales.*

Hé aquí otra institucion, acaso la de más importancia entre las que se producen sin salir de las disposiciones preliminares del divorcio.

¿Qué son los alimentos en el sentido legal? En el sentido natural nada más fácil de definirse y conocerse; pero la ley no trascribe nunca el sentido natural de las palabras sin la designacion de conceptos explicativos.

Alimentar es proveer de lo necesario á la subsistencia (1).

Señalar alimentos es dar una cantidad proporcionada á la fortuna del que ha de prestarlos, aumentándose en razon directa de esa fortuna y de las necesidades del que ha de recibirlos, ó disminuyéndose por razon inversa (2).

Los alimentos no son una institucion que nace directamente de la potestad del que solo está obligado á darlos, sino de la necesidad de que subsiste el que tiene derecho á recibirlos.

Hay una obligacion moral y jurídica de señalar alimentos; hay un derecho moral y legal á exigirlos.

---

(1) Entre esto deben constar las medicinas necesarias ó lo preciso para recobrar la salud en caso de enfermedad. Dig. 24, de Verb. Signif. 5.º, tit. XXXIII, Part. 7.º

(2) Dig. de agnosc. , ley 2.º, tit. XIX, Part. 4.º

¿En qué se funda la obligacion? ¿De dónde nace el derecho?

La obligacion moral se funda en el principio de que ha de ser socorrido y alimentado aquel cuya vida depende de la nuestra bajo una ley de relacion (1) moral. La obligacion jurídica nace del régimen del matrimonio. «En general, dice Laurent, los esposos se casan bajo el régimen de la comunidad legal; en este caso la mujer no tiene ninguna renta, aunque tenga bienes personales, puesto que el marido es quien de ellos disfruta..., y si la mujer no tiene rentas, es preciso, naturalmente, que el marido le pague una pension alimenticia para que pueda atender á sus necesidades durante el curso de la demanda (2).»

Aun cuando la mujer sea adúltera tiene derecho á los alimentos (3).

Mientras dure el matrimonio, mientras no se rompa el vínculo conyugal aunque cese el deber de la cohabitacion, subsisten los demás deberes, subsiste el de socorro, y pues que el socorro no puede ser recibido en el domicilio conyugal, es forzoso convertirlo en pension alimenticia (4).

---

(1) Obligacion significa ley, de *ob-ligare*, *ob-legem*.

(2) Laurent, tomo III, ob. cit.

(3) Dalloz, *Mariage*, núm. 640 para la jurisprudencia francesa. Entre nosotros es tambien legal la asignacion de alimentos á la mujer adúltera, segun se deduce del art. 88, caso 6.º de la ley.

(4) Laurent, pág. 78.

La ley concede derecho á pedir alimentos á aquel que presente título suficiente.

El título suficiente es la partida de casamiento, y no solo es título para pedirlos, sino para regularlos segun el caudal del que ha de señalarlos y las necesidades de quien los solicita.

Toda la jurisprudencia es unánime en considerar que el título justificante y la formalidad de la petición por escrito, dan derecho á los elementos.

No se olvide, sin embargo, que tiene el carácter de provisional esta institucion.

### § VII.

#### *Alimentos á los hijos.*

Derecho tan eficaz, y acaso más fundado, tienen los hijos á reclamar alimentos del padre, y la legislación en este asunto es más abundante y explicita.

Los hijos han de quedar en poder del cónyuge inocente, y si es el padre no habrá para qué pedir alimentos, porque continúan á su lado en su domicilio y bajo su cuidado y proteccion. Pero cuando el cónyuge inocente es la mujer, y los hijos han de ser depositados en poder de ella, salen del domicilio paterno, y el cuidado, que es funcion necesaria y las demás funciones propias de la paternidad, siendo deberes de que no se exime ni puede eximirse el padre que da motivo al divorcio, han de cumplirse de aquel modo que la necesidad y las circunstancias aconsejen.

Decimos paternidad, y no pátria potestad, porque creemos como un ilustrado jurisconsulto contemporáneo (1), que la causa inductiva de los alimentos no es la pátria potestad, porque muchos que de ella carecen tienen que darlos.

En los alimentos á los hijos, con relacion al caso presente, es precisamente lo contrario.

El hecho de perder la pátria potestad, el hecho de que el ministerio de la ley le prive de ella, envuelve la necesidad de que señale alimentos á los hijos.

Los alimentos son, pues, una institucion supletoria de la obligacion natural (2) y juridica, de tener á su lado, socorrer y satisfacer las necesidades de la vida en los hijos.

La cantidad que se señala es una fórmula, una expresion racional de lo que costaria en el domicilio conyugal la persona en quien recaen.

Por esto se regulan las necesidades preentorias y

---

(1) Gutierrez Fernandez, *Códigos, etc.*, tomo I, pág. 532. La misma ley lo indica así cuando dice que la obligacion de dar alimentos nace desde que los *necesita para subsistir* la persona que tiene derecho á exigirlos. Art. 74 de la ley.

(2) Bellisimamente á este propósito, dice la ley 2.<sup>a</sup>, título XIX, Partida 4.<sup>a</sup> «Claras razones é manifiestas son porque los padres son tenudos de criar á sus hijos. La una es movimiento natural, porque se mueven todas las cosas del mundo á criar é guardar lo que nasce de ellas. La otra es por razon del amor que an con ellos naturalmente. La tercera es porque todos los derechos temporales é spirituales se acuerdan en ello, etc.»

la cantidad con que debe subvenirse á ellas, siendo facultativo en el tribunal el designarla, dado el conocimiento del caudal de la persona (1) que debe satisfacer la deuda alimenticia como en otros países se llama á esta institucion; considerando que el deber natural se transforma en deber legal, y por su carácter de expresion cuantitativa, merece llamarse deuda.

