

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**Departamento de Derecho Romano**



**TESIS DOCTORAL**

## **El divorcio en Roma y en España**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Rodolfo Vázquez de Marcos**

Madrid, 2015

Rodolfo Vázquez de Marcos

TP  
1981  
030



\* 5 3 0 9 8 5 4 7 7 4 \*

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

x - 53 - 377146 - 2

EL DIVORCIO EN ROMA Y EN ESPAÑA

Departamento de Derecho Romano  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
1981



BIBLIOTECA

© Rodolfo Vázquez de Marcos  
Edita e imprime la Editorial de la Universidad  
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía  
Noviciado, 3 Madrid-8  
Madrid, 1981  
Xerox 9200 XB 480  
Depósito Legal: M-40121-1980

Rodolfo Vazquez de Marcos

EL DIVORCIO EN ROMA Y EN ESPAÑA

Departamento de Derecho Romano  
Facultad de Derecho.  
Universidad Complutense.  
Madrid, 1.980



**Universidad Complutense de Madrid  
Facultad de Derecho**

**EL DIVORCIO EN ROMA Y EN ESPAÑA**

El presente trabajo de investigación ha sido  
realizado en el marco del curso de Historia  
del Derecho Romano y de la Historia del  
Derecho Español, impartido por el Sr.  
D. Rodolfo Vázquez de Marcos, en el  
curso académico 1979-1980.

**Elaborado por D. Rodolfo Vázquez de Marcos**  
Madrid, 1980.

Tesis presentada por el Licenciado  
Dn. Rodolfo Vazquez de Marcos, para  
obtener el grado de Doctor en Dere  
cho, bajo la dirección del Profesor  
Dr. Dn. Angel Latorre Segura, Cate-  
drático de Derecho Romano en la  
Universidad de Alcalá de Henares.

Madrid, 29 de abril de 1.980

Difficile est proprie communia dicere: tuque  
Rectius Iliacum carmen deducis in actus,  
Quam si proferres ignota, indictaque primus.

Horacio, Epistola a los Pisones, 128

Es difícil presentar como propio lo que otros han tratado ya. Pero es más fácil acertar si te inspiras en la Iliada que si abor das un tema nuevo y desconocido.



I. EL DIVORCIO EN ROMA.

A. DISOLUBILIDAD E INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO.

1. Evolución en Roma.

La institución del matrimonio que se conoce en los países de cultura occidental es el resultado de una evolución desde oscuros orígenes -que han sido objeto de variadas conjeturas (1)- hasta las formas actuales, que tienen como antecedente el Derecho Romano del Corpus Iuris influido ya por el cristianismo. Estamos, pues, familiarizados con la idea de matrimonio como instituto jurídico, carácter que se le niega al matrimonio romano, del que se dice que es más una cuestión de hecho que de derecho. Gayo (2) refiere que la mujer que permanecía casada durante un año caía bajo la manus o potestad marital por efecto del usus o usucapión. Pero si ella no quería entrar bajo la autoridad marital y encontrarse en la familia como uno más de sus miembros, es decir, loco filiae, sometida al pater familias, podía acogerse a lo previsto en la Ley de las XII Tablas para interrumpir la prescripción adquisitiva, ausentándose del hogar conyugal durante tres días consecutivos antes de completarse el año. La relación de facto más el factor intencional o affectio maritalis constituía el matrimonio en Roma. Que la mujer estuviera sometida a la potestad del marido o de su pater familias dependía de que éstos la adquirieran ya por el contrato matrimonial, ya por prescripción

-----  
 (1). Robin Fox. Sistemas de parentesco y matrimonio. p.18

(2). Gayo, 1, 111. Usu in manu conveniebant quae anno continuo nupta perseverabat, quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familia viri transibat filiaque locum optinebat. Itaque legem XII Tabularum cautum est ut si nollet eo modo in manu mariti convenire quotannis trinoctio abesset atque eodem usum cujusque anni interrumperet.

pero el matrimonio no parecía exigir forma jurídica alguna. La manus o potestad marital operaba en relación con la dependencia personal de la esposa y cuestiones del patrimonio de ésta, pero no con el matrimonio mismo.

Es difícil imaginar que en la antigüedad otros pueblos - tuvieran desarrollado un concepto jurídico del matrimonio, - pues para ellos, lo mismo que para los romanos, se trataba de una relación social regida por principios religiosos. Pero - no hay que olvidar que en un principio religión y derecho e ran esferas indiferenciadas y que muchas normas de aquella eran de carácter jurídico, por lo que no puede decirse rotun damente que el matrimonio no estuviera regulado en absoluto por reglas jurídicas.

En los tiempos primitivos lo que podríamos llamar núcleo matrimonial está fundado en la necesidad de la reproducción humana, con las peculiaridades propias de la especie. Existe la opinión de que hubo "un estado primitivo en el que imperaba en el seno de la tribu el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres" (1). Bachofen, citado por Engels, dice que "no ha existido un estadio social de promiscuidad de los sexos, sino el matrimonio por grupos". El mismo Engels (2) se refiere a "una especie de matrimonio, fácilmente disoluble por ambas partes, que es la familia sindiásmica", sistema que Morgan encontró en pleno vigor entre los iroqueses de América del Norte, sin excepciones, y entre los drávidas y gauras de la península indostánica (2). Este mismo sistema lo ha encontrado también en Africa y Austra--

-----  
 (1). Lewis H. Morgan. Ancien Society. Londres, Mc. Millan y C<sup>o</sup> 1877.

(2). Federico Engels. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. (En la obra se hace la referencia al Derecho materno, de Baschofen).

lia, con variaciones, lo que a su juicio atestigua su difusión en todo el ámbito de la Tierra y esta generalidad es prueba de que la humanidad ha pasado por diferentes fases en las relaciones sexuales y familiares antes de desembocar en las formas que conocemos y tratamos como habituales.

Las teorías de Morgan fueron combatidas más tarde por diferentes autores. Ahora, dice Robin Fox, "se acepta más o menos que Morgan tenía razón en señalar la importancia de la terminología, pero se equivocaba sobre su significado" (1).

El mismo profesor Fox se refiere al enfoque dado al problema por Levi-Straus que llama la atención sobre los sistemas de parentesco. "Los grupos de parentesco, dice, eran simples unidades dentro de un sistema de "alianzas" que se hacían o expresaban mediante el matrimonio". De modo que semejante tratamiento del problema facilita la comprensión del parentesco y el matrimonio en nuestra propia sociedad, donde amplios grupos de parientes con importancia política no constituyen las unidades básicas del sistema social (2).

En época histórica se tiene noticia de que la poligamia - está muy extendida entre los pueblos orientales y el vínculo entre los esposos es fácilmente disoluble por repudio del varón. En el derecho hebreo está admitido también el repudio, - pues la norma Deut. XXIV, 1, atribuye valor constitutivo de divorcio a la carta de repudio o "get", además del valor probatorio del mismo (3), y los griegos copiaron formalidades de aquél. La mujer griega, no obstante, tiene una situación diferente de las orientales, pues a diferencia de éstas, que no po-

(1): R.Fox. Ob.cit.p.19

(2). *ibid.* p.22 . Cita también la obra de C.Levi-Straus, *Les structures elementaires de la parenté*.

