



REFLEXIONES
SOBRE EL DIVORCIO

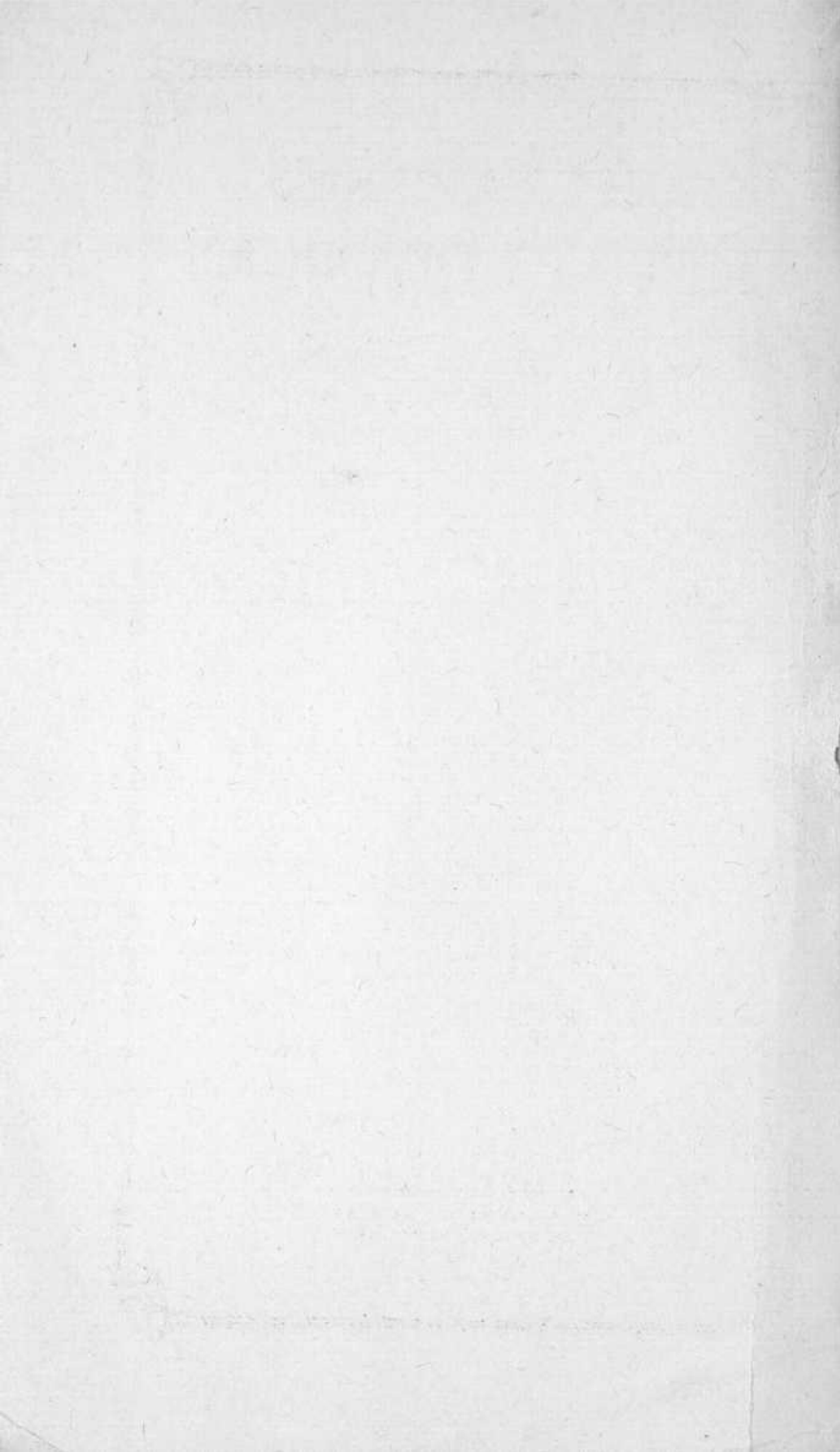
ESTUDIO HISTORICO, DOCTRINAL
Y POSITIVO, CANONICO Y CIVIL
DE LA SEPARACION VINCULAR

POR

C. COSTILLA Y CHICO

VALLADOLID.—Imprenta
de la Casa Social Católica
a cargo de Valentín Franco
1926

G-F 8922



D G
A

REFLEXIONES SOBRE EL DIVORCIO

ESTUDIO HISTORICO, DOCTRINAL
Y POSITIVO, CANONICO Y CIVIL
DE LA SEPARACION VINCULAR

POR

C. COSTILLA Y CHICO



VALLADOLID.—Imprenta
de la Casa Social Católica
a cargo de Valentín Franco
1926

t.109461
C.1200303

Es propiedad.
Queda hecho el
depósito que marca
la ley.



R. 121882

ALFREDO TRILLO NOVAL

DEDIDATORIA

Como prueba de afecto y admiración al docto y culto maestro Excmo. Sr. D. Calixto Valverde, con el entusiasmo juvenil de la primera obra.

EL AUTOR

AL LECTOR

Habiendo sido invitado a dar una conferencia en la Academia de Derecho fundada por los Luises de Valladolid y aceptada la propuesta—no sin titubear—no fué dudosa la elección del tema por mi afición al Derecho civil y la reciente aparición de dos obras, Jaime Torrubiano Ripoll, «El divorcio vincular y el dogma católico» Madrid Morata 1926 y «El divorcio en las Legislaciones comparadas de Eugenio Tarragato. Volumen III de la Biblioteca de Derecho, Sociología y Política las cuales pusieron ante mi vista el inquietante problema del divorcio.

Dada pues, la conferencia el 27 de noviembre, varios amigos me insinuaron la conveniencia de que publicase mi trabajo y, después de pensarlo me decido a ello, si bien con la natural timidez del que por primera vez da a luz una publicación.

Resuelto a editar mi conferencia, me dediqué a la tarea de evacuar citas hechas de memoria, releer los autores estudiados y consultar algunos otros que la penuria de tiempo me impidió conocer antes de mi disertación.

No me resta más que dar las gracias a los cariñosos amigos que me escucharon y debido a cuyos consejos doy a la publicidad este modesto trabajo.

CANDIDO COSTILLA

Reflexiones sobre el divorcio

Nos proponemos (1) tratar de uno de los temas de más importancia social tanto en la actualidad como en la historia.

Siendo el matrimonio el principal origen de la sociedad y habiendo sido su regulación una de las más grandes preocupaciones de sociólogos y juristas, es pues, una de las instituciones de que más se ha fantaseado y escrito, haciéndose preciso para su estudio la mayor cautela posible por la disparidad de opiniones.

I

Generalidades sobre el matrimonio y el divorcio

Como la palabra divorcio precisa para su explicación de la de matrimonio, enseguida nos sale al paso, ¿qué es el matrimonio?

Ya de antiguo se definió en Roma diciendo: «*Matrimonium, est viri, et mulieris, conjunctio individuum vitae consuetudinem continens*». Traducido vemos que el concepto es el mismo que en la actualidad: «Matrimonio es la unión, de un hombre y una mujer, el fin de establecer una comunidad de existencia».

Tal palabra, etimológicamente, significa carga gravamen o cuidado de la madre, pues se deriva de «*matris*» y «*monium*», carga o cuidado de la madre más que del padre, sino sería patrimonio. (Cód. de las Partidas. Ley 2.^a, tít. 2.^o en la partida 4.^a).

La etimología de la palabra divorcio, de «*a diversitate mentum*», diversidad o departimiento de las voluntades del hombre y la mujer. (Digesto. Ley 2.^a, tít. 2.^o).