Ninguna cuestion que ofrezca duda en este asunto ha sido provocada por los juristas; ninguna cuestion de extricto derecho ha sido sometida á la decision del Tribunal Supremo. La jurisprudencia aclaratoria se limita á simples cuestiones de procedimiento, aunque recae en juicios contenciosos, en que se ventila la accion civil sobre alimentos (2).

---

(1) Art. 1210, caso 3.º de la Ley de Enjuiciamiento, y 73 de la Ley de Matrimonio.

(2) El Sr. Zúñiga, presidente de Sala del Tribunal Supremo, en su utilísima obra sobre la jurisprudencia, parte 1.ª, tit. II, expone con claridad la doctrina, tanto de procedimiento como de derecho.

CAPITULO XXI.

DE LA DEMANDA DE DIVORCIO.—(Continuacion.)

§ I.

*De las otras disposiciones preliminares de la demanda de divorcio.*

Evitar que el marido que hubiese dado causa al divorcio perjudique á la mujer en la administracion de sus bienes, es otro de los objetos que requieren especial acuerdo del juez antes de admitirse la demanda ó luego de admitida (1).

El marido es administrador legal de la mujer durante el matrimonio (2), y hasta que por ejecutoria se declare el divorcio (3); es el usufructuario de la dote; es tambien de los bienes gananciales, de los que pertenecen á la sociedad comun.

Como administrador de esos bienes puede administrar bien; es decir, de modo que no se cercenen por su voluntad los productos, que no pierdan en integridad de su valor, que no se produzcan necesidades injustificadas que graviten sobre los bienes comunes, porque esto perjudica á la mujer.

Los bienes inmuebles pueden ser perjudicados; á

(1) Caso 4.º del art. 87.

(2) Art. 45 de la ley.

(3) Art. 47, id.

nadie se oculta que en un monte y en una propiedad rústica cualquiera se puede hacer un gran perjuicio; que una propiedad urbana puede asimismo perder de su valor, por una administracion descuidada ó intencionalmente perjudicial. Y si los inmuebles pueden perder ¿qué será de los bienes muebles? En estos hay hasta la posibilidad de enajenarlos, porque el marido tiene ó se supone con derecho sobre ellos.

En los bienes muebles hay y puede haber un capital, y éste no es administrado, si no utilizado; no es objeto de administracion, pero puede serlo de venta, y ¿los derechos de la mujer? ¿deberá tomarse alguna disposicion preventiva que evite esta enajenacion? En otros países, en Francia hay disposiciones terminantes sobre este punto, y una jurisprudencia formada que no permite duda (1).

Entre nosotros es preciso regirnos por la legislacion antigua, la legislacion de la edad media, en cuya época si significaban poco los bienes muebles, significaban poco los derechos de la mujer fuera de los bienes dotales inmuebles.

§ II.

*De los bienes muebles.*

¿Por qué al hacerse el depósito, si la mujer lo requeria, no debia formarse un inventario de bienes

---

(1) Dalloz, verb. cit., núm. 641.—Laurent, pág. 304.

muebles prohibiéndose al marido su enajenación? «La garantía de la acción pauliana, dice un autor, no ha parecido suficiente al legislador por lo que concierne á los efectos muebles de la comunidad matrimonial. En efecto, es difícil conocer la suerte de estos bienes en manos de un tercero; se traspasan ó se ocultan fácilmente. Para asegurar los derechos de la mujer, la ley se permite requerir la imposición de sellos, que no se levantarán si no haciendo inventario, y con la obligación, por parte del marido, de volver á presentar las cosas inventariadas, ó responder de su valor como depositario judicial. ¿Se deduce de aquí que el marido no pueda enajenar los objetos inventariados? La cuestión ha sido objeto de controversia... pero el espíritu de la ley no ofrece duda; quiere dar á la mujer una garantía, y si el marido puede enajenar los efectos inventariados, ¿dónde está la garantía (1)?

De modo que aunque entre nosotros no haya una regla fija á la que deban atenerse los tribunales para adoptar estas disposiciones, hay la facultad de adoptarlas, y á instancia y en virtud de las razones que la mujer exponga, pueden conocer cuáles sean las disposiciones que deban adoptarse.

El objeto de esta facultad es conocido, y acaso con el tiempo parezca más justo y más eficaz que la

---

(1) «¿La mujer tiene necesidad de autorización marital para requerir estas medidas?» se pregunta despues este autor, y cita la jurisprudencia, segun la cual debe la mujer pedir autorización al juez.

disposicion del Código civil extranjero que hemos citado, que si es cierto que estas disposiciones, vagas en el derecho civil, pueden desdecir de esos progresos de la legislacion, que aconsejen una exposicion definida, tambien lo es que en el caso presente seria difícil imaginar el modo de perjudicar á la mujer en la administracion de sus bienes, para que el tribunal pudiese adoptar las disposiciones á que se refiere la ley.

## CAPITULO XXII.

### DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO.

#### § I.

##### *Concepto legal.*

Siendo eficientes del divorcio las causas que la ley señala, el divorcio debe producirse por una razon lógica. Pero el divorcio rige instituciones que le son propias, y que tienen el nombre de efectos del mismo divorcio, porque la causa y el juicio contencioso tienen por fin esos efectos, se dirigen á conseguirlos.

La causa en virtud de la cual es permitida á un cónyuge reclamar el divorcio, la reclamacion, la defensa del cónyuge, á quien implícitamente se acusa cuando se pide contra sus derechos la facultad de la vida separada, todo esto tiene un nacimiento y desarrollo y un fin propios y comunes á todos los juicios, á todo procedimiento seguido entre partes, y ese fin ese el que produce los efectos; el que fija la situacion definitiva de los cónyuges, de los hijos y de los bienes que corresponden á la mujer y aun á la sociedad comun.

XXX § II.

*Sentencia ejecutoria de divorcio.*

El divorcio, como todo juicio contencioso, termina con una sentencia ejecutoria. Hasta obtener esa sentencia, cualesquiera que sean los estados del juicio, todo tiene el carácter provisional, y la demanda no sale de ese periodo, ni tiene otros efectos que los de su admision.