(3). Daniela Piattelli, en *IURA*, 18 (1967) p.121 ss.

dían repudiar a los maridos, puesto que solo los hombres tenían la facultad de enviar la carta de repudio, en Grecia, si la mujer quería disolver el matrimonio bastaba con que abandonase la casa del marido e hiciera la declaración ante el Arconte. Parece que el divorcio procedía siempre que el marido entregase a otro su mujer, con el consentimiento de ésta, si bien decayó pronto esta forma de divorcio por consentimiento mutuo (1).

a). Derecho antiguo y clásico.

Si se tienen en cuenta las condiciones sociales y jurídicas que rodeaban a Roma cuando su fundación, ie las que ella misma no podía quejar al margen por escasa que fuera la comunicación entre los pueblos de la antigüedad, hay que deducir que el matrimonio romano fué disoluble desde el principio de la civitas del mismo modo que lo era entre otros pueblos. Ello se pone de manifiesto por la concepción romana del matrimonio como relación mantenida por la voluntad expresa y continuada de los conyuges, la cual podía cesar en cualquier momento.

En el texto de Gayo (2) citado mas arriba se nos dice como podía adquirirse la potestad marital por el transcurso de un año de matrimonio. Mas la mujer podía interrumpir el curso del plazo por la tri noctio usurpatio, es decir, permaneciendo fuera del domicilio del marido -en casa de su pater familias- tres noches consecutivas. Si en el ejercicio de esta facultad la mujer decidía no reintegrarse a la casa del marido, no sólo quedaba interrumpido el plazo para la usucapión de la manus, sino también quedaba suspendida la vida marital aunque ello por si solo no rompiera el matrimonio.

-----  
 (1). E. Tarragato, El divorcio, Góngora, Madrid, 1925. Respecto al repudio en Grecia, este autor cita Pollux, 3, 5, 3 y Lysias contra Alcibiades, 541, 7.

(2). Gayo, 1, 111, cit.

El matrimonio romano no se constituía por la mera convivencia del hombre y de la mujer. Era necesario, además, que concurriera un elemento intencional y voluntario llamado affectio maritalis (1), cuya importancia se pone de manifiesto por el hecho de que aunque los cónyuges hubieran vivido separados, si mantuvieron el recíproco respeto marital el matrimonio no se considera roto y surtía todos los efectos. Si por el contrario, este affectus maritalis desaparecía porque cualquiera de ellos dejara de querer convivir como marido y mujer, el matrimonio se disolvía y así ocurrirá por decisión de cualquiera de las partes, derecho que, por otro lado, no admitía restricciones, pues estaban prohibidos los pactos que lo limitaran. Tal es la doctrina jurisprudencial que se recoge en los textos, si bien tal vez no pueda afirmarse que el derecho se haya reconocido a ambos sexos, por igual, en todas las épocas del derecho romano (2).

No obstante esta posibilidad de ruptura desde los primeros tiempos de Roma, "los estudios sociales han confirmado - que los matrimonios romanos fueron estables en su conjunto - y que la cohesión familiar se mantuvo firme al abrigo de separaciones y segundas uniones" (3).

Parece que durante los primeros tiempos se usó del divorcio con prudencia y que durante siglos el único remedio que se arbitró contra él fué imponer pérdidas patrimoniales a los que se divorciaban de su cónyuge injustificadamente o daban motivo al divorcio por su infidelidad (4). A este reg

-----  
/1). Ulp.D. 24,1,32,13. Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio.

(2). C.8,39,2: "libera matrimonio esse antiquitus placuit ideoque pacta ne liceat divertere non valere constat.

(3). Humber Michel. Le remariage a Rome. Intr.

(4). J.B.Moyle. Imperatori Iustiniani Institutionum.

pecto, Plutarco (1) nos dice que "de la reverencia, amor y constancia que dió a los matrimonios (Romulo) el mismo tiempo da testimonio puesto que en 230 años no se resolvieron a separarse el marido de su mujer ni ésta de aquél". Y el mismo Plutarco (2) nos cuenta "como a diferencia de los historiadores griegos que refieren quienes cometieron un homicidio en la familia, o pelearon con sus hermanos o pusieron mano sobre el padre o la madre, los romanos hacen memoria de que fué Espurio Carvilio el primero que repudió a su mujer el año 230 de la fundacion de Roma; y la mujer de Pinaro, de nombre Talea, la primera que riñó con su suegra Gegania, reinando Tarquino el Soberbio; con esta honestidad y decencia habia sido dispuesto por el legislador el derecho de los matrimonios". Volveremos mas adelante sobre este texto de Plutarco. Lo que hay que destacar es que el repudio del año 230 U.C. fué posible porque existía el cauce para ello.

Es oportuno recordar aquí que el *populus romanus* estaba formado por dos ordenes de ciudadanos: los patricios y los plebeyos. Despues de haber sido derrocada la monarquía, los primeros retuvieron todo el poder del Estado y constituyeron una casta separada, prohibiéndose los matrimonios con los plebeyos. Aún despues de la redacción de la Ley de las XII Tablas, los patricios mantuvieron sus privilegios y la Tabla XI (3) sancionó la antigua costumbre que prohibía el matri-

-----  
 (1). Plutarco, *Rómulo*, 6: *Reverentiae vero et amoris et constantiae, quibus devinxit conubia temporis diuturnitas testimonium, quippe enim triginta et ducentis, neque mariti consortium deserere uxor sustinuit.*

(2). Plutarco, *Numa*, 3, in fine:

(3). Ciceron, *De rep.* 2, 36: *qui duabus tabulis iniquarum legum additis conubia... ut ne plebei cum patribus essent, inhumanae legis lege sanxerunt.*

monio entre los individuos de ambos órdenes, es decir, los plebeyos carecían de conubium, y esta norma no fué derogada hasta la promulgación de la Lex Canuleia del año 305 de la fundación de Roma (1).

Mas no hay que perder de vista que el matrimonio romano no estuvo nunca sujeto a formalidad alguna: bastaba tener el conubium, ser púber, obtener el consentimiento del pater familias si se trataba de un alieni iuris, no estar incurso en ningún impedimento y tener el animus maritalis, es decir, consentir en ser marido y mujer. Y aunque había dos formas de matrimonio, cum manu y sine manu, el matrimonio es solo uno ya que la presencia o ausencia de la manus no significaba otra cosa que la mujer ingresaba en la potestad de su marido o del pater familias de éste, o se mantenía bajo la potestad de su propio pater familias.

Hasta la promulgación de la Ley Iulia de adulteriis por Augusto alrededor del año 18 a de C., el divorcio como medio de disolver el matrimonio no fué reglamentado. Durante mas de setecientos años no había sido necesario observar ninguna formalidad especial. Hubo penas pecuniarias para el cónyuge sobre el que hubiera de imputarse la responsabilidad de la disolución, mas no se estableció a lo largo del periodo clásico que el divorcio sería válido si se daban determinadas causas y que no dándose éstas hubiera de sancionarse o considerarse ilícito (2).