El divorcio es la disolución del matrimonio en vida de los conyuges, pues también se disuelve por la muerte de uno de

(1) Antes de tratar del tema precedió un breve prólogo en el que se suplicaba benevolencia.

ellos (1) (art. 52 del Código civil español). También puede decirse que es la separación de los esposos con ruptura del vínculo conyugal.

Hay pues necesidad de distinguir «quod vinculum» y «quod thorum et habitationem», según que la separación produzca la extinción del vínculo del matrimonio, o se limite a la vida de los esposos.

Tal significado viene teniendo la palabra, desde los más remotos tiempos, en casi todos los pueblos, aun cuando el Derecho Canónico pretende suprimir la institución para reemplazarla por la separación de cuerpos—única que consiente—, la cual no produce la libertad de contraer nuevo consorcio.

Distínguese del repudio autorizado por las legislaciones antiguas: 1.º En que éste tenía aplicación no solo entre conyuges sino también entre los que habían contraído esponsales. 2.º Generalmente el repudio era una facultad concedida al marido para dejar a la mujer, y no a ésta para anular el vínculo que la unía a el marido, mientras que el divorcio solía aplicarse a la separación por mutuo consentimiento, siendo por tanto un derecho igualmente concedido a ambos. 3.º El divorcio solo en determinados casos disuelve el vínculo del matrimonio, mientras que el repudio siempre le disolvía (2).

España y otros países hispano-americanos (como más adelante se verá) no admiten la institución del divorcio sino amoldándose al Derecho Canónico, refiriéndose exclusivamente a la separación legítima de los cónyuges productora de la suspensión de la vida común, pero subsistiendo el vínculo.

II

Reseña histórica del divorcio

El divorcio es producto de la civilización, o de sus vicios? Jesucristo afirmaba que era producto de sus vicios. Preguntaron los judíos por qué había mandado Moisés dar carta de di-

(1) Con el art. 52 del Código civil concuerda el canon 1013, en su párrafo segundo: «esenciales matrimonii proprietates sunt unitas et indisolubilitas quae in matrimonio christiano peculiarem obtinent firmitatem rationi sacramenti» las propiedades esenciales de el matrimonio son: la unidad y la indisolubilidad, las cuales en el matrimonio cristiano obtienen especial firmeza por razón de sacramento.

(2) Buron «Tratado de Derecho Civil Español», Tomo I,

vorcio a la mujer y repudiarla, y les respondió: «Porque Moisés, por la dureza de vuestros corazones, os permitió repudiar a vuestras mujeres».

No falta tratado que deduce de esto que en los primeros tiempos la castidad de costumbres imposibilitaba el divorcio. Siendo así, no otorgan importancia a que desconocieran, tanto los habitantes ingleses del país de Gales, como las tribus que habitaban nuestra península; no ofreciendo esto último mucha garantía por ser vislumbrado por confusas referencias de escritores romanos.

La legislación judaica no deja de ofrecer duda por afirmarse en las tradiciones rabínicas, de ser más considerado en las costumbres el primer matrimonio (prueba de existir el divorcio aún con el régimen monagámico). Y dice más: Si la segunda esposa era admitida en el mismo lecho que la primera, había lugar a una reparación por violar su recuerdo; admitida con repugnancia tal institución, no impidió ser utilizada por mismos patriarcas.

De suerte que el cristianismo se encontró con este precedente, y mostrándose transigente hasta cierto límite, como dice San Mateo (1) en su Evangelio, el divorcio prevalecía por causa de adulterio, aunque no obstante estos textos iba prevaleciendo la nota de indisolubilidad del matrimonio.

Grecia. A pesar de ser bastante considerada la mujer en los tiempos de Solón por considerar que daba ciudadanos al Estado, se conoce y practica la institución del divorcio. En *Esparta*, dominando la influencia de las civilizaciones orientales, era muy frecuente por causa de esterilidad; hasta Herodoto narra dos casos de reyes que fueron obligados por tal causa a repudiar a sus mujeres. La legislación y las costumbres de *Atenas* llegan a tal modo, que lo mismo sin intervención judicial, se verificaba

(1) Dice San Mateo en sus versículos 3 al 12 del capítulo XIX: «Y se llegaron a él los fariseos tentándole y diciéndole: ¿Es lícito a un hombre repudiar a su mujer por cualquier causa?» El respondió y les dijo: «¿No habeis leído que el que hizo al hombre desde el principio macho y hembra los hizo y dijo: por esto dejará el hombre a su mujer y serán dos en una carne? Así que ya no son dos sino una carne. Por tanto, lo que Dios juntó el hombre no lo separe». Dícenle: «Pues ¿por qué mandó Moisés dar carta de divorcio y repudiarla?» Les dijo: «Porque Moisés por la dureza de vuestros corazones os permitió repudiar a vuestras mujeres; mas el principio no fué así. Y digoos que todo aquel que repudiare a su mujer, si no es por la fornicación, y tomare otra, comete adulterio; y el que casare con la que otro repudió comete adulterio».

por mutuo consentimiento, que se facilitaba reconociendo el derecho de pedirlo judicialmente. En cambio la mujer no podía separarse sino probaba el motivo judicialmente. En *Roma* el matrimonio aparece organizado como institución civil bajo solemnidades religiosas. En la antigua Roma estaban adheridos a la teoría del matrimonio, la del repudio y la del divorcio, «*repudium, divorcium, discidium*», que rompían la unión conyugal. Nada indica que las matronas romanas perdiesen su dignidad hasta fines de la República, en que la grotesca depravación de las costumbres fué tal, que éstos contaban el número de maridos por el de Cónsules, y los calificadores del «*vir et uxor*» perdieron su dignidad.

Prueba de lo anterior es, que el divorcio podía tener lugar: 1.º Por el mutuo disenso o (*bona gracia*), y 2.º Por voluntad de uno solo de los contrayentes (*reputatio*). Esta última fórmula fué tan peligrosa como abusiva que, llegando el escándalo al límite más elevado, en los monumentos funerarios se hace resaltar a la mujer sin tacha en su honestidad: «*Conyugi piae inclitae, univirae*». Los literatos de la época lanzan censuras y justas diatribas a la fácil disolución. Juvenal satiriza a las damas que cambiaban de marido ocho veces en cinco años. Séneca describe en vivos colores lo que pasaba en su tiempo (1): «¿Qué mujer se avergüenza hoy de divorciarse; cuántas damas ilustres no cuentan ya sus años por Cónsules, sino por los maridos? Se ha llegado a tal grado de corrupción, que una mujer no tiene un marido sino para provocar el adulterio».

Es fácil comprender que en la época de Augusto muchos ciudadanos calificasen como una calamidad el matrimonio, pues no falta inscripción funeraria que nos habla de la séptima esposa, aun autores satíricos como Marquardt. Sin resultados positivos las leyes caducarias van encaminadas a cortar el mal señalando incapacidades.

Los Emperadores cristianos, desde Constantino a Justiniano, fijan las causas porque debe proceder el divorcio por medio de

(1) Esto puede verse en cualquier tratado de Derecho Romano, así como en la Enciclopedia Jurídica Española. Puede verse también la erudita obra del Sr. Minguijón: *Historia General del Derecho Español* en cuyo cuaderno 5.º leemos: «Augusto trató de poner remedio a la decadencia alarmante de las costumbres con varias leyes; pero estas medidas que removían principios jurídicos tradicionales, encontrando gran resistencia y no alcanzando su objeto».

rigurosas disposiciones, y este último suprime el divorcio por mutuo disenso, que todos sus antecesores habían respetado.

Los efectos respecto a las personas de los dos cónyuges no eran idénticos; el marido podía pasar inmediatamente a nuevas nupcias, mientras que la mujer, por antiguas costumbres religiosas, debía guardar el año de luto. Después, con las leyes Julia y Papia-Popea (contrarias al celibato), concedía a las divorciadas para volver a casarse un plazo de año y medio.