La sentencia definitiva es una declaracion de derecho, contra la cual no hay recurso de ningun genero, y esta declaracion ó se verifica despues que las partes, pasando de uno en otro tribunal han llegado al Supremo, en donde las declaraciones son ejecutorias, ó dentro de los mismos tribunales, no aprovechados los términos para la apelacion, se ha consentido la sentencia definitiva que se haya pronunciado.

La sentencia ejecutoria es lo único que puede producir los efectos del divorcio, tanto con relacion á las personas, como con relacion á los bienes de los cónyuges ó en general del matrimonio.

La ley romana era abundante y fecunda en este punto, y no ménos fecundos han sido despues todos los ensayos que se han hecho para acomodar el destino de los bienes, al destino de las personas. Así es que toda causa de divorcio lleva, segun un principio general, el castigo de la privacion de los bienes tanto morales como materiales, y toda inocencia como propia y capaz para promover esta demanda, lleva las

singulares ventajas que deben favorecer á la parte que ha respetado estipulaciones solemnes, que ha cumplido obligaciones contraídas, y á la cual no es, en modo alguno imputable ningun perjuicio que se siga dentro de la sociedad conyugal.

Son varios los efectos que produce la sentencia ejecutoria del divorcio.

La ley civil los enumera á todos bajo la designacion de determinados casos, y el primero de ellos es la separacion definitiva de los cónyuges.

### § III.

#### *Separacion definitiva.*

La palabra definitiva tiene una significacion ya dentro del derecho formando estado particular, ya dentro de las leyes de procedimientos. Definitivo es lo que causa estado, lo que fija de un modo concluyente el derecho, lo que da fin á la contienda, lo que no admite en un período del juicio otra resolucíon, ni favorable, ni contraria. La parte cuya reclamacion es atendida por los tribunales, obtiene la definicion de su derecho al tiempo que el fin del juicio, cuando definitivamente se declara. Tal es el doble concepto, tal es el complejo significado de la palabra definitivo.

¿Qué será, pues, la separacion definitiva de los cónyuges, como efecto primordial, inmediato del juicio de divorcio? Esta separacion ofrece un sentido antagónico de la separacion provisional, que es objeto de una preliminar disposicion del divorcio.

En tanto se llama separacion provisional de los cónyuges, el acto de depositar á la mujer al disponerse y prepararse el juicio del divorcio, en cuanto que no se ha previsto ni prejuzgado, ni con anterioridad resulta nada respectivamente al fondo de razon y de justicia con que puede pedirse el divorcio ante los tribunales, y en tanto se llama separacion definitiva, en cuanto que nada de provisional tiene, nada prejuzga, sino que por el contrario lo resuelve y con una resolucion que causa estado de derecho.

La separacion definitiva es el divorcio consumado. No obstante la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Rota, que alguna vez ha señalado á la separacion definitiva un plazo de diez, veinte ó treinta años, no le ha fijado ninguno la ley civil.

Suponiendo imposible moralmente la vida comun de los cónyuges, suponiendo justísimas las causas alegadas del divorcio, creyendo que el propósito de divorciarse es ante la ley continuo, exige, y lo han exigido multitud de Códigos para la separacion definitiva, una firme decision de la voluntad hácia un fin constante, preciso y determinado, y cree que el divorcio durará toda la vida de los divorciados.

No hay ni otra limitacion ni otra disposicion que pueda cercenar el carácter absoluto que ésta tiene, sino la libre voluntad, el libre consentimiento de los cónyuges, si acuerdan volver á reunirse, y hacen de este modo posible la vida comun.

La ley no puede contrariar este sentimiento natural, la ley no puede vedar este sacrificio hecho en beneficio de la sociedad en general; no puede dejar de

considerar en lo que vale este afecto que mutuamente se profesan los cónyuges divorciados, cuando permite dar á la separacion definitiva una limitacion que le impone la misma voluntad asistida de un derecho.

#### § IV.

##### *Destino de los hijos despues del divorcio.*

Otro de los efectos del divorcio consiste tambien en ser puestos los hijos bajo la potestad y proteccion del cónyuge inocente, y aquí el destino de los hijos es el objeto de mayor cuidado y de mayores atenciones de parte de la ley civil.

Los hijos están bajo la salvaguardia de una disposicion, en la que rindiéndose el debido tributo á la inocencia, interpretándose el sentimiento de los mismos hijos que han de preferir la potestad inocente, víctima del atentado que ha sido causa del divorcio, y no en modo alguno la de aquel de ellos que, olvidando los respetos debidos á la fê conyugal, no meditó los inmensos perjuicios que habian de seguirse, fué la causa principal, el que dió origen á ese estado de derecho, en el cual, desaparecen las naturales condiciones, los objetos santos de la vida conyugal, y se atenta, en cierto modo, al porvenir de los hijos, al porvenir de la prole, á su educacion, al desarrollo de su vida, á sus sentimientos morales, á sus creencias, tal vez, á todos los importantisimos objetos que lleva consigo la institucion de la pátria potestad.

Cuando la ley coloca á los hijos bajo la potestad



y proteccion del cónyuge inocente, considera plenamente probado, fuera de toda duda y de discusion, el que haya uno de los cónyuges, aquel á quien asiste la inocencia declarada de tal modo que no permita duda de ningun linaje para atribuirle la patria potestad.

El principio general de derecho es absoluto; salvo aquellas reglas de la naturaleza, que el legislador no puede omitir, no puede contrariar como la de que conserve el cuidado de los hijos menores de tres años la madre, á no ser que á juicio del tribunal no deba concederse por razones que se desprenden de las mismas circunstancias que acompañan al juicio de divorcio, y que son suficientes para negar este derecho.