Las normas de la Ley Iulia de adulteriis obedecen a la necesidad-se dice-de moralizar las costumbres, porque el divorcio había tomado carta de naturaleza entre los romanos. Le-

(1). W. Smith. Smaller history of Rome, p. 36 y ss.

(2). Salvatore di Marzo, Lezioni sul matrimonio romano. L'Erma, Roma, 1.972 (reimpresión), p. 73.

ga a decirse (1) que "las mujeres cuentan sus años por el número de sus maridos". En los tiempos primitivos de Roma, el divorcio existía pero se practicaba moderadamente, como correspondía a una sociedad de costumbres austeras y economía rural poco desarrollada. Cuando el dinamismo social cambia por la transformación que producen en la civitas la expansión y las guerras civiles que la trastocaron, por la adopción de nuevos sistemas capitalistas de producción y por el materialismo y epicureísmo que genera la paz y prosperidad que siguieron a la subida de Augusto al poder (2), que pusieron el goce personal por encima de cualquier otro valor (3), se deja sentir en la sociedad una lassitud y un descenso de la natalidad a un nivel que preocupa al propio Augusto. Este, con la finalidad preferente, si no exclusiva, de política-demográfica, promulga las leyes Iuliae de maritandis ordinibus del año 18 a de C. y la Papia Poppaea, del 9 de C., que contienen, además de las disposiciones que tienden a evitar las mezclas de la alta sociedad con personas indeseables o de baja condición, otras que establecen la obligatoriedad de contraer matrimonio dentro de ciertas edades. Disuelto el matrimonio por divorcio, toca al hombre casarse inmediatamente; en cuanto a la mujer, según sea divorciada o viuda, se le conceden, respectivamente, plazos de 18 meses y de dos años (4).

La legislación augustea no modifica nada de lo relativo al divorcio; éste sigue fundado en las mismas bases de siem

-----  
 (1). Séneca, De benef., 3, 16, 2... "nubiles feminae non consumunt numero, sed maritos annos computant".

(2). M. Rostovzeff, Historia social y económica del Imperio romano. E. Calpe, Madrid, 1962. p. 98.

(3). Trimalción, cena, 34, 10: eheu nos miseros, quam totus hunc municio nil est, sic erimus cuncti, postquam nos auferet occus. ergo vivamus, dum licet esse bene.

(4). Juan Iglesias, Derecho Romano, Ariel, 1953, p. 221.

pre (1), o sea, en la concepción del matrimonio como relación determinada por la *affectio maritalis* o consentimiento continuado. (2). La ley Iulia de adulteriis introduce la formalidad (3) de que para que surta efectos jurídicos el divorcio ha de hacerse con la intervención de siete testigos ciudadanos romanos púberes, excluyéndose de los posibles testigos al liberto del que hiciere el divorcio, pero teniéndose por liberto, a estos efectos, también al que hubiera sido manumitido por los ascendientes. Así se desprende del texto de Paulo D.24,2,9 (4). Sin embargo este fragmento no puede interpretarse al pie de la letra, en el sentido de que la validez del divorcio dependa de que la fórmula se observe en sus propios términos porque ello sería entrar en contradicción con el conocimiento que nos suministran otras fuentes de que la disolución se produce por el cese del *affectus maritalis* (5), *affectus* o consentimiento que es de carácter psíquico y no material, y que es el ingrediente básico del concepto romano del matrimonio, en el cual está implícito el posible disenso o voluntad contraria en uno solo, o en ambos cónyuges. La ley Iulia de adulteriis (6) dice que se tiene por no ocurrido el

(1). S. di Marzo, ob. cit., p.83

(2). J. Iglesias, Ob. cit., p.213.

(3). Suetonio, Augusto, 34, 2: "divortiis modum impossuit". Se limita a esta mención, sin decirnos qué modo estableció.

(4). Paul. D.24,2,9. Nullum divortium ratum est nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius, qui divortium faciet. Libertum accipiemus etiam eum, qui a patre, avo, proavo et ceteris susum versum manumissus sit.

(5). S. di Marzo, ob. cit. p.80

(6). Ulp. D.38,11,1,1, in fine. "Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium sit, pro infecto habet".

divorcio que se lleva a efecto sin determinadas formalidades. Observar la forma impuesta por la ley Iulia a que se refiere Paulo es necesario para la eficacia jurídica del divorcio, en opinión de di Marzo (1), pero no afecta a la existencia del divorcio mismo: ésta continúa dependiendo del propósito deliberado y firme de la desunión, pues la decisión tomada en un arrebato, que no se mantiene, no da lugar al divorcio (2).

Contra lo que pudiera parecer la ley Iulia de adulteriis no contenía una prohibición del divorcio, sino que se limitaba a tener por no hecho, por no completo, el que se realizara sin las formalidades prescritas. Podía ocurrir que se diera una situación de facto -el matrimonio disuelto por voluntad de los cónyuges- y otra de iure -que por no haberse observado la forma el matrimonio pueda seguir produciendo efectos jurídicos.

Si en la legislación de Augusto se mantiene la validez del divorcio aunque no se hayan observado las formalidades de aquella ley, se plantea una cuestión: la de conciliar la obligación de atenerse a una forma para la eficacia jurídica del divorcio con lo que enseñan las fuentes, las cuales se ocupan de determinar la existencia de la ruptura del matrimonio sobre la base de pesquisas de carácter psicológico.

Para salvar la aparente antinomia se han dado opiniones diferentes. Solazi (3) estima que el divorcio sin formali-

(1). S. di Marzo, ob.cit., p.81

(2). Paul. D. 24, 2, 3. Ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est. nec divortisse videtur.

(3). S. Solazi, Studi sul divorzio, BIDR, 34 (1925) p. 33 ss.

dades era verdadero divorcio, sin embargo, no extinguía la responsabilidad del adulterio o del lenocinio.

Bonfante opina (1) que la forma se introdujo para los divorcios unilaterales, pues no se comprende semejante exigencia en los bilaterales o por consentimiento mutuo. Insiste este autor en que la forma no podía afectar a la validez del divorcio en aquella época porque la concepción imperante del matrimonio se basaba en la  affectio continua, y sostiene que lo que ocurriría es que el divorcio sin forma privaría de conubio a los divorciados para contraer otro matrimonio.

Levy opina, por su lado, que la prescripción de la ley Iulia no era una forma para el divorcio sino un medio de separar a la adúltera cum manu para que el marido pudiera evitar la acusación de lenocinio.