En la Edad Media nos encontramos en España con dos monumentos legislativos de suma importancia, además de multitud de leyes. Son éstas el Fuero Juzgo y el inmortal Código de las siete Partidas.

Jurídicamente hablando a estos efectos, hay quien sostiene con acierto que la Edad Media comienza cuando cesa la fuerza legal de las leyes romanas siendo reemplazadas por las «leges Barbarorum» y demás cuerpos legales influidos por el Derecho de la Iglesia.

El Fuero Juzgo, en cuya colaboración toma papel tan activo el elemento eclesiástico, aunque hace desaparecer el divorcio en su propia significación, señala como causa la de adulterio, a más de la de ingresar en religión que aún hoy se mantiene en el «Codex Juris Canonici». La demanda de divorcio debía hacerse en juicio ante Tribunal civil competente para que ésta surtiera todos los efectos de la disolución en favor del cónyuge agrabado. La procedencia del divorcio por adulterio procede de que la Iglesia goda recibía la interpretación literal del Evangelio de San Mateo.

Teniendo en cuenta que la legislación del Fuero Juzgo fué supletoria de los fueros municipales—los que nada decían respecto al divorcio—, solo regía el matrimonio «de bendición velada» para el matrimonio «a juras» o de derecho civil—espousales seguidos de la unión carnal de los contrayentes—, nada revela de práctico el divorcio establecido en el Fuero Juzgo. Debe objetarse sin embargo—como lo hace la Enciclopedia jurídica española—que así como hallábase establecido por algún cuerpo legal de aquéllos, que la viuda no podía contraer matrimonio antes del año siguiente a la muerte del marido, y si infringía esta prohibición incurría en pena, nada se dice para el caso de divorcio en cuanto al vínculo, y como existe la misma razón de derecho, puede sostenerse con seguridad que aquella última institución «quod vinculum» había desaparecido por tener fuerza y prevalecer la forma solemne, y con ella la doctrina canónica.

Las Partidas dicen: que una vez consumado el matrimonio de los cristianos, «siempre finca firme el casamiento, maguer acaesciese que los aniesen a departir por razón de adulterio» (1).

No sucede lo mismo con el matrimonio celebrado por otras religiones, pues podía disolverse por repudio y divorcio.

La autoridad eclesiástica había de conocer en el mismo, más no la ordinaria, la que se priva de jurisdicción, en los matrimonios canónicos, excepto el breve período que estuvo en vigor la ley de 1870, que al igual que las civiles de muchos pueblos las atribuía al fuero común.

(*Concilio de Trento*, 1545-1563). Se celebró en la sesión XXIV, que era 11 de noviembre de 1563, lo relativo al matrimonio. Los Cánones, a los cuales precede una especie de prólogo o introducción, son doce, que establecen los principios doctrinales relativos al sacramento del matrimonio. He aquí los cánones I, II, VII y X:

Cánon I. «Si alguno dixere que no es verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley evangélica, instituido por Nuestro Señor Jesuchristo, sino que fué inventado en la Iglesia por los hombres y que no concede gracia, sea excomulgado».

Cánon II. «Si dixere que es lícito a los cristianos tener muchas mujeres a un mismo tiempo, y que esto no está prohibido por ninguna ley divina, sea excomulgado».

Cánon VII. «Si alguno dixere que yerra la Iglesia cuando enseña, como ha enseñado siempre, según la doctrina del Evangelio y de los Apóstoles, que el vínculo del matrimonio no puede disolverse y que ninguno de ellos, ni aun el inocente que no dió motivo al adulterio, no puede contraer matrimonio viviendo la otra parte, y que el marido que habiendo deseado a su mujer adúltera se casa con otra, comete adulterio, como también la mujer que habiendo deseado a su marido adúltero, se casa con otro, sea excomulgado».

Cánon X. «Si dixere que el estado del matrimonio es preferible al de la virginidad o del celibato, y que no es cosa mejor y más feliz permanecer en la virginidad o en el celibato que casarse, sea excomulgado».

Se trata también de los impedimentos disidentes; de la causa de herejía del matrimonio contraído y no consumado; de los

(1) Ley 5.^a, tit. X, part. 4.^a.

clérigos que no tienen el don de castidad; las causas matrimoniales corresponden a los jueces eclesiásticos. También se incluye, lanzando rígido anatema, para quien diga: que la prohibición de solemnizar las nupcias en ciertas épocas del año, era una superstición tiránica nacida de los paganos.

Se ve, pues, por el Tridentino, que «todo matrimonio verdadero y legítimo es por derecho divino indisoluble». Esta firmeza del vínculo, confirmó Cristo con estas palabras: *Lo que Dios unió no le separe el hombre.*

Como es sabido, los Cánones del Concilio de Trento fueron admitidos en España como leyes del reino por la católica majesta d de Felipe II por una Real Cédula, lo cual ha sido confirmado por el artículo 75 del Código civil que dice así: «Los requisitos, formas y solemnidades para la celebración del matrimonio, se rigen por las disposiciones de la Iglesia y el Santo Concilio de Trento».

Con la reforma protestante viene al campo del derecho otra forma distinta del matrimonio que la canonica, y con ella la institución del divorcio, de hecho determinadas veces, autorizado por la Iglesia sobre todo por razones políticas.

III

Opiniones sobre el divorcio

Suscribimos la opinión del maestro Saldaña respecto a la teoría de discrepancia objetiva como causa de divorcio, y no podemos menos de resistir a la tentación de transcribir aquí:

«Viene en el problema del divorcio (1) de la doctrina general de responsabilidad objetiva, una doctrina nueva, llámase de la discrepancia objetiva. Fundábase el divorcio—o la reparación—en motivos culposos, esto es, de discrepancia subjetiva, tales como adulterio, bigamia, amenazas graves, abandono culpable, sevicia, conducta deshonrosa, etc. Respetando esta vieja culpabilidad que es real, pero clara y extrema razón de divorcio, presentase la nueva de causalidad o «causalidad objetiva», que es

(1) Pág. XXXII del prólogo de «El divorcio en las legislaciones comparadas» de E. Tarragato.

Cuanto se diga tocante al *divorcio*, en la continuidad de esta doctrina, entiéndase en el recto sentido de *quod vinculum*—a diferencia de la separación—y referido siempre al régimen del matrimonio civil jamás al canónico.

igualmente real, pero más frecuente y más humana. Antes se explicaba como maldad toda terrestre desgracia; hoy, pragmáticamente, se mira a los resultados de la desgracia como maldad real».

En otro lado: «La tesis de la discrepancia objetiva es acogida con júbilo por los eugenistas (1), que hallaron en fórmula de cortar las degeneraciones. Así, en el juego de los motivos—de divorcio o separación—, el terrible adulterio cede su línea de máximo interés a la enfermedad; la falsificación e injerto ajeno en rama propia, ha de causar menos alarma que el contagio sexual, con posible injerto en tronco sano y fuerte. El contagio matrimonial es un adulterio de la raza. Nuestra cultura nos espera a la brutal sevicia para sentir el látigo de aversión invencible. En fin, más que la torpe bigamia nos interesa el caso irredento de la *impotencia sexual*; único motivo canónico de discrepancia divinamente objetiva».

«La injuria verbal es grave; pero lo es en un mayor grado la *injuria real* que la negación conzubial supone, sea de consumación inicial o de comercia. Razón es que no basta al *matrimonio pragmático* la fría ley racional del vínculo, sin eficacia cuando falta su contenido sensible. Y que matrimonio ineficaz es celibato forzoso, al que nadie puede ser condenado. A idéntico fin antipragmática lleva la solución canónica de separación sin disolución».