El que no tiene tres años vive en la lactancia, y puesto que en esa edad de la vida la madre se considera necesaria, sin que haya otros motivos que una enfermedad física, ó la imposibilidad de cumplir los fines de la maternidad en ese período que tanto cuidado, tanto cariño exige, y que la ley tiene racional conyencimiento existe, la ley ha de seguir el principio de la naturaleza. No obstante, cumplida esa edad en el hijo, se siguen los preceptos de la ley civil, que dispone en general que vengan los hijos á poder del cónyuge inocente y que estén bajo su proteccion.

Habiamos indicado ya, al tratar de disposiciones preliminares del divorcio, el caso probable en que apareciesen en el juicio motivos bastantes para creer culpables á ambos cónyuges, que no por que uno de ellos sea objeto de delito, de un atentado, encarnábase en él ó se personificaba la fé conyugal.

## CAPITULO XXIII.

### PRIVACION DE LA PÁTRIA POTESTAD AL CÓNYUGE CULPABLE.

#### § I.

#### *Concepto legal de la pátria potestad.*

«Poder e señorío han los padres sobre los fijos segun razon natural, e segund derecho. Lo uno porque nascen dellos; lo al, porque han de heredar lo suyo,» dice el Rey Sábio (1). En nuestra potestad están nuestros hijos de legitimo matrimonio procreados, decian los romanos (2).

«De todos los poderes, decia Montesquieu (3), es el del padre, aquel de que se abusa ménos; es la pátria potestad la más sagrada de las magistraturas, la única que no depende de convenciones, porque las ha precedido á todas. Se advierte que en los pueblos, en donde se pone en mano de los padres las recompensas y los castigos, las familias viven mejor; los padres son imágen del Criador del universo, quien aunque pueda atraer á sí los hombres por su amor, no deja

(1) Poem. del tit. XVII, Part. 4.<sup>o</sup>

(2) Jus autem potestatis quod in liberos habemus proprium est civium romanorum. Qui igitur ex te et tua uxore nascitur in tua potestate est, etc. Inst. Lib. I, tit. IX.

(3) Lettres persannes, lettre LXXIX.

atraerlos tambien por motivos de esperanza y de temores.»

La pátria potestad, sin embargo, es un concepto legal que ha perdido su significacion antigua. La potestad no existe en el sentido que los romanos la tomaban, ni aun en el que la tomaran nuestras antiguas leyes.

Hoy el padre no puede castigar á sus hijos sino de moderadas maneras (1); hoy no tiene poder alguno, señorío alguno, el padre sobre los hijos (2). El trabajo de estos puede ser en beneficio del padre y en beneficio propio; el padre que se obstinase en traer á su lado al hijo, que puede vivir independiente con cierta honradez (3) fuera de la casa paterna, podria no lograrlo.

---

(1) Art. 65 de la ley, caso 3.º

(2) No es señorío el derecho de que vivan en su compañía, porque el concepto de compañía rechaza el de servidumbre, ni el de representarlos en juicio en los actos juridicos que les sean provechosos, castigarlos moderadamente, hacer suyos los bienes que adquieran *con el capital que los mismos padres hubieren puesto á su disposicion*, administrar ó usufructuar los bienes que hubieren adquirido á título lucrativo ó por su trabajo ó industria, todo lo cual constituye los efectos de la pátria potestad, segun el art. 65 de la ley. Debia serle agregada la facultad de disponer con quién haya de estar ó bajo qué cuidado vivir el hijo despues de muertos los padres.

(3) El hijo que obtiene un empleo ó cargo público, que confiere jurisdiccion y atribuciones, que impone á quien lo ejerce responsabilidad personal de sus actos, está fuera de la pátria potestad, porque sujetándole ésta á la voluntad de otro, obstaría al libre desempeño de aquel, produciéndose una incompatibilidad legal. Sentencia de Casacion de 11 de mayo de 1866.

Sin embargo, la potestad, aunque sometida á leyes humanas naturales y morales, es un bien propio de la paternidad. Aquel que produce tiene cierto poder sobre lo producido; aquel que crea, cierto poder sobre lo creado, y la potestad, que es una condicion superior (1) del hombre, la tiene en la casa, la tiene sobre los hijos, aunque como condicion racional, está subordinada á la razon y á la ley que exige la legitimidad para gozar de ella (2).

Dedúcese, pues, que todo ejercicio de patria potestad, que no es conforme á la razon, es abusivo. La razon aconseja que esa ley de amor de padre á hijo sea viva y eficaz constantemente, para que ningun acto del padre desdiga del amor, por el cual somos compelidos á procurar los bienes que estén en nuestras manos á favor de la persona amada.

Todo lo que sea extraño á ese amor supone una verdadera usurpacion de la potestad patria, y las leyes privan al padre de esa potestad cuando ha dado motivo para que se le prive de ella.

En nuestra legislacion de Partidas habia casos especiales en que se entendia perdida la patria potestad. Desampararlos por vergüenza, ó crueldad, ó maldad, echándolos á las puertas de las iglesias ó de los

---

(1) A este propósito dice Sto. Tom., 2.<sup>a</sup>, 1.<sup>o</sup> Omnia enim appetunt assimilari Deo, tanquam ultimo fine et primo principio. Sed homines qui in potestatibus sunt propter similitudinem potestatis maxime videntur esse Deo conformes.

(2) Ley 2.<sup>a</sup>, tit. XVII, Part. 4.<sup>a</sup>, Sent. 26 de abril 1866.

hospitales (1), era uno de los modos por los que se perdía.

§ II.

*Privacion en cuanto á los bienes.*

Viniendo ahora al objeto presente debemos examinar la extension de significado que puede tener la ley al declarar que, mientras viva el cónyuge inocente, queda privado de la patria potestad y de los derechos que lleva consigo sobre las personas y bienes de los hijos el cónyuge culpable, despues que causa ejecutoria la sentencia de divorcio.