La disolución del matrimonio por divorcio ha de generar consecuencias en dos planos: en el personal, la posibilidad de que los divorciados puedan pasar a nuevas nupcias; en el patrimonial, con terminología moderna, la disolución de la  sociedad conyugal. Parece, pues, que en esta cuestión han de  diferenciarse los divorcios por la simple cesación del  affectus maritalis, que no requerirían ninguna formalidad y seguirían siendo exponente del concepto romano sobre el matrimonio y su disolubilidad, y los divorcios a los que pudieran serles aplicables las disposiciones de la ley Iulia de  adulteriis. Las leyes Iulia de  maritandis ordinibus y  Papia Poppaea crearon un imperativo matrimonial y de procreación de los ciudadanos y ciudadanas en edad hábil para engendrar. - La ley Iulia de  adulteriis, en cambio, perseguía moralizar -

(1). P. Bonfante, Corso, I, p. 338 ss.

las costumbres. Teniendo esto en cuenta podría pensarse que la forma que imponía la ley de los adulterios habría de ser observada en aquellos casos de divorcio en los que hubiera implicaciones de adulterio o de lenocinio, los cuales, de no hacerse como la ley prescribía, sin ser nulos, no surtirían plenos efectos jurídicos, como ocurría con el matrimonio iniustum, que sin dejar de ser matrimonio, no era válido para exonerar a los cónyuges de las sanciones que las otras leyes imponían por el celibato y la no procreación. Quedan así integradas las interpretaciones de los autores mencionados y explicado que los casos de divorcio normales se hubieran seguido haciendo de acuerdo con el concepto y la tradición romanas.

De todos modos, en la época de Augusto se mantuvo la libertad de divorcio y se consideraron inválidos los pactos matrimoniales que lo prohibieran y las estipulaciones que sancionaran al que se hubiera divorciado (1).

#### b) Derecho imperial.

##### a') De Constantino a Justiniano.

La aceptación del cristianismo por Constantino marcó un profundo cambio de rumbo. El divorcio no se suprimió pero en el año 331 este emperador lo restringió. Hasta entonces la falta del affectus marital había sido suficiente para disolver el matrimonio, pero a partir de este momento se sometió a reglamentación y no se permitió que la mujer -en razón de sus deseos depravados, se decía- enviara el repudio al marido por motivos fútiles, ni al marido que despidiera a la mujer por razones triviales.

-----  
 (1). J.3, 38, 2. Libera matrimonia esse, antiquitus placuit. Ideo que pacta ne licere divertere, non valere, et stipulationes quibus poense inrogantur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat.

Las causas o motivos de divorcio diferían según se tratase de la mujer o del marido. La primera podía obtener legítimamente el divorcio y recuperar su dote si mediante acusación en forma, probaba que el marido era culpable de homicidio, envenenamiento o violación de sepulcro (1), mas si la acusación no prosperaba, sufría la pérdida de la dote y de las donaciones esponsalicias, y era deportada a una isla (2).

El divorcio del marido era también legítimo si probaba que la esposa había cometido adulterio, envenenamiento o alcahuetería. Si fallaba en la prueba, tenía que devolver toda la dote a la mujer y no tomar nueva esposa, y si a pesar de la prohibición lo hacía, se facultaba a la primera mujer para que entrara en el domicilio de él y se apoderara de la dote de la segunda (3).

No obstante, el divorcio siguió siendo posible aunque no se probaran las acusaciones de uno u otro. Lo que ocurría es que se estaba ante un divorcio no legal que implicaba sanciones económicas y -por la deportación en el caso de la mujer- personales, pero no se había llegado aún a tener por no hecho el divorcio que no se había basado en alguno de los motivos o causas reconocidos por la ley.

Los emperadores Honorio, Teodosio y Constancio restringieron el divorcio a la existencia de una causa grave.

-----  
 (1). C.Th.3,16,1. Si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit...denim laudata omnem suam dote recipiat.

(2). Ibid. Nam si prater haec tria repudium marito misserit oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere et pro tan magna sui confidentia in insulam deportari.

(3). Ibid. Nam si ab his criminibus liberam elegerit omnem dote restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas debetur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inlata.

Podía cualquiera de los cónyuges instar el divorcio. Si lo hacía la mujer y probaba contra el marido alguna de las causas estimadas como graves, obtenía el divorcio, la devolución de la dote y la posesión de las donaciones esponsalicias (1), pudiendo casarse transcurridos cinco años.

Si se había separado del marido y no podía probar la existencia de causa grave, sufría la pérdida de la dote, de las donaciones esponsalicias, del derecho de post liminio, era deportada a una isla y no podía unirse a otro hombre (2).

Si en la acusación probaba sólo faltas de las consideradas leves o menores, se la sancionaba con la pérdida de la dote y de las donaciones esponsalicias, y con la prohibición de volver a casarse, garantizándole al marido repudiado el ejercicio de una acción contra su antigua esposa si ésta se casaba de nuevo (la trataba en tal caso como adúltera) (3).

Si quien tomaba la iniciativa era el marido, cuando probaba contra su mujer una causa grave recuperaba las donaciones esponsalicias, adquiría la posesión de la dote y, ya divorciado, podía contraer nuevo matrimonio inmediatamente con otra (4). Si no

-----  
 (1). C.Th.3,16,2. Restat ut si graves causas atque involutam magis criminibus conscientiam probaverit quae recedit, dote sua compos sponsalem quoque obtineat largitatem atque a repudii die post quinquenium nubendi recipiat potestatem.

(2). C.Th.3,16,2,pr. si nullas probaverit divortii causas, abolitis donationibus, quae sponsa perceperit, etiam dote privetur, deportationis addidenda supplicii cui non solum secundiviri copulam, verum etiam postlimini negamus ius.

(3). Ibid. Si vero morum vitia ac mediocres culpas mulier matrimonio reluctata convicerit, perditura dote viro donationem refundas, nullius unquam penitus socianda coniugio: quae ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiatto marito iure deferimus.

(4). C.Th.3,16,2,2. Sane si divortium prior maritus oblecerit ac mulieri grave crimen intulerit, persecutor legibus accusa tam impetrataque vindicta et dote potiatetur et suam recipiat largitatem et ducendi mox alteram liberum sortiatur arbitrium.

lograba su propósito, y la disolución instada carecía de base en causa grave, perdía las donaciones esponsalicias en favor de la mujer y se le condenaba a vivir en celibato perpetuo. A la esposa se le reconocía el derecho de contraer nuevo matrimonio al cabo de un año (1). Si por el contrario lo que probaba el esposo era una falta leve, recobraba las donaciones, se le reconocía el derecho de volver a casarse nuevamente pasados dos años, pero pierde la posesión de la dote (2).

Esta restricción a la antigua libertad de divorcio no se mantuvo por los emperadores siguientes Teodosio II y Valentiniano, los cuales en diez de julio del año 439 promulgaron una constitución o ley disponiendo que los matrimonios pudieran contraerse por el consentimiento pero que no pudieran disolverse sin que se hubiera enviado comunicación de divorcio, y en el caso de que hubiera hijos, "la disolución debe ser mas difícil" (3). Determinaba la disposición que ya en el envío de la comunicación del divorcio, ya en la investigación de sus causas, "no debe excederse del rigor de las antiguas leyes"; razón por la que mediante esta constitución se abrogan las anteriores que castigaban con

-----  
 (1). C. Th. 3, 16, 2, 2. Quod si matrimonium solo maluerit separare dissensu nullis que vitiis peccatisque gravetur exclusiva, et donationem vir perdat et dotem ac perpetuo celibatus insolentis divortii poena... mulieri post anni metas nuptiarum potestate concessa.

(2). Ibid. Si vero morum et culpa, non criminum, donationem recipiat, dote relinquat, aliam post bienium ducturus uxorem.