Por último: «Todos los argumentos—éticos, sociales, históricos, naturales y políticos—en favor de la indisolubilidad, han de referirse a noble efectividad de matrimonios naturalmente vivos, jamás a la ficción social de interesadas galvanizaciones sobre restos endentes de matrimonios muertos. La solución de continuar esta farsa como castigo conyugal, o como sacrificio en favor de los hijos ofrecida por el teatro moderno, no satisface, repugna a la sana conciencia del sociólogo (2).

(1) En la misma obra, pág. 137; los partidarios del eugenismo en Alemania, defienden la innovación abiertamente, fundándose en el hecho de la transmisión hereditaria, conforme a la doctrina de Darwin, sobre «el origen de las especies». Francisco Galton distingue la transformación ocasional de la hereditaria, siendo ésta la que es preciso regular, favoreciendo a los eugénicos por todos los medios, y persiguiendo en cambio con toda justicia a los infelices de nacimiento, o, posteriormente de mala calidad.

(2) La alusión de Saldaña al teatro hace referencia a las siguientes obras: Max Nordan, «El Derecho de amor» (Drama) acto IV, escena última, trad. Salmerón García.—Madrid, Sanz Calleja (S. A.), páginas 177-182 cf. con excesiva reminiscencia, G. Pinillos (Parmeno) «El caudal de los hijos» (Drama).—Madrid, 1922.

Monsieur Colín afirma (1), que aun cuando la Iglesia proclame la indisolubilidad del matrimonio, no viola ni puede decirse que fuerza la libertad de conciencia de los católicos y pide al legislador francés que implante el matrimonio indisoluble porque esta regla parece conforme a los intereses de la ciudad.

Hay otros países además de Francia en los cuales la ley, lo mismo que el Código civil francés, considera el matrimonio como un contrato civil, y sin embargo no admiten el divorcio. Tal es Italia. En esta nación los esfuerzos de los partidarios del divorcio se han estrellado, según parece todavía, durante largo tiempo, ante el sentimiento de la mayor parte del público ilustrado y ante la indiferencia de las masas respecto a la pretendida reforma cuyas ventajas no percibían.

Nadie puede negar que lo que constituye el honor y la dignidad moral de los sexos en el matrimonio, es el pensamiento de su perpetuidad. El régimen de la indisolubilidad, bajo el cual ha vivido la cristiandad durante siglos, es una conquista de la civilización. Desconocerlo porque ha sido pedido y después impuesto por la Iglesia, es tanto como hacer la más estulta manifestación de estrechez espiritual.

Además, no puede dudarse de que la estabilidad del hogar proporciona las mejores condiciones para la educación de los hijos, cual es, entre todos los fines del matrimonio, la que debe requerir más solicitud del legislador; por eso se ha dicho con razón: *El matrimonio funda la familia; el divorcio la destruye* (2).

Seguramente debida a la colaboración de M. Capitant se dice (3): «Los partidarios del divorcio no tienen que forzarse mucho para hacer resaltar la superioridad de estado que resulta de aquél, sobre el que se crea la separación de cuerpos».

Cierto; es decir, la situación de los esposos separados, es decir, casados sin estarlo, es falsa y penosa. Con frecuencia, tal vez conduce al concubinato y adulterio, y por consiguiente es eminentemente perniciosa para los hijos, como por otra parte

(1) V. Traducción castellana con notas de Demófilo de Buen. A. Colín y H. Capitant, «Tratado de Derecho Civil francés», tomo I, pág. 419 y 416.

(2) En esta cuestión de principio no están de acuerdo los autores del citado libro, por lo que conviene indicar que el contenido de *el divorcio destruye la familia* es del consejero del Tribunal de casación de París y profesor honorario de dicha Universidad, M. Colín.

(3) La opinión favorable al divorcio es la de M. Capitant coautor de dicha obra y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de París.

lo sería el espectáculo cotidiano del hogar desunido y sin embargo sujeto a su cadena por la severidad intransigente de la ley. Vale más el divorcio; liquidada de una vez para siempre la situación insoportable; ofrece a los esposos las perspectivas de otras uniones que sean mejor elegidas, en las cuales podrán quizá *reconstruir dos buenos hogares con los restos de uno malo*.

Con todos los respetos debidos a este Catedrático y civilista francés, nos parece un tanto exagerada la receta sobre el mal de la separación de los cónyuges. Con esto se termina la esperanza de reconciliación. Era soplar sobre el fuego de las dificultades pasajeras, llegando a buscar una segunda unión que tal vez alcanzaría los mismos resultados que la primera si uno de ellos era egoísta y tiránico. Para la colectividad sería uno de los mayores escándalos que almas sin piedad ni reflexión se atreverían a ponerlo en práctica.

Aún más, como hay matrimonios en que perfilada la belleza de una mujer con una sonrisa ingénuo, ha servido de arma para vencer y seducir la encendida pasión del amor de un hombre, puede arteramente valerse del mismo recurso con otro para que resbale y caiga en las redes del engaño. Del mismo modo puede cualquier mancebo, romántico y fascinador, valerse de esta astucia para lucrarse de cuanto posea la mujer, sin preocuparse de las consecuencias que puedan sobrevenir. Entonces se puede preguntar: ¿Es preferible que por la misma causa sean más de uno los desgraciados?, o ¿es mejor que toda la desgracia recaiga en uno solo?... Por poco que se divague salta enseguida la afirmativa en favor de la segunda pregunta. Luego por esta somera indicación se puede ver que admitida la indisolubilidad es más fácil firmar paces, mientras que situándonos en el caso opuesto, las mismas diferencias se envenenan y degeneran en guerras, las cuales, con el tiempo, estarán tan diametralmente opuestas, que darán al fin por adoptar otras uniones y olvidarse el uno del otro, o considerarse perpétuos rivales. Balmes decía sobre el matrimonio: *Uno con una y para siempre*.

Más a pesar de lo dicho anteriormente, hasta aquí han ganado terreno en las legislaciones los partidarios del divorcio, poniendo en boga las palabras de Napoleón sobre la opinión más radical y avanzada del mutuo disenso, cuando dice: «El matrimonio es indisoluble en la intención, porque entonces es imposible prever las causas de disolución». En este sentido el matrimonio es indisoluble. Aduce también como demostración,

que matrimonios de príncipes se han anulado en todos los siglos; que en caso de impotencia no hay matrimonio. Que el contrato queda roto en caso de adulterio. Los crímenes son las causas que lo determinan. Por último sostiene que cuando no hay crimen debe de obrar el mutuo disenso porque es el mejor sistema (1).

Bentham, Ahrens y Rollén, entre otros, admiten el divorcio, permitiendo a los cónyuges contraer otro nuevo matrimonio, mediando causas de adulterio, malos tratamientos, antipatía (2).

Los socialistas niegan terminantemente la doctrina de la Iglesia de que el matrimonio es un acto religioso. En el socialismo se hallan los que quieren sustituir el matrimonio actual por el amor libre, no regulándolo la ley y dependiendo únicamente del arbitrio de los interesados (3). Esto es, defendido por el jefe del socialismo alemán Augusto Bebel, el cual denomina al matrimonio como resultado de la organización burguesa de la sociedad en unión con la propiedad privada y con el derecho sucesario implantado para tener hijos legítimos que hereden. Se llega a la conclusión por Stern, de que únicamente el socialismo podrá establecer la pureza del matrimonio como regla general.

Enfantín y Sain Simons, con la doctrina del *Matrimonio del Estado*, anhelan que la autoridad asigne a cada ciudadano la mujer y dirija sus relaciones.

Al fin, el último grupo de socialistas defienden la poligamia a pesar de oponerse a ella sus mismos correligionarios (4), que prefieren el matrimonio monógamo.

El socialismo colectivista o comunista más bien que preocuparse del amor lo subordina a los intereses materiales atendiendo a las necesidades de la sociedad según el arbitrio de los gobernantes. Tal sucedió en Rusia con los despóticos decretos de Saratow (5).