Es un principio que la ley reconoce, el que corresponde al inocente la potestad de los hijos antes y despues de ser declarado el divorcio (2).

El efecto del divorcio está en armonía con la disposicion preliminar, y las razones que á ésta abonan no son á aquel extrañas.

La ley ha acentuado su disposicion al asegurar que no solo es la patria potestad como fórmula legal lo que pierde el cónyuge culpable, sino sus derechos sobre las personas y bienes de los hijos.

¿Cuáles son los derechos de un cónyuge sobre los hijos? Todos ellos están comprendidos en el concepto de patria potestad.

¿Cuáles son los bienes?

(1) Ley 4.<sup>a</sup>, tít. XX, Part. 4.<sup>a</sup>

(2) Caso 3.<sup>o</sup>, art. 88, y caso 2.<sup>o</sup> del 87.

El hijo puede tener bienes propios. Los peculios aunque cambie el carácter de la institucion se perpetúan. El hijo no está incapacitado de adquirir ni de poseer (1), y la personalidad civil de que goza la tiene desde el momento en que nace.

Cuantos bienes adventicios (2) tenga el hijo, que por razon de páttria potestad deba administrar el padre, serán administrados por la madre si es inocente, ó por el tutor y curador si el padre y madre hubieren dado ocasion al divorcio.

Así, pues, se pierden los derechos sobre las personas de los hijos y sobre sus bienes, con haber sido declarado autor de la causa del divorcio.

### § III.

#### *Readquisicion de la páttria potestad.*

La páttria potestad vuelve á recobrase á la muerte del cónyuge inocente, si la causa que hubiere dado margen al divorcio no fuera de los malos tratamientos de obra inferidos á los hijos, ó la tentativa para corromperlos ó prostituirlos, ó la complicidad en su corrupcion y prostitucion.

(1) Así lo supone el caso 4.º del art. 65. El art. 66 dice que no adquirirán la propiedad ni el usufructo, ni la administracion de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo ó industria si no viviere en su compañía.

(2) Sive de munificentia Regis aut de patronum beneficiis, etc.

Esta disposición legal está en armonía con la que incapacita á los cónyuges para un acuerdo comun sobre la educacion de los hijos (1), con la que les incapacita para hacer que cesen los efectos del divorcio mediante la reconciliacion ó consentimiento en volver á reunirse (2), con la que exige el nombramiento de tutor y curador para los hijos (3).

La armonía de estas disposiciones solo existe, solo puede existir con la firmeza de ese principio, que recomienda á la inocencia el goce de los derechos de patria potestad, y en general todos los beneficios que puedan quedar al disolverse ó romperse el vínculo de la vida comun.

A la muerte del cónyuge inocente, dice la ley, recobrará el culpable, mujer ó marido, padre ó madre (4) la patria potestad.

¿Por qué á la muerte, y no en otro caso cualquiera? Supóngase que el cónyuge inocente sufre una enajenacion mental, se hace pródigo, pierde aquella severidad ejemplar, necesaria á la educacion y guarda de los hijos, ¿cómo podrá gozar de ese beneficio ó de ese derecho que la ley reconoce? No puede.

Y si el cónyuge inocente se incapacita ó inhabilita para el ejercicio de este derecho ó á la patria potestad, ¿no deberia considerársele legal ó civilmente muerto para reintegrar al culpable en ese derecho?

---

(1) Art. 87, caso 2.º

(2) Art. 89.

(3) Art. 88, caso 2.º

(4) Art. 64.

¿No sería escusada la resolución de proveer á los hijos de una tutela que ofende al cónyuge á quien debería ser transmitida por una ley de necesidad la potestad y administración de sus bienes?

Nada que sepamos se ha resuelto sobre este punto; pero desde luego podemos creer que las resoluciones se dirigirán en favorable sentido á la opinion que hemos manifestado.

Añade la ley que, la privación de patria potestad y sus derechos no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que tuviere para con sus hijos.

El proyecto de Código civil contenia en su artículo 83 la misma disposición, y un jurisconsulto contemporáneo dice á este propósito: «La pérdida de la patria potestad es una pena, y por la pena pueden perderse derechos, nunca dispensarse obligaciones; subsistirán, pues, las de los padres culpables para con sus hijos inocentes (1).»

### § V.

*Pérdida de lo dado ó prometido por el cónyuge inocente.*

Este efecto del divorcio es de suma conveniencia y de indudable justicia.

Lo dado y prometido es condicional; es en re-

---

(1) García Goyena. Comentarios, motivos y concordancias del Código civil español, tomo I.

compensa de aquella solicitud, de aquel cuidado, de aquella fidelidad y constancia que el cónyuge que da ó promete tiene derecho á esperar.

A nadie se le ocurre ser dadivoso ni pródigo con quien tales y tan graves daños, como los de la violacion de la fé conyugal, haya de producir.

En Roma es bien sabido que perdía el cónyuge culpable su dote y sus bienes que ganaba el inocente.

Entre nosotros sucede lo mismo, y nuestra legislacion antigua y moderna está en ello conforme, sobre todo en cuanto á la pérdida por parte de la mujer adúltera, y la herencia de sus bienes por los hijos (1).

Tambien se pierde la conservacion de lo recibido por el inocente, el cual lo conservará y tiene derecho á reclamar lo que se prometiera por el culpable.

Razon es que no pierda en nada sus derechos ni sus beneficios, aquel que manteniéndose fiel á lo convenido, fiel á sus deberes, y tanto más meritoriamente cuanto ménos acreedor á la fidelidad fuera el otro, razon es, decimos, para que esta disposicion legal exista.

La locucion «desde luego» empleada por la ley, indica desde la efectividad del divorcio, desde que el divorcio entra en el período de sus efectos, tanto con relacion á las personas y á los bienes como con relacion á los hijos.