(3). Nov. Th. 12. Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi praecipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum.

severas penas al marido o a la mujer en los casos en que el matrimonio se disolviera sin causa" (1) y dispusieron que la culpabilidad por el divorcio y su sanción habían de enjuiciarse por las leyes antiguas y las respuestas de los juristas prudentes.

Diez años después los mismos emperadores prohibieron el repudio "sin justa causa". En el año 449 señalaron un repertorio de "causas justas" para el divorcio. Así, enumeran las siguientes: adulterio, homicidio, envenenamiento, maquinación contra el Estado, falsedad, violación de sepulcro, robo en lugar sagrado, insidia, rapiña, encubrimiento, cuatrería, traficar vendiendo hombres libres, atentar contra la vida del otro cónyuge, comercio afrentoso del marido con mujer impúdica, atentado contra la propia vida, participar la mujer en banquetes sin la autorización del marido, pernoctación de la esposa fuera de la casa sin justificación y la asistencia de la mujer al circo, al teatro o a cualquiera otro espectáculo público a pesar de la prohibición del marido (2).

Las penas que se imponían por esta ley eran más benignas que las señaladas en la anterior a que se referían. Consistía en la pérdida de la dote y de las donaciones ante nupciales, aunque se mantienen, como nota discriminatoria en contra de la mujer, las limitaciones de la libertad de contraer

-----  
 (1). Se refiere a las penas que imponían las leyes de Constantino del año 321 y de Honorio, Teodosio y Constancio del año 421. C.Th.3, 16, 1 y 2, cit.

(2). Nov.Val.35, 11. In ipsorum autem matrimoniorum reverentiae vinculum, ne passim et temere deserantur, antiquata novella lege, quae solvi coniugia sola contraria voluntate permittit, seruat ac quae a divo patre nostro Constantio decreta sunt in temerata servantur.

nuevo matrimonio porque se le prohibía contraer otro antes de transcurridos cinco años (1).

El emperador Anastasio modificó esta situación mediante una ley del 15 de marzo del año 497, por la que se autorizaba a la mujer a no esperar el quinquenio y a casarse nuevamente transcurrido un año (2) si durante el matrimonio los cónyuges se hubieran enviado un repudio que no estuviera incurso en alguna de las causas de las que comprendía la ley de Teodosio II y Valentiniano III (del año 449).

b'). Justiniano.

Justiniano acogió el contenido de las leyes de estos dos emperadores en cuanto al divorcio, sus causas y sus efectos, pero por una ley del año 528 amplió éstas a la impotencia del marido durante dos años consecutivos contados desde la celebración del matrimonio (3), y el 15 de diciembre del año 533 adicionó a la lista el aborto provocado por la misma esposa o la realización, por la mujer, de actos que pudieran interpretarse como reflejo o signos de lujuria, entre los que se contaban que concurriera al baño con otros hombres o tratara de buscar

(1). C.5, 17, 8, 4. Haec nisi vir vel mulier obserbaverint ultrici providentissime legis poenae plectentur. nam mulier si con tempta lege repudium mittendum esse temptaverit, suam dotem et ante nuptias donatio nem amittat nec intra quinquenium nubendi habeat. deum potestatem: aequum est enim eam interim carere connubio quo se monstravit indignam.

(2). C.5, 17, 9. Si constante matrimonio communi consensu tam mariti quam mulieris repudium sit missum, quo nulla causa continetur, quae consultissimae constitutioni divinae memoriae Theodosii et Valentiniani inserta est, licebit mulieri non quinquenio expectare, sed post annum ad secundas nuptias convolare.

(3). C.5, 17, 10. In cuasis... addimus ut si maritus uxori ab initio matrimonii usque ad duos annos continuos computando coire minime propter naturalem imbecillitatem valeat, possit mulier vel eius parentes sine periculo dotis amittendae repudium marito mittere, ita tamen, ut ante nuptias donatio eidem marito servetur.

otro marido cuando aún estaba casada (1).

En esta ley se había previsto que si el marido repudiaba a una mujer que no había aportado dote, siendo ésta inocente tenía derecho a recibir del marido una cuarta parte de sus bienes, si bien no podía exceder aquella parte del importe de cien libras (2).

Por una ley de 3 de abril del año 534 Justiniano prohíbe que puedan disolver su matrimonio aquellos hijos, varones o hembras, que recibieron dote o donaciones ante nupcias de sus padres, a no ser que medie la autorización de éstos. Cuando pese a la prohibición aquellos matrimonios se disolvían no procedía contra los padres la reclamación de la dote o de la donaciones, para evitar el daño que podían sufrir si el divorcio era simulado (3).

-----  
 (1). C.5,17,11,2. Inter culpas autem uxoris constitutionibus enumerata et has adiciamus, si forte uxor sua ope vel ex industria abortum fecerit, vel ita luxuriosa est, ut commune lavacrum cum viris libidinis causa habere audeat, vel dum est in matrimonio alium maritum sibi fieri conata fuerit.

(2). C.5,17,11,1. Si vero sive culpa eam relikerit, vel ipse talem culpam contra innocentem mulierem commiserit, compellatur ei quartam partem propria substantia pro rata portione persolvere, ut si quidem quadrigentarum librarum auri vel amplius vir substantiam habeat, centum libras auri mulieri praestet, et nihil amplius... Y en C.5,17,11,2: ita et mulieres indotata in quartam partem, quam et viris et mulieribus ex hac lege destinavimus, amissionis periculum sustineant.

(3). C.5,17,12. Vult constitutio ut neque in potestate neque iuris constituti liberi, neque masculo neque feminae, possit dissolvere matrimonia sua in detrimentum patrum suorum vel matrum qui dotes vel ante nuptias donationes dederunt vel susperunt. Verum sicut in contrahendo matrimonio expectamus patrum consensum, ita neque dissolvi permittimus matrimonia liberorum praeter patrum ipsorum voluntatem.

Fué Justiniano también quien incorporó la locura de uno de los cónyuges como causa de divorcio. Al loco no se le reconoció capacidad para enviar el repudio. Podía repudiar el sano, pero si la locura era leve o intermitente el matrimonio se disolvía con la culpabilidad del que se divorció sin tener en cuenta aquellas condiciones de la enfermedad del otro. Aquí introdujo este emperador consideraciones sobre las relaciones entre los cónyuges, en el sentido de que habían de atenerse a principios de humanidad por lo que "el marido o la mujer han de soportar los males que afligen al otro sobrevenidos fortuitamente, si bien siempre dentro de límites tolerables" porque si la locura era peligrosa o el otro cónyuge quería tener hijos, podía el sano divorciarse sin incurrir en culpa (1)

Si Constantino había modificado la regulación de los divorcios, limitando la posibilidad del mismo por el mutuo disenso característico de los periodos antiguo y clásico, Justiniano opera la transformación del concepto de divorcio.

El cristianismo se mostro favorable a la indisolubilidad del matrimonio. La tendencia primitiva parece haber sido prohibir totalmente a la mujer repudiar al marido y no autorizar a éste el repudio mas que en los casos de adulterio de la esposa (2).