(1) Véase Ahrens. Nota de la pág. 192 de su obra de Derecho Natural.

(2) Sobre las opiniones en pro y en contra del divorcio recomendamos la obra del Sr. Valverde, más que por los motivos que con él nos anen, por la multitud y claridad científica de exposición, sirviéndonos en este punto y en el Derecho extranjero de base.

(3) V. Menger, «El Estado socialista».

(4) Kant, revela que la forma más racional del matrimonio es la monogamia, porque la educación de los hijos y la igualdad de la mujer se resienten con la poligamia.

(5) No fué cierto que en virtud de un decreto bolchevique sobre el matrimonio, el Gobierno de los Soviets ordenara la socialización

Los modernos civilistas ratifican la tendencia opuesta. Pisanelli (1) en su informe sobre el proyecto del Código civil italiano sostiene: «Se ha dicho que el matrimonio es un contrato, con lo cual se ha querido decir que en el matrimonio hay algunas condiciones que se realizan al igual que en los contratos, esto es verdad, más se incurre en un error cuando con aquella afirmación se quiere dar a entender que el matrimonio no es otra que un contrato. En la conciencia de todos los hombres son y serán distintos estos dos hechos: la venta de un terreno y el matrimonio. Esta es una alta institución que cae bajo la prescripción del Estado».

No tiene razón de ser el divorcio por mutuo disenso. Esto se ve claro, pues los esposos son libres de contraer matrimonio o no, más al contraerlo, no pueden someter a condiciones y modalidades el vínculo conyugal, como tampoco son libres una vez de contraído, de proclamar a su arbitrio la disolución (2).

El sabio catedrático de la Universidad de Madrid, Sr. Sánchez Román, dice: «No tiene razón de ser el divorcio por consentimiento: el matrimonio es una institución moral y social, y esto es más que un mero contrato, por lo cual está por encima de la ley y del derecho».

Wartón (3) señala las diferencias que separan al matrimonio de los contratos, y lo hace en esta forma: 1.º El matrimonio no depende con sus obligaciones esenciales de la voluntad de las partes, las que no pueden modificarlo ni alterarlo. 2.º En él no tiene lugar a indemnización alguna por falta de cumplimiento como sucede en los contratos. 3.º No puede disolverse por mutuo disenso. 4.º El matrimonio es superior al mismo Estado.

No se infiera de esto que el matrimonio no es un contrato (según nuestra opinión), pues todos los autores están de acuerdo que tanto en la materia canónica como en la civil reúne las condiciones de consentimiento, objeto y causa que la doctrina, así

de las mujeres. Mas donde los anarquistas dominaron en varias ciudades rusas las asociaciones anarquistas publicaron decretos y en uno de ellos, publicado en Saratow (enero 1919), impiadadamente se manda la tiránica y repugnante socialización de las mujeres desde los 17 años a los 32, considerándolas como cosa sin dueño que pasaba a ser propiedad de la Nación.

(1) Citado por Valverde en su erudita obra *Tratado de Derecho civil español*, tomo 4.º, pág. 162.

(2) Cimbali.

(3) Citado por Valverde, tomo 4.º, pág. 165.

como nuestro Código civil (art. 1.261) señala como requisitos esenciales del contrato.

El tribuno Carrión Nisas dice: «Sin llegar a el divorcio las separaciones legales evitan el escándalo, satisfacen el orden en el presente y en el porvenir, no arrebatando la esperanza ni a la sociedad ni a los esposos, de su futura conciliación, y esa esperanza es la que destruye o aniquila el divorcio absoluto.

La perpetuidad y la indisolubilidad son las dos columnas donde debe levantarse el edificio del matrimonio—como doctamente afirma el Sr. Valverde—; y sabiamente añade: Partiendo de estas bases es como los matrimonios serán buenos, cumplirán sus fines y no perturbarán el orden social.

Las estadísticas prueban que donde se admite el divorcio absoluto el 70 por 100 de los casados nuevamente se divorcian por segunda vez; demostración clara de que el remedio es peor que la enfermedad. Por consiguiente, se deben de evitar y suprimir el divorcio, porque disuelto el matrimonio salen casi siempre perjudicados la mujer y los hijos, puesto que trascendía y pagaban éstos la culpa de sus padres.

IV

La Iglesia y el divorcio

La Iglesia Católica, inflexible en lo que al divorcio se refiere, hasta el punto que—según sabiamente observara nuestro maestro D. Isidoro Iglesias en el prólogo a su obra—ni siquiera se hace mención de esta palabra. El cuerpo legal de la Iglesia es el *Codex Juris Canonici* de 15 de septiembre de 1917. Dicho Código deja dos resquicios por los cuales penetra en sus Cánones la posibilidad de admitir divorcio, o sea, disolver un matrimonio consumado. Uno es el llamado privilegio paulino. En virtud del privilegio paulino se puede disolver el matrimonio consumado contraído por dos infieles, cuando uno de ellos recibe el bautismo y el otro se niega a vivir con él. Se llama así por estar fundado en las siguientes palabras (1) de San Pablo (Epístola 1.ª a los Corintios, cap. VII, vers. XV): «Quod si infidelis discedat discedit:

(1) «Si algún hermano tiene por mujer a una infiel y ésta consiente en habitar con él, no la deje; y si la mujer fiel tiene marido infiel y consiente en vivir con ella, no deje al marido, porque el ma-

non enim servituti subjectus est frater, ant soror in hujusmodi: in pace autem vocavit nos Deus».

El otro resquicio son los múltiples casos de nulidad de matrimonio, fundadas en el consentimiento, o en la inhabilidad de los contrayentes, o bien derivadas del defecto de la forma que disuelven el matrimonio.

Respecto a los casos de nulidad bástenos citar el ejemplo reciente de anulación por la Rota Romana del matrimonio del Duque de Marlborough—cuyo nombre pronuncian los niños tergiversado cuando cantan «Mambrú se fué a la guerra...»—casado con la Vanderbilt durante 25 años por ceremonia protestante. Después de haberse divorciado dos veces el Duque decide hacerse católico. Pero como se lo impedía el voluminoso pecado de un matrimonio protestante y el divorcio posterior, entabló el juicio pertinente.

El Tribunal de la Rota termina de pronunciar su fallo. Según dicho fallo el Duque no se casó jamás con la señorita Vanderbilt, pues de acuerdo con el testimonio de una criada, en el momento de casarse, tal señorita no quería casarse. Naturalmente, el Tribunal no ha ratificado el fallo ni otorgado el divorcio. Se limitó a declarar la inexistencia del matrimonio. Si valoriza la calidad del fallo, es para preocupar tanto a protestantes como a los católicos, así a juristas como a sociólogos, pues es un fallo de la justicia divina (1).

También está dando mucho que hablar por la prensa extranjera la disolución del matrimonio de Marconi—el inventor o cuando menos el industrializador y popularizador de la telegrafía sin hilos—por contraer matrimonio bajo reserva.

El Derecho canónico anula los matrimonios que se concierten bajo reserva, porque la unión matrimonial exige que los cónyuges prometan unirse «hasta que la muerte les separe», y si de un lado han prometido vivir juntos y del otro se reservan el derecho de separación, han estado jurando al mismo tiempo dos cosas diametralmente opuestas, por cuyos propósitos contradic-

rado infiel es santificado por la mujer fiel...; pero si el infiel se separa, sepárese, enhorabuena, porque ni nuestro hermano ni nuestra hermana están sujetos a servidumbre, puesto que Dios nos ha llamado a un estado de paz y tranquilidad».

Este privilegio donde tiene mayor aplicación es en Africa y tierras sin civilizar, donde se van convirtiendo al catolicismo.