---

(1) Ley 1.<sup>a</sup>, tit. XXVIII, lib. II, Nov. Recop., que concuerda con la 11, § 3.<sup>o</sup>, tit. V, lib. XLVIII, Dig.; 8, §§ 4 y 5, tit. XVII, lib. V, Cód. y Nov. 117, cap. VIII.

§ VI.

*Separacion de bienes de la sociedad conyugal.*

La sociedad conyugal es la primera y la más importante de las sociedades civiles.

Sociedad legal se llama la por antonomasia, acaso porque se forma bajo el patrocinio de la ley exclusivamente.

Nada convienen, nada contratan, en nada interviene la voluntad de estos dos asociados. La ley del matrimonio que corresponde al efecto, el vínculo conyugal que corresponde á la union de dos seres queridos es cosa distinta de la sociedad conyugal.

Nada deben contratar dos voluntades dedicadas la una á la otra, debiendo cada una buscar el beneficio de la otra.

En la constitucion de sociedades el objeto principal es el bien de los asociados, como resultado del bien comun.

En la sociedad legal los asociados nunca procuran su bien, sino el del cónyuge ó ambos el bien de la casa, de la prole.

Al separarse la mujer y el marido por sentencia de divorcio, siendo la vida comun el alma de la sociedad legal; siendo la vida comun el objeto y fin, el más preciado interés de esa sociedad, ¿cómo habria de subsistir indivisiblemente?

Al partirse el casamiento ¿no se partirán los bienes que el casamiento ha producido? ¿No se partirán habiendo nacido ó producido por el esfuerzo de uno y otro, la mujer con la economía y arreglo y direc-

cion de la casa, y el hombre con la administracion de los bienes?

El marido pierde, si él ha dado causa al divorcio, la administracion de los bienes de la mujer, si ella los reclamare, y vice-versa, los conservará siendo inocente (1), no teniendo la mujer otro derecho que el de alimentos.

Tales son los efectos del divorcio ejecutoriamente declarado, tan grandes las perturbaciones que introduce en la familia, tan dignos de estudio los fenómenos jurídicos á que da origen esta parte del derecho, la más interesante, y sin duda la más lógica, porque el derecho penal queda sacrificado al derecho civil; las causas, siendo delitos, no tienen otra responsabilidad, excepcion sea hecha del adulterio, que la responsabilidad especial, eminentemente civil, que los efectos de divorcio traen consigo.

La privacion del cuidado de los hijos, de la potestad sobre ellos, de la administracion de los bienes de la mujer, la separacion, etc., ¿no son verdaderas penas de la violacion de los derechos conyugales?

Preguntad, preguntad á los que viven divorciados; ved esas casas arruinadas, esas familias agobiadas de penas y disgustos, y objeto de conversaciones pocos respetuosas, esos nombres sobre los que recae nota, y esas pesadumbres constantes, y comprendereis que sin necesidad de que la ley señale correctivo, la misma naturaleza de las cosas trae un castigo para los que han dado causa al divorcio.

---

(1) Casos 5.º y 6.º del art. 88.

## CAPITULO XXIV.

### DE LA RECONCILIACION DE LOS CÓNYUGES DIVORCIADOS.

#### § I.

#### *Concepto legal.*

Dice la ley (1) que el divorcio y sus efectos cesarán cuando los cónyuges consintieren en volver á reunirse, debiendo poner la reconciliacion en conocimiento del juez ó tribunal que hubiere dictado la sentencia ejecutoria del divorcio.

Hemos manifestado en otra ocasion que el divorcio es una institucion por la cual se toleraba á los cónyuges que viviesen separados, despues que solemnemente, ante el ministerio de la ley, y mediante requisitos de gran significacion se habia contraido el matrimonio; y toleraba la ley esta separacion, no porque sacrificase el interés de la institucion del matrimonio al interés personal del cónyuge que la pedía, sino por considerar que existiendo cualquiera de las causas de divorcio, seria difícil la continuacion de la vida comun con aquella eficacia y forma que la ley exige para que el matrimonio cumpla sus morales y sociales fines, y el interés de la sociedad exigia que no se malograra en modo alguno esta institucion,

---

(1) Artículo 89.

debiendo oponerse incondicionalmente á los propósitos de divorcio invocados por un cónyuge en quien existiese razon bastante para invocarlos.

Todo esto significa que hay en la ley y en la sociedad una mira constante en favor de la vida comun; que hay en la ley y en los tribunales un deseo constante de que no exista causa, por la cual un cónyuge intente el divorcio, ó de existir sean conciliable con la prosecucion de la vida comun, ó de no serlo y producirse el divorcio, exista algun dia el reconocimiento de parte del cónyuge culpable, y el perdon de parte del inocente para que sea viable en lo sucesivo la continuacion de la vida conyugal.

Del mismo modo que la Iglesia, en donde existia en toda la mayor perfeccion que se conoce, la institucion del matrimonio era defensora infatigable de la reunion de los cónyuges, y al dictar la sentencia de divorcio, á no ser por una de esas causas estupendas, nunca consentia en que los cónyuges se separasen á perpetuidad, así la ley civil no lo consentiria tampoco, si no fuera confiando en que una posible reconciliacion, siendo la causa leve, ha de suplir la disposicion legal que con este objeto se dictara.

Es cierto, ciertísimo, que si la causa de divorcio no nace de una predisposicion al mal, de un hábito que difícilmente se pierde, sino de una alucinacion, de una época de prueba para los cónyuges, existe tambien ese buen deseo de parte de cada uno de reconciliarse algun dia, consintiendo en volver al seno de la vida conyugal.

Cuando ese consentimiento se determina de un

modo firme en la voluntad de cada uno de los cónyuges, cuando desean volver á reunirse y se resuelven á hacerlo, la ley no debe cerrarles las puertas, admitiendo que tal vez el matrimonio pasado por el crisol de grandes amarguras y de grandes disgustos, servirá para el cumplimiento de los fines de la vida conyugal, tan propia y tan eficazmente como si nunca hubieran existido las causas ni hubiera debido producirse el divorcio.