(1). Ulp. D. 24, 3, 22, 7. illud quidem dubio procul observatur eam personam quae furore detenta est, quia sensu non habet, nuntium mittere non posse... et si quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, sciente persona, quae, cum compos mentis egset, ita furenti quemadmodum diximus nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas: quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse? si autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus... et altera persona... procreandae subolis cupidine tenta est licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere...

(2). San Mateo, 5, 32

Sin embargo, tal tendencia no influyó decisivamente sobre los emperadores cristianos porque no condujo a la abolición del divorcio. El propio Justiniano, que mas adelante cambiaría de opinión, declaró expresamente al comienzo de su reinado que todo lazo de formación humana podía disolverse (1). En ésta época el divorcio por común acuerdo de los cónyuges estaba gobernado todavía exclusivamente por la voluntad de las partes (2) y se mantuvo así hasta que lo prohibió en el año 542 salvo si estuviera determinado por el deseo de los esposos de vivir en absoluta continencia (3), pero tal prohibición fué abrogada muy pocos años despues por su hijo y sucesor Justiniano (4).

En lo que se refiere al divorcio por la vía de repudio, la legislación romano-cristiana desde Constantino hasta Justiniano se caracterizó por la exigencia de "justa causa" y la introducción de sanciones económicas en la forma de pérdidas patrimoniales para el cónyuge que se hubiera divorciado sin causa justa. No se suprimió el divorcio pero se limitó la libertad que hubo hasta entonces tanto para el repudio como para

-----  
 (1). Nov.22,3. quae in hominibus subsequuntur, quidquid ligatur, solubile est.

(2). Nov.22,4. Distrahuntur itaque in vita contrahentium matrimonia alia quidem consentiente utraque parte, pro quibus nihil hic dicendum est, pactis causam, sicut utrique placuerit. gubernantibus, alia vero per occasionem rationabilem, quae etiam bona gratia vocatur.

(3). Nov.117,10. Quia vero et ex consensu aliqui usque ad praesens alterna matrimonia solvebant, hoc de cetero fieri nullo sinimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentia hoc fecerint.

(4). Nov.140. Haec igitur aliena nostris iudicantes temporibus in praesenti sacram constituimus legem, per quam sancimus licere ut antiquitus consensu coniugium solutionis nuptiarum fieri.

el divorcio por mutuo acuerdo.

La ley de Justiniano del año 535 que llevaba por título "De las nupcias" modificó profundamente el régimen matrimonial y dedicó varios capítulos a una verdadera reglamentación del divorcio.

En el prefacio decía que "en la antigüedad no se profundizaba bastante sobre las primeras o segundas nupcias y les era lícito a nuestros antepasados celebrar muchas nupcias sin que tuviera lugar ningún perjuicio económico, y la situación, en su simplicidad, era confusa" (1).

Desde Teodosio el Grande hasta León todos los emperadores habían tratado el tema y el mismo Justiniano había vuelto sobre él en algunas leyes de los años 528 (2) y 533 (3). Sin embargo cree éste que "ahora conviene corregir lo legislado, no solo de los predecesores, sino incluso de sus propias disposiciones anteriores (4). Quiere corregir lo anterior si encuentra, dice, alguna cosa mejor que las que él mismo pudiera haber dicho antes, pero no quiere producir un corte radical entre lo antiguo y lo nuevo. Consecuente con esta idea comienza por declarar la validez de las leyes anteriores que fueron sancionadas por él con relación a su época, sin que las innovaciones afectaran a los casos preexistentes, los cuales habían de ser tratados de acuerdo con la normativa vigente -

-----  
 (1). Nov.22, pr. Antiquitas equidem non satis aliquid de prioribus aut secundis prescrutabatur nuptiis, sed licebat et patribus et matribus et ad plures venire nuptias, et lucro nullo privari, et causa erat in simplicitate confusa.

(2). C.5, 17, 10.

(3). C.5, 17, 11. Ulp.D. 24, 3, 22, 7.

(4). Nov.22, pr. Nos autem in constitutionum compositione multa quidem et alia de istis decrevimus, existimavimus, autem oportere nunc consiliis perfectioribus causam considerantes, etiam quae a nobis ipsis sancita sunt.

cuando se plantearon (1). La ley había de aplicarse a todos los casos futuros y en todas las nupcias que se celebraran en adelante, fueran primeras o sucesivas (2).

Decía de las nupcias o matrimonio que "las constituye el mútuo afecto" sin que fuera preciso añadirle documentos dotales y admitía su disolución "pues si ha sido convenido ya por el mero afecto, o por dote, o por donaciones con ocasión de él, hay que admitir que el contrato pueda llegar en todo caso también a su disolución". No obstante, incorporó los conceptos de disolución sin culpa y disolución culpable, es decir, sin sanciones o con sanciones (3) y en los casos de disolución de matrimonio en los que no hubo dote determinó que también pudiera ser sancionado el marido (4) pues consistían las sanciones en la pérdida de aquella, entre otras cosas, no podía dejarse por ahí un portillo por donde defraudar la ley.

La regulación justiniana estableció cuatro posibles formas de divorcio: 1. Por acuerdo mútuo de los cónyuges; 2. Por un hecho sobrevenido, ajeno a la voluntad de ellos, que llamó "con ocasión razonable"; 3. Los que carecían de justificación; y, 4. Los que se atenían a alguna de las causas o moti-

(1). Nov. 22, 1. Et primum illud, ut omnia quidem, quaequaque in prioribus sancitas sunt sive a nobis, sive a prioribus nostris, haec valeant singula secundum propria tempora, non habentia ullam ex praesente lege novitatem, sed et in suis casibus valitura atque tractanda.

(2). *ibid.* Praesentem vero legem ex nunc valere volumus in omnibus futuris casibus, et in omnibus postea nuptiis, sive prioribus, sive deinceps.

(3). Nov. 22, 3. Nuptias itaque affectus alternus facit, dotilium non egens augmento. Quum enim semel convenerit sub puro nuptiali affectus, sive etiam oblatione dotis et propter nuptias donationis, oportet causam omnino sequi etiam solutionem aut innoxiam, aut cum poenae, quoniam eorum, quae in hominibus subsequuntur, quidquid ligatur solubile est.

(4). *ibid.* Ut autem etiam super indotatis matrimoniis distractione facta poena merito subsequuntur, hoc nos adinventimus primi.

vos declarados justos por la ley (1).

En lo que concernía al divorcio por mutuo acuerdo no se refería a él con amplitud, sino que se remitía expresamente a los pactos hechos por los esposos (2).

Entre los hechos o circunstancias sobrevenidos no culpables incluía los siguientes:

- a) El voto de castidad, que se daba cuando uno de los conyuges elegía la vida monástica, que Justiniano llamaba "pasar a mejor vida". En este caso, dado que en cuanto al matrimonio se consideraba que moría el que así obraba, venía éste obligado a compensar al otro al menos con aquello que estipularon que se entregarían en caso de muerte (3).
- b). La impotencia del marido que no podía unirse con la mujer y hacer lo que "por naturaleza les fué dado a los varones", si transcurridos tres años desde la fecha del matrimonio "no demuestra que verdaderamente es varón". Justiniano había fijado dos años anteriormente (4). La ampliación obedeció a que entre aquella disposición y la nueva había adquirido el conocimiento de que varones que fueron inhábiles durante dos años demostraron después que podían engendrar (5).