(1) Sobre esto véase el artículo de *El Sol* del 24 de noviembre de 1926. «El divorcio del duque» de César Falcón.

torios, hacen nulo el significado de la ceremonia matrimonial.

Sobre la anulación del matrimonio es tratada por el polemista J. Torrubiano.

El *Codex juris canonici* es el cuerpo legal de la Iglesia (15 septiembre 1917) y contiene sustancialmente la misma doctrina que el anterior Derecho canónico. He aquí algunas disposiciones:

Todo matrimonio válido da origen a un vínculo perpétuo y exclusivo.

Que el matrimonio es un contrato, sin que a ello se oponga el carácter de sacramento de que también participa, tratándose de los bautizados (1), la dice terminantemente el Código en el siguiente Cánón: «1. Cristo nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados.— 2. Por ello entre bautizados no puede existir contrato matrimonial sin que al mismo tiempo sea sacramento». (Cánón 1.012).

Por ninguna potestad humana ni por causa alguna, excepto la de muerte, puede ser disuelto el matrimonio válido y consumado. (Cánón 1.118).

El matrimonio contraído y no consumado entre bautizados, o bien entre parte bautizada y no bautizada, se disuelve de derecho por la solemne profesión religiosa, o bien por dispensa concedida justamente por la Sede Apostólica, ya a ruego de ambas partes, ya de una, aunque la otra se oponga. (Cánón 1.119).

El legítimo matrimonio, no obstante su consumación, entre personas no bautizadas, se disuelve por el privilegio Paulino en favor del creyente. (Cánón 1.120).

Los cónyuges deben hacer vida común a no excusarles justa causa. No tiene lugar la ruptura en cuanto al vínculo, en el contenido del *Codex*, entre católicos que hayan contraído matrimonio válido y lo hubieren consumado. El matrimonio rato y no consumado, puede ser disuelto solo en dos casos. Por causas que terminamos de indicar, puede lograrse el divorcio relativo o separación corporal más o menos prolongada. (Cánón 1.128).

V

Derecho español

El vigente Código civil (año 1889) es influenciado por la doctrina católica, imperando la idea del vínculo indisoluble. El ma-

(1) Iglesias, *La llamada demanda de divorcio*, pág. 15.

trimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges (art. 52).

Tanto en el artículo 42 como en la base 3.^a, el Código reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesan la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina el Código (1).

El matrimonio canónico presenciado por un funcionario judicial produce efectos civiles para los católicos, y con arreglo a lo establecido en el artículo 86 y siguientes de esa sección, el de los acatólicos. En cuanto a la forma de este matrimonio está preceptuado por el artículo 100.

Admitida la doctrina de la Iglesia en España, no tiene cábida el caso «quod vinculum» y solo produce el divorcio la suspensión de la vida común de los casados, siendo el caso «quod thorun et habitationem».

Artículo 1.^o Las causas legítimas de divorcio son:

- 1.^a El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.
- 2.^a Los malos tratamientos de obra, o las injurias graves.
- 3.^a La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.
- 4.^a La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- 5.^a El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la convencia en su corrupción o prostitución.
- 6.^a La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

Art. 106. El divorcio solo puede ser pedido por el conyuge inocente.

Los tribunales civiles entienden sobre los pleitos de nulidad de los matrimonios celebrados con arreglo a las disposiciones del Código, adaptando medidas y fallando definitivamente en los pleitos de divorcio (arts. 68, 103 y 107).

Los efectos civiles de la nulidad del matrimonio y del divorcio están marcados desde el art. 67 al 75.

El art. 67 del Código civil enseña que solamente ante los

(1) Según el Catedrático de la Universidad de Valladolid Doctor Valverde en la manera de expresar su pensamiento en el art. 42, ha sido poco feliz, pues la fórmula imperativa que supone la palabra *deben* da lugar a que se crea por alguien que todo católico debe ser casado, lo cual es un absurdo, y más si se tiene en cuenta que impone esta obligación a *todos* los que profesan la religión católica. (*Tratado de Derecho civil español*, tomo 4.^o, pág. 68).

tribunales ordinarios podrán conseguirse los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre divorcio y nulidad de matrimonio.

Visto el estado de cosas del divorcio en España, es lógico preguntarse si deben ser reformados los artículos del Código civil a que hacíamos referencia; pero ante nosotros se presenta la cuestión de si pueden ser cambiadas las normas jurídicas que rigen a una sociedad, o en otros términos, se nos plantea el problema de la mutación de las leyes. El autor de una monografía, nuestro dilecto amigo Angel Santos (1) dice: «La ley humana está sujeta a mutación (Suma Teológica de Sto. Tomás, 1 y 2, cuestión 97, art. 1.º). Tanto por parte de la razón legislativa que se desarrolla y perfecciona gradualmente, como por parte de los individuos cuyas relaciones sociales debe regular la ley, ésta se halla necesariamente sujeta a mutación si ha de estar en relación y armonía con las exigencias del bien público y utilidad general de los gobernados y desde este punto son verdaderas las afirmaciones de la escuela histórica».

Demostrado en que los artículos del Código civil pueden reformarse, vamos a ver en qué debe consistir esa reforma. Si la muerte es causa de disolución del matrimonio, estamos conformes con el maestro Saldaña en que «pueden ser causas de análogo efecto aislador al de muerte, ante todo la ausencia prolongada sin noticias que da lugar a presunción de muerte una vez terminado el plazo legal absurdamente largo en España... (2). También la condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua..., en fin, el matrimonio del cónyuge ausente en país extranjero. Sucede que admitido el divorcio en las legislaciones fronterizas (Francia, Inglaterra y Portugal), el español que contrae matrimonio en España se perjudica quedando atado para siempre, mientras se cónyuge extranjero o extranacionalizado, después de el divorcio, puede contraer nuevas nupcias llevando la burla hasta un extremo de injusticia» (3).

Habiendo defendido las doctrinas eugenistas no es de extrañar que para nosotros deba ser causa de divorcio, o bien de nulidad por error de la persona, el caso de padecer uno de los cónyuges enfermedad incurable, sobre todo si es venérea.

(1) Angel Santos y Pastor. *La mutación de las leyes según la doctrina de Santo Tomás de Aquino*, pág. 22.

(2) 30 años, según el art. 191, desde que se recibieron las últimas noticias del ausente, o 90 años desde su nacimiento.

(3) Pág. LXXIV a LXXVI del prólogo a Tarragato.

Por último, no obstante la opinión de Saldaña que cree deben abandonarse los motivos culposos de divorcio, nos parece que debiera incluirse el adulterio en los casos de existir de él una prueba plena.

Claro es que todo esto que decimos se refiere al matrimonio civil, pues respecto al canónico, mientras la Iglesia no declare su disolubilidad, estamos conformes con su disciplina.

VI

El divorcio en el extranjero

Vamos a hacer un estudio comparativo de las diversas legislaciones sobre el divorcio y para ello hemos de utilizar las monografías escritas por E. Tarragato y Torrubiano, y a ellos remitimos a nuestros lectores que deseen conocerlas con más amplitud, así como el tomo 4.º del magistral tratado de Derecho civil del Rector de Valladolid Sr. Valverde.



Alemania. Reviste gran interés la historia de este pueblo en la edad moderna por su influencia sobre los demás.

Estuvo en vigor el divorcio por mutuo disenso hasta la publicación del vigente Código civil alemán (1900) en Alsacia, Lorena y Ducado de Bade.

Terminábase en Prusia la codificación cuando las doctrinas napoleónicas traspasaban la frontera en la izquierda del Rhin de Alemania, al mismo tiempo que se caminaba hacia la unidad; y Savigny, preocupándose de ello, dijo: «El matrimonio pertenece por mitad al Derecho y por mitad a la costumbre».