## § II.

### *Necesidad de comunicar la reconciliacion al tribunal que decretó el divorcio.*

El estado del divorcio, pues, cesará desde el momento en que los cónyuges se resuelven á vivir juntos; pero del mismo modo que existiendo una causa no han podido separarse sin la intervencion del ministerio judicial, así tampoco deben volver á reunirse sin poner la reconciliacion en conocimiento del mismo juez ó tribunal que hubiese dictado la sentencia ejecutoria de divorcio.

¿Por qué la ley exige tan solamente que la reconciliacion de los cónyuges se ponga en conocimiento del juez, y no exige un nuevo procedimiento por el cual, de conformidad las dos partes demuestren las razones que tienen para anular la sentencia ejecutoria ó renunciar al derecho que les concede de vivir separados?

Ciertamente que esta disposicion está en armonia

con los principios generales del derecho civil (1), que aconsejan que para aquello en que dos partes se convienen siempre que no se oponga á alguna de las leyes, ó á alguna de las reglas de derecho que las leyes establecen se hace innecesario un procedimiento.

El divorcio, por consentimiento mútuo, está prohibido, y con razon, porque el consentimiento mútuo seria contrario al principio que rige la institucion del matrimonio; pero la reconciliacion, despues de divorciados los cónyuges, no solo no se opone al matrimonio, sino que revela una renuncia del derecho que los mismos cónyuges tienen á vivir separados (2), derecho creado á su favor en perjuicio de la misma institucion, y que el acto de la reconciliacion supone que han renunciado á él, siendo el consentimiento de volver á reunirse una sencilla obligacion mútua, que en tanto debe ponerse en conocimiento del juez que dictó la sentencia de divorcio, en cuanto que afectando el divorcio á determinados intereses y habiendo dado origen á una porcion de instituciones civiles, se hace preciso que conste que todos estos efectos y todas las instituciones á que ha dado origen cesan, cesando la causa principal que es el divorcio.

¿Por qué la ley exige que sea el juez ó tribunal

---

(1) En el Código holandés, art. 271, se dice que la ley presume la reconciliacion cuando el marido cohabita con su mujer despues de haber dejado el domicilio comun. Nuestra legislacion antigua por la ley 2.<sup>a</sup>, tít. IX, Part. 4.<sup>a</sup>, es más explicita.

(2) La renuncia del derecho es en órden natural admisible.

que dictó la sentencia aquel á quien debe darse conocimiento de la reconciliacion de los cónyuges?

— Porque el divorcio y la reconciliacion son dos estados distintos, pero intimamente enlazados que no se concibe la existencia de éste sin la del otro, y justo es que allí, donde radica el expediente de divorcio, allí deba radicar más tarde ese acto, esa obligacion solemne en que ambos cónyuges renuncian al derecho que la ley les concede de vivir separados.

### § III.

*Causas por las que no procede la union por la reconciliacion.*

Añade la ley que se exceptúa de este caso el divorcio, cuyas causas hayan sido los malos tratamientos de obra inferidos á los hijos, ó la tentativa de uno ú otro cónyuge para corromperlos ó prostituirlos.

¿Por qué debe exceptuarse este caso? Porque el divorcio no se concede entonces en beneficio del cónyuge que lo solicita, sino en beneficio de la prole por la cual debe mirar, y á la cual debe proteger la sociedad cuando los padres inconsideradamente han atentado contra ellos.

¿Por qué los hijos han de estar á merced de una voluntad poco dispuesta á su bien, de parte de los padres? ¿Por qué han de vivir en el desamparo á que les condena la perversion moral que supone los malos tratamientos, y la proposicion para corromperlos ó prostituirlos? ¿Por qué si estos casos han merecido de la



ley la aplicación de tan graves medidas como la privación de la patria potestad, han de hacerse ineficaces cuando el consentimiento de los cónyuges divorciados puede servir de provecho para ellos, y en modo alguno para el de sus hijos?

En la institución de familia hay tres elementos, de los cuales, el más atendible para la sociedad, es el de los hijos.

La nación es madre comun de ellos; la sociedad y la ley los protejen, y mal los protegerían dejándoles en medio de sus padres, sin una prueba de evidente enmienda, que ni el tribunal puede exigir, ni podría ser todo lo eficaz que debiera, en beneficio de los mismos hijos.

# INDICE.

	<i>Págs.</i>
<b>CONSIDERACIONES GENERALES.</b>	
I. El matrimonio en la vida.....	1
II. Necesidad de la conciencia religiosa para el cumplimiento de los deberes conyugales.....	6
III. Conciencia moral, social ó del honor, su influencia para garantía de la fidelidad conyugal.....	12
IV. La infidelidad quebranta un derecho, y podría tener sancion penal.— La infidelidad no debe disolver el vínculo.— Ojeada histórica.— Necesidad de una educación esmerada y un bien natural para comprender el fundamento de la indisolubilidad.	16
V. Idea de las causas del divorcio.....	36
<b>CAPITULO I.</b>	
<i>Naturaleza del divorcio.</i>	
§ 1.º Naturaleza legal.....	39
§ 2.º Naturaleza moral.....	46
§ 3.º Naturaleza histórica.....	48
§ 4.º Naturaleza político-religiosa.....	65
<b>CAPITULO II.</b>	
<i>Suspension de la vida comun producida por el divorcio.</i>	
§ 1.º Concepto ético-legal.....	83
§ 2.º Naturaleza de esta suspension.....	86
<b>CAPITULO III.</b>	
<i>Suspension de los efectos del matrimonio.</i>	
§ 1.º Concepto lógico.....	92

§ 2.º Concepto moral..... 95

CAPITULO IV.