---

(1). Nov. 22, 4. *Distrahuntur itaque in vita contrahentium - matrimonia alia quidem consentiente utraque parte... alia vero per occasionem rationabilem, quae bona gratia vocatur, alia vero citra omnem causam, alia quoque cum causa rationabili.*

(2) *ibid.* ...pro quibus nihil hic dicendum est, pactis causam, sicut utrique placuerit, gubernantibus...

(3). Nov. 22, 5. *Secundum occasionem itaque inculpabilem quando conversationem altera plegit pars, ad meliorem migrans vitam et sub castitate conversationem concupiscens.*

(4). C. 5, 17, 10. *Vid. n. 3. p. 17*

(5). Nov. 22, 6. *Hanc itaque legem corrigimus brevi quadam - adiectione. Non enim bienium numerari solum ex ipso tempore copulationis, sed trienium volumus; edocti namque sumus ex iis, quae inter haec provenerunt, quosdam amplius, quam bienium, temporis non valentes, postea potentes ostensos ministrare filiorum procreatione.*

c). La cautividad de guerra cuando habian transcurrido cinco años desde que tuvo lugar. Anteriormente producía el efecto de disolver el matrimonio de forma automática pero Justiniano no aceptó esto sino que exigió la certeza de la muerte del cautivo o, en todo caso, la espera de aquél tiempo para que el otro cónyuge pudiera contraer matrimonio sin incurrir en la sanción de pérdida de la dote o de las donaciones ante nupciales (1).

d). La reducción al estado de esclavitud por decisión judicial porque "como decían nuestros antecesores la esclavitud que sobreviene no difiere mucho de la muerte" (2).

e). La ausencia del marido ocupado en guerrear -actus bellicis occupatus- durante diez años. La mujer, en tales casos, había de insistir para indagar la intención del marido por carta o a través de recados por medio de terceros y si a pesar de todo él renunciaba al matrimonio o no contestaba, podía entonces mandar el libelo de divorcio al jefe de la fuerza o al emperador antes de contraer nuevas nupcias, pues de

-----  
 (1). Nov.22,7. Sed etiam captivitatis casus talis est bona gratia distrahere matrimonium. Sive enim contingat tale in fortunium viro, muliere in republica manente, sive rursus mulier quidem in captivitate ducatur, maneat autem vir in republica scrupulosa quidem et subtilis ratio transigit nuptias (servitute namque semel supervenientes alteri personae fortunae inaequalitas aequalitatem ex nuptiis manere non sinit) attamen humanius contemplantes, donec quidem est manifestum, superesse aut virum aut uxorem manere insoluta matrimonio sinimus... Si vero incertum sit utrum superest an non, quae ad hostes persona devenit, tunc quinquenium expectandum est sive a viro sive a muliere, post quod sive manifestum de morte fiat, sive incertum maneat, nubere licebit sine periculo.

(2). Nov.22,9. Si verum decretum iudiciale libertum aut libertam aut horum filios in servitutem redigat, constat quidem ab initio matrimonium, postea vero apparens servitus se parat eos ab invicem, tanquam secuta.

no, hacerlo así quedaba sujeta a las penas señaladas por la ley (1). Esta disposición de Justiniano modificaba una anterior de Constantino (2) en la que se fijaron cuatro años de plazo en semejantes circunstancias y no se exigía que la mujer insistiera cerca del marido para que volviera a ella o le diera noticias suyas. De modo que este emperador recortaba facultades que hasta entonces había tenido la esposa porque, según decía, "a nosotros nos pareció aquella ley muy poco meditada" (3).

Señaladas las causas de disolución por circunstancia sobrevinidas después del matrimonio, que designaba también como disolución bona gratia, Justiniano se refería a los casos en que había que atender a los motivos de divorcio y a quien incumbía la responsabilidad, puesto que ésta se sancionaba con la pérdida de la dote o de las donaciones espousalicias, según fueran responsables la mujer o el marido.

Pocas innovaciones más introdujo Justiniano con la nueva ley del año 536. Reproducía las justas causas de divor-

-----  
 (1). Nov. 22, 14. Constantinum scripsisse legem, secundum quam si quis in expeditione fuerit, et tacuerit ad uxorem per quadriennium, et nullum ei fiat ab illo signum eius circa eam affectus, tunc licentia sit mulieri ad secundas nuptias veniendi, offerenti prius libellum militiae principi... actibus enim bellicis occupato marito uxoris privationem in ferre non minor est poena, quam ab hostibus capi. Ideoque non prius ad virum veniat secundum huiusmodi mulier, quam legislator iste proposuit, quam etiam decennii transeat tempus et haec importuna quidem sit viro mittens litteras aut per aliquos verbis utens ad eum, ille vero aut aperte renuat nuptias eius, aut absolute conticeat.

(2). C. 5, 17

(3). Nov. 22, 14. Vehementer autem nobis in mature habere illa constitutio videtur.

cio que habían sido establecidas por Teodosio II y Valentiniano III en el año 449 (1) e insistía en que los cónyuges que se divorciaran sin justa causa estaban sujetos a sanciones patrimoniales y a limitaciones para contraer nuevo matrimonio (2), ya que la mujer había de esperar un año aunque hubiera obtenido un divorcio legítimo, lo cual expresaba así el emperador: "avergüencense de pasar a segundas nupcias antes de un año completo" (3), si bien hay que señalar que la prohibición tenía la misma finalidad de impedir el riesgo de confusión de la paternidad con que la instituyó el emperador Anastasio el año 497. Justiniano, que ya había acogido la norma anastasiana en el Código (4) para los casos de disolución por mutuo disenso, la extiende ahora a los casos de disolución bona gratia.

Se reiteraban disposiciones sobre causas que ya habían sido objeto de regulación en los años 533 y 534 tales como el aborto provocado por la mujer y las pruebas de li-

-----

(1). Supra p.16, Nov.Val.35, 11.

(2). Nov.22, 15, 3. Si vero altera harum personarum irrationabiliter repudium miserit, et hoc ipsum solvendi matrimonium sine ratione, subdita erit dudum a nobis dictis poen- nis. Insuper etiam uxor rea omnino ex memoratis causis pro irrationabili repudii missione facta et in quinquenium totum ad secundum venire prohibetur matrimonium, neque legitimas vocare.

(3). Nov.22, 16, pr. Erubescat autem ante annum completum - ad secunda vota venire. Quod in mulieribus ante anni completionem recte prohibetur, et tanta est prohibitio ex hoc, quia licet bona gratia dissolvi matrimonium contingat, tamen etiam ex Anastasii pia memoriae constitutione in annum prohibitio secundum nuptiarum mulieribus instituta est.

(4). C. 5, 17, 9 . vid.p. 17

viandad, que había regulado ya en el Código 5,17,11,2 (1); la obligación del marido de entregar a la mujer que había ido indotada al matrimonio la cuarta parte de sus bienes, cien libras de oro, como máximo si el valor de aquellos excediera de esta cifra, que había mencionado en el Código 5,17,11,1 (2) y la prohibición de que los hijos disolvieran los matrimonios con la astucia de que los padres quedaran obligados al pago de la dote o de las donaciones esponsalicias a que se había referido el Código 5,17,12 (3).