El Código civil de Sajonia de 1885 admite la disolución para protestantes y reformados; la separabilidad para ciudadanos católicos.

El vigente Código civil alemán tiene como fuentes los Códigos de los Estados que forman el reich, el suizo, el napoleónico, etcétera.

El libro 4.º de los cinco del Código que trata del derecho de familia, en la primera sección, se plantea el problema de la diso-

labilidad del vínculo del matrimonio, sustituyendo la concepción matrimonial cristiana por la civil.

En Alemania no hay más que un solo matrimonio, único legal, sin distinción de cultos: el matrimonio civil; no se impide la libertad de contraerlo además canónicamente, como hacen los católicos, que entienden que tal matrimonio es insuficiente.

Se admite el divorcio vincular para todos, sin distinción de cultos, por las siguientes causas: adulterio, bigamia, bestialidad, acechanzas contra la vida del otro cónyuge, graves infracciones de los deberes matrimoniales y enfermedad mental durante el matrimonio, que se considere incurable.

También se obtiene la separación de cuerpos cuando las dos partes estén de común acuerdo sobre ello.

En la proyectada reforma del Código civil dice el artículo 1.975: «El esposo que tenga derecho a pedir el divorcio podrá, en lugar de éste, que cese la vida común (separación). Si el otro esposo pidiera el divorcio para el caso en que la demanda sea fundada, procederá decretarlo», y en otro lugar añade: «Antes de perseguirse la acción los cónyuges deberán haber vivido en completa separación más o menos tiempo».

En *Austria* son legales todos los matrimonios canónicos, sea el católico, el protestante, el cismático, el judío, etc. Así mismo es legal también el matrimonio civil para los que no tengan ninguna religión, o cuando su propio pastor rehusa casarlos sin motivo justificado. Se admite legalidad civil al matrimonio canónico (tanto de católicos, como de cismáticos o de judíos, etc., y con igualdad) y el civil.

Se admite el divorcio vincular y existe al mismo tiempo la separación de cuerpos.

Hungría. En ella solo es legal el civil, no puede contraerse el canónico antes que el civil. Admite casi las mismas causas de separación que Alemania—siempre que convezcan al juez de la imposibilidad de vivir juntos—para el divorcio vincular, e impone como prueba la separación de cuerpos antes de admitir el divorcio.

Dinamarca. Las causas de el divorcio vincular son las mismas que las de las naciones anteriores, más la de locura incurable, o la condena a trabajos forzados por más de tres años y vivir los esposos separados por más de tres años. Antecede al divorcio una separación de cuerpos solicitada de acuerdo por éstos antes el pastor que ha de procurar su reconciliación. La

mayor parte de las veces es temporal la separación convencional, aunque puede ser perpétua. De idéntica manera que en Austria es legal el matrimonio de cualquier confesión religiosa.

En *Suecia* y *Noruega* el matrimonio canónico-protestante es obligatorio para los que profesan la religión del Estado. En la primera se reconocen las uniones libres como matrimonios imperfectos por la legitimidad de los hijos. Rige en esta materia lo mismo que en Dinamarca hasta con las mismas causas y efectos.

En *Holanda* y *Portugal* no conceden legalidad a otro matrimonio que a el civil y admiten el divorcio vincular. Las causas apenas varían de las naciones anteriores, y en esta última, dolencia contagiosa incurable y mutuo disenso, no pudiendo contraer nuevamente entre sí, necesitando pasen tres años para poder contraer con otras personas.

Suiza. El Código suizo admite dos tipos de separabilidad: uno que puede durar hasta tres años, cesa entonces, y pasado este plazo, si no se pronuncia el divorcio, continúan provisionalmente. si no lo altera la voluntad de uno de ellos, después de tres años. Según el art. 146: «El juez está obligado, una vez establecida la causa de divorcio, a pronunciar el divorcio o la separación de cuerpos».

Francia. Solo es legal el matrimonio civil. Se admite el divorcio vincular para todos y sin distinción de cultos. Era una de las más radicales y avanzadas puesto que admitía el mutuo disenso. Lo cual llegó a tal abuso que había más divorcios que matrimonios (como prueban las estadísticas), siendo preciso abolirle, a cuyo efecto se dió la ley 8 mayo de 1816; más como el diputado A. Naquet propagó el divorcio como institución sublime, presenta un proyecto ley, el cual le defiende A. Dumas (hijo) con la publicación de un libro, con lo cual fué aprobado en parte restableciendo el imperio de la ley 18 de abril de 1886. En Francia existe, pues, el divorcio que disuelve el vínculo conyugal, no admitiendo el mutuo disenso como lo hacía el Código de Napoleón.

Bélgica. A pesar de haber gobernado el partido católico bastantes años rige el mismo derecho francés.

Inglaterra. En esta nación se concede entera libertad para contraer matrimonio a todos; igualmente se concede validez. Como se ve, es el país más liberal de Europa. Según la ley de 28 de agosto de 1857, además de admitir la separación, se admite el divorcio, pero solamente por motivo de adulterio.

Checoslovaquia ha admitido con ligeras variantes la legislación inglesa sobre el matrimonio.

Polonia, a base de «razones pertinentes», se admite la separación por consentimiento mutuo.

Italia. En este país regula el matrimonio civil; el Código de 1865. El Derecho italiano, que rige con independencia de la religión el matrimonio, nunca reconoce, ni nunca admite el divorcio absoluto o «divorcium quod vinculum»; pero sí la separación personal por mutuo disenso. Es en Europa la legislación del matrimonio que guarda mayores analogías con la de España; teniendo como diferencias el no reconocer la disparidad de cultos ni impedimentos de orden sagrado, reconociendo Italia los hechos consumados por los italianos que se nacionalizan en país donde se halla establecido el divorcio, y España no los acepta.



Vistas las principales legislaciones europeas pasemos a las americanas.

Canadá y Estados Unidos. Hay gran variedad de legislaciones. En algunos existe el divorcio legislativo, el cual, siendo pronunciado por este Poder, deja la separación a la autoridad judicial y el vincular. Muchos autores de gran relieve subrayan la nota de que en los Estados del Este-Norte americano se va generalizando la tendencia de no admitir el divorcio absoluto, o por lo menos el subsiguiente matrimonio.

Méjico no reconoce legalidad a otro matrimonio que al civil. Tiene como condición para dar lugar a motivos de divorcio, el vicio incorregible de la embriaguez. No se admite el divorcio absoluto, sino el relativo; sin embargo tiene la especialidad que se admite por mutuo consentimiento, siempre que no lleven casa los veinte años y la mujer sea menor de 45.

En América del Centro, *Guatemala*, a pesar de no admitir otro matrimonio que el civil, el divorcio, a imitación de la legislación española, produce la separación de cuerpos, pero no disuelve el vínculo matrimonial.

Adoptan el divorcio en cuanto al vínculo y no reconocen otro matrimonio legal que el civil, *Venezuela, Ecuador y Paraguay*, y esta última en 1921.

En *Uruguay* por leyes 1907 y después en 1913, se decreta el divorcio por la sola voluntad de la mujer. La demandante en tal

caso, debe presentarse al Juez de 1.^a instancia de su domicilio, lo cual hace constar en acta. Si existen hijos, para resolver sobre su situación sobre la pensión alimenticia que el marido debe pasar a la mujer y sobre la situación provisional de los bienes, señala un día en que han de comparecer a fin de hacer posible la conciliación. El juez resuelve, y si no hubiere habido conciliación acuerda la separación provisional y señala nueva audiencia, cuya vista ha de celebrarse en el término de seis meses. Si en esta segunda comparecencia expone que insiste en su deseo, el juez lo hace constar en acta la ratificación de sus propósitos y señala nueva vista para el plazo de un año.