*Ilegalidad del divorcio por mútuo consentimiento.*

§ 1.º El matrimonio es más que un contrato..... 98  
§ 2.º El divorcio es más que un resultado del mútuo  
consentimiento..... 102  
§ 3.º Legislacion sobre el mútuo consentimiento en el  
divorcio..... 104

CAPITULO V.

*Del mandato judicial.*

§ 1.º Sin él no se puede producir el divorcio..... 108  
§ 2.º Legislacion sobre el mandato judicial..... 110

CAPITULO VI.

*De las causas del divorcio.*

§ 1.º Teoría de las causas..... 115  
§ 2.º Teoría legal de las causas..... 118

CAPITULO VII.

*Del adulterio.*

§ 1.º Concepto legal..... 124  
§ 2.º Diferencia entre éste y los demás delitos..... 125  
§ 3.º Fácil comision de este delito.—Formas de que se  
reviste..... 127  
§ 4.º El adulterio no es un mal único..... 129  
§ 5.º Teoría de la accion del divorcio por causa de adul-  
terio..... 130  
§ 6.º De la ley Julia *de adulteriis coercendis*..... 138  
§ 7.º Concepto religioso del adulterio..... 144  
§ 8.º Concepto legal..... 146

CAPITULO VIII.

*Del adulterio del marido.*

§ 1.º Del adulterio del marido comparado con el de la mujer.....	150
§ 2.º De la igualdad de sexos respecto del adulterio en la sociedad católica.....	154
§ 3.º Crítica legal.....	158
§ 4.º Adulterio del marido con escándalo público.....	162
§ 5.º Abandono completo de la mujer.....	166

CAPITULO IX.

*Del adulterio del marido que tiene á su cómplice en la casa conyugal.*

§ 1.º De la complicidad.....	170
§ 2.º De la complicidad en la casa conyugal.....	172
§ 3.º Legislacion comparada.....	175

CAPITULO X.

*De la remision expresa ó tácita del adulterio.*

§ 1.º Teoría de la remision.....	178
§ 2.º Efectos morales de la remision.....	182
§ 3.º Teoría legal.....	186

CAPITULO XI.

*De los malos tratamientos graves considerados como causa de divorcio.*

§ 1.º Consideraciones generales.....	189
§ 2.º Concepto canónico legal.....	198

## CAPITULO XII.

*De la violencia moral ó física ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla á cambiar de religion.*

§ 1.º Inviolabilidad del sentimiento religioso.....	203
§ 2.º Violencia física.....	208
§ 3.º Violencia moral.....	210
§ 4.º Desigual condicion de sexos en esta causa.....	212

## CAPITULO XIII.

*Malos tratamientos de obra á los hijos.*

§ 1.º Concepto legal.....	214
§ 2.º Extension del concepto legal.....	215

## CAPITULO XIV.

*De la tentativa del marido para prostituir á su mujer, ó de la proposicion para el mismo objeto.*

§ 1.º Tentativa para prostituir.....	219
§ 2.º De la proposicion para prostituir á la mujer.....	221

## CAPITULO XV.

*Tentativa del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos, y la complicidad en su corrupcion y prostitucion.*

§ 1.º Concepto legal de la corrupcion.....	224
§ 2.º De la prostitucion.....	225

## CAPITULO XVI.

*De la condenacion por sentencia firme á cadena ó reclusion perpétuas como causa de divorcio.*

§ 1.º Concepto legal.....	227
§ 2.º Del indulto de la pena que es causa de divorcio...	229

CAPITULO XVII.

*De la inocencia como requisito para ejercitar la accion del divorcio.*

§ 1.º Concepto general de la inocencia.....	231
§ 2.º Cuándo debe reputarse inocente un cónyuge.....	234
§ 3.º Explicidad del derecho canónico en este punto....	235
§ 4.º De la consideracion de la inocencia en un cón- yuge.....	236

CAPITULO XVIII.

*Del divorcio en el estado de juicio.*

§ 1.º Competencia de jurisdiccion deducida de la natu- raleza del matrimonio.....	240
§ 2.º Razonamiento del doctor Lingg.....	245

CAPITULO XIX.

*Disposiciones preliminares del divorcio.*

§ 1.º Concepto legal de la demanda.....	248
§ 2.º Periodos del juicio de divorcio.....	253

CAPITULO XX.

*De las disposiciones preliminares del divorcio.— (Conti-  
nuacion.)*

§ 1.º Instituciones que nacen con la demanda.....	255
§ 2.º Depósito de la mujer.....	256
§ 4.º Depósito de los hijos en poder del cónyuge ino- cente.....	260
§ 4.º Del nombramiento de tutor y curador á los hijos cuando son culpables ambos cónyuges.....	263
§ 5.º Del cuidado y educacion de los hijos durante el ju- icio de divorcio.....	266
§ 6.º Alimentos provisionales.....	268

§ 7.º Alimentos á los hijos..... 270

CAPITULO XXI.

*De la demanda de divorcio.—(Continuacion.)*

§ 1.º De otras disposiciones preliminares de la demanda de divorcio..... 273  
§ 2.º De los bienes muebles..... 274

CAPITULO XXII.

*De los efectos del divorcio.*

§ 1.º Concepto legal..... 277  
§ 2.º Sentencia ejecutoria de divorcio..... 278  
§ 3.º Separacion definitiva..... 279  
§ 4.º Destino de los hijos despues del divorcio..... 281

CAPITULO XXIII.

*Privacion de la patria potestad al cónyuge culpable.*

§ 1.º Concepto legal de la patria potestad..... 283  
§ 2.º Privacion en cuanto á los bienes..... 286  
§ 3.º Readquisicion de la patria potestad..... 287

CAPITULO XXIV.

*De la reconciliacion de los cónyuges divorciados.*

§ 1.º Concepto legal..... 293  
§ 2.º Necesidad de comunicar la reconciliacion al tribunal que decretó el divorcio..... 295  
§ 3.º Causas por las que no procede la union por la reconciliacion..... 297

FIN.