Cuando en esta tercera vista nuevamente ratifique su deseo la mujer, se decreta sin más el divorcio, condesienda el marido o se oponga a él.

Si la esposa que ha solicitado el divorcio se entiende que desiste cuando a cualquiera de las comparecencias no asiste, y no puede iniciar nuevamente su acción sino por causas determinadas.

No tienen ley de divorcio Argentina, Brasil, Chile y Perú.

Hay dos repúblicas donde la legislación matrimonial es parecida a la de España, a saber: *Bolivia* y *Colombia*, donde son legales el matrimonio canónico y civil como en nuestra patria, y tampoco admiten el divorcio vincular.

Costa Rica es una legislación parecida a la italiana y tampoco tiene el divorcio vincular.



Vista a la ligera la legislación extranjera, aun ganando terreno los partidarios del divorcio desde el punto de vista práctico, es absolutamente condenado por la ley moral y en consecuencia por el Derecho natural.

VII

El divorcio según el Derecho Internacional Privado (1)

Da origen a múltiples dificultades provenientes de que la mayor parte de los países católicos solo admiten la separación

(1) Sobre tan interesante problema puede verse las siguientes obras: Weisg, *Droit International Prive*. Pillet, *Principios de Derecho Internacional Privado*. Torres Campos, *Elementos de Derecho Internacional Privado*.

de cuerpos, al mismo que los protestantes aceptan la disolución del vínculo y por consiguiente otorgan a los divorciados la facultad de contraer nuevas uniones.

La cuestión acerca de qué ley será aplicable para decidir si el matrimonio puede ser disuelto por el divorcio y cuáles las causas de disolución, resulta de distinto modo enfocadas por los tratadistas. Los que ven en el matrimonio una convención civil ordinaria, aplican la ley que gobierna las relaciones personales entre los cónyuges. Así Rocco, la ley aplicable del domicilio del marido. Pütter, la del lugar donde se celebró el matrimonio. La escuela italiana de Fiore que considera al divorcio como un cambio de estado, le aplica la ley nacional de los cónyuges. Si éstos han cambiado de nacionalidad después del matrimonio, es la ley de la nueva patria la que rige el divorcio; si solamente ha cambiado uno continúa en vigor la ley nacional.

En oposición a estos sistemas, los autores y la jurisprudencia están de acuerdo en que el divorcio no pueda decretarse sino de acuerdo con la ley del país o territorial («lex fori»), y esta ley es la que decide si el matrimonio puede ser disuelto por el divorcio y en virtud de qué motivos, y esto porque no es admisible que el divorcio pueda ser decretado por el juez cuando las leyes del país de éste consideren la disolución del matrimonio como contrarias a las buenas costumbres y a la religión, puesto que se restablece el estado anterior de celibato creando una situación nueva que confiere nuevos derechos. La aplicación de la «lex fori» está admitida en Francia, Alemania, Inglaterra y EE.UU.

Según Asser, los cónyuges extranjeros divorciados se consideran como no casados, aun en los países en que sea desconocido el divorcio absoluto; doctrina que es consecuencia de que el *estatuto personal* sigue a la persona en todas las partes; mas las naciones que no aceptan el divorcio en cuanto al vínculo, no reconocen los efectos de ésta ni aún en los matrimonios extranjeros, considerándola como separación de cuerpos. La ley de Suiza exige para el divorcio absoluto el acuerdo de la ley nacional y extranjera.

En la primera reunión celebrada en Munich en 1883 por el instituto de Derecho Internacional Privado, se presentó por Arntz y Westlake un proyecto, cuyo art. 7.º el divorcio, debidamente pronunciado por el Tribunal competente nacional, debería ser reconocido, pudiendo el divorciado contraer nuevo matrimonio por la legislación del tribunal que lo pronunció.

El proyecto de codificación del Derecho Internacional Privado, elaborado por la conferencia de La Haya en 1893-94, determina que no se admitirán las sentencias de divorcio o separación de cuerpos si las autorizan la ley nacional de los esposos y la del lugar en que la demanda se presente, pudiendo esta presentación tener lugar ante el Tribunal competente según la ley del domicilio de ambos esposos o la ley nacional, y que si ambos esposos no tuvieran igual nacionalidad, se considerará como nacional su última legislación común.

En general, la simple separación de cónyuges (divorcio relativo), se rige por la ley del matrimonio, es decir, por la ley nacional de los cónyuges, que es generalmente la del marido; por lo que a los efectos matrimoniales se refiere se aplica la ley que rige los bienes de los cónyuges.

Finalmente, Rocher afirma que la verdadera regla en materia de divorcio y separación consiste en remitir a las partes ante los tribunales de su nación, pues solo así pueden hallarse verdaderas garantías y estarse seguro de que el divorcio o nulidad del matrimonio producirán sus efectos en el país verdaderamente competente.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ DEL VAYO: *La nueva Rusia.*
AHRENS: *Curso del Derecho Natural.*
BOISTEL: *Cours de philosophie de droit y Le droit de la famille.*
BALZAC: *Physiologie du mariage.*
BORGILLIA: *Preteccionis juris canonici.*
BRACH: *Del divorcio en la sinagoga.*
BURÓN: *Tratado de Derecho civil español.*
CASTÁN: *La crisis del matrimonio.*
CAMPOS PULIDO: *Legislación y jurisprudencia canónica.*
CARIÓN NISAS: *Curso de legislación.*
CABAGNARI: *Nouvo orizzonti del dicitto civile.*
CATHREN: *El Derecho Natural y el positivo.*
CEPEDA: *Elementos de Derecho Natural.*
CIMBALI: *La nueva fase del Derecho civil.*
COLÍN Y CAPITÁN: *Curso elemental de Derecho civil.*
CONCÓN: *Le divorce et la separation de corps.*
D'AGUANNO: *Génesis del Derecho civil.*
DIDÓN: *Indisolubillite et divorce.*
DUGUIT: *Las transformaciones del Derecho privado.*
ESPASA (enciclopedia): *Divorcio y matrimonio.*
FERRERES: *Derecho sacramental y penal de la Iglesia.*
FERRÁNDEZ: *Discurso de apertura de la Universidad de Valladolid. 1926.*
FIORE: *Derecho Internacional Privado.*
GASPARRI: *Del matrimonio.*
GINER (DON F.): *Filosofía del Derecho y estudio acerca de la familia* (Rev. leg.).
G. ECHÁVARRI: *Divorcio y delito.*
HÁN: *Derecho matrimonial.*
IGLESIAS: *La llamada demanda de divorcio.*
MARICHALAR Y MANRIQUE: *Historia de la legislación.*
MAROTO: *Instituciones de Derecho Canónico.*
MANRESA: *Comentarios al Código civil español.*

- MENGER: *El Derecho civil y los pobres.*
MENDIVE: *Elementos de Derecho Natural.*
MINGUIJÓN: *Historia del Derecho español.*
NAQUET: *Le divorce.*
PLANAS Y CASAL: *Tratado de Derecho civil español.*
PILLET: *Principios de Derecho Internacional Privado.*
SÁNCHEZ ROMÁN: *Tratado de Derecho civil.*
SANTOS Y PASTOR: *La mutación de las leyes.*
SPENGLER: *La decadencia de Occidente.*
TARRAGATO: *El divorcio en las legislaciones comparadas.*
TORRES CAMPOS: *Derecho Internacional Privado.*
TASÍN: *La revolución rusa.*
TORTOSA: *El nuevo Código Canónico.*
TORRUBIANO: *Novísimas instituciones de Derecho Canónico y El divorcio vincular y el dogma católico.*
TISSOT: *Le mariage, la separation et le divorce.*
VALVERDE: *Las modernas direcciones del Derecho civil, Tratado de Derecho civil español y Consideraciones sobre la legislación soviética.*
WEIS: *Droit International Privé.*