Recortaba ciertas causas de divorcio. La condena a trabajos forzados, que ponía al condenado en una posición de esclavitud -servus poenae- disolvía el matrimonio anteriormente. "Nosotros, decía Justiniano, perdonamos esto y no permitimos que caiga en esclavitud por razón de la pe

-----  
 (1). Nov.22,16,1. Has itaque causas nobis Theodosius explanavit, nos autem ex veteribus sumentes. et alias adieci-  
 mus, Si enim mulier tanta teneatur nequitia, ut etiam ex -  
 studio abortum faciat...vel tanta libido est, ut etiam --  
 cum viris voluptatis occasione lavetur, aut etiam dum ad-  
 huc constat matrimonium cum viro ad alios de nuptiis suis  
 loquator, licentia datur a nobis viris mittere eis repu--  
 dia.

(2). Nov.22,18. Si quis suae potestatis ducat uxorem ne-  
 que dote oblata, neque instrumentis dotatibus factis qui-  
 dem sunt licet dotalia instrumenta non sit conscripta; ut  
 non hoc vir (quod in multis novimus factum) expellat domo  
 uxorem sine ulla prius dictarum rationabilium causarum, -  
 quas Theodosio et nos enumeravimus.

(3). Nov.22,19. Eorum namque qui sub potestate sunt calli-  
 ditates circa parentes prohibemus...ut eorum parentes sub  
 iaceant exactioni dotis aut sponsaliae largitatis...et ip-  
 si quidem forsam latenter miscentur, discedunt autem pa-  
 rentes damnificati et hanc suae filios humanitatis habent  
 tes recompensationem.

na nadie que sea bien nacido": el matrimonio en tales casos subsiste a pesar de la condena (1). Trataba con ello de ser congruente con su política porque "no cambiamos, decía, los libres en siervos nosotros que impulsamos la manumisión de los que eran esclavos" (2). Igual ocurrió con la prohibición del agua y del fuego -aqua et ignis interdictio- cuyas consecuencias de pérdida del status familiar (3) por la pérdida de la ciudadanía modificó, disponiendo que "la deportación en que se había convertido la antigua prohibición del agua y el fuego no disuelve el matrimonio" (4). Con esta disposición modificó también Justiniano una práctica que había llegado hasta su tiempo desde la fundación de la Urbe.

Justiniano se muestra en sus leyes muy poco partidario o nada inclinado al divorcio y de ahí sus repetidos intentos legislativos de restringirlo. Parece que fueron razones religiosas las que le llevaron sucesivamente a obstaculizar cada vez más el divorcio.

-----  
 (1). Nov. 22, 8. Ab antiquis legislatoribus sancita et ex supplicio illata, separabatur vero matrimonium, supplicio possidente damnatum sibi que servientem. Nos autem hoc remittimus et nullum ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri servum. Maneat igitur matrimonium hic nihil ex tali decretum laesum.

(2). ibid. Neque enim mutamus nos fortunam liberam in servilem statum, qui etiam dudum servientium manumissores esse festinavimus. Maneat igitur matrimonium nihil ex tali decreto laesum, utpote inter personas liberas consistens.

(3). Ulp. D. 48, 22, 6, pr. ; Mar. D. 48, 19, 17, 1.

(4). Nov. 22, 13. Deportatio tamen in qua migravit et anti qua ignis et aquae interdictio, quam aquae et igni interdictionem vocant nostrae leges, non solvi matrimonia.

En el año 542 promulgó otra ley restringiendo aún mas el derecho de los cónyuges a disolver el matrimonio por divorcio (1).

Estimaba que las leyes anteriores a esta nueva contenían muchas causas que facilitaban la disolución de los matrimonios, algunas de las cuales no tenían entidad bastante para producir aquél efecto resolutorio (2). En consecuencia, dispuso que en adelante la mujer sólo pudiera ser repudiada por el marido en los casos siguientes: 1º. Si había tenido conocimiento de conjura contra el Estado y no se lo había comunicado al marido; 2º. Si resultaba convicta de adulterio, previa acusación del marido contra ella o contra el adúltero; - 3º. Si había atentado contra la vida del marido o silenciaba lo que supiera que otros estuvieran haciendo con tal fin; 4º. Si contra la voluntad del marido tomaba parte en banquetes o baños con otros hombres; 5º. Si pernoctaba fuera de la casa del marido, salvo cuando lo hiciera en la de sus padres; - 6º. Si asistía a juegos, teatros o anfiteatros, habiéndoselo prohibido el marido o ignorándolo éste. Fuera de estos casos, si alguno echaba de su casa a su mujer y ésta, carente de padres, ha de acogerse a la casa de otra persona para pasar la noche, el marido carecía de derecho para ejercer el re-

-----

(1). Constitución 113, de 3 de diciembre del año 542, recogida en la novela 117.

(2). Nov. 117, 8. Quia vero plurimus in veteribus et nostris legibus invenimus causas, ex quibus facile nuptiarum solutiones fiunt, ea causa perspeximus ex his abscindere aliquas quae nobis indignae ad solvendas nuptias visae sunt, et eas solum nominatim praesente inserere legi, pro quibus rationaliter sive vir sive mulier repudium mittere.

pudrió puesto que él era el responsable de la situación (1)

La mujer, por su parte, podía repudiar al marido únicamente por las siguientes causas: 1º Si conspiraba contra el Estado o no denunciaba a los que supiera que lo hacían; 2º - Atentaba contra la vida de su mujer o no la defendiera -- de lo que otros intentaran contra ella; 3º Si intentara prostituirla incitándola al adulterio; 4º Si hubiera acusado temerariamente de adulterio a la esposa; 5º Si el marido hubiera llevado manceba a vivir en el hogar conyugal o la freuentaba fuera de la casa en la misma ciudad y persistía en su actitud después de haber sido reprendido por los padres u otras personas dignas. (2).

-----  
 (1): Nov. 117, 8. 1º Si contra imperio cogitantibus aliquibus conscia est mulier, aut etiam viro suo non indicet. 2º Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci, oportet virum prius inscribere mulierem aut etiam adulterum, et si huiusmodi accusatio verx. 3º Si quolibet modo mulier vitae viri fuerit insidiata, aut alia hoc facientibus conscia viro non indicaverit. 4º Si cum viris extraneis nolente marito convivatur, aut cum eis lavatur. 5º Si nolente viro foris domum manserit, nisi forsam apud proprios parentes. 6º Si circensibus aut theatri, aut amphiteatri interfuerit ad spectandum, ignorante aut prohibente viro. 7º Si vero contingerit aliquem citra unam praedictarum causarum uxorem suam a domo propria expellere, ut illa non habet parentes, apud quos possit manere... nullum esse licentiam marito propter causam hanc repudium mittere uxori.

(2). Nov. 117, 9. Causas autem, pro quibus rationaliter potest viro a muliere mitti repudium. 1º Si contra imperium aut ipse cogitaverit aliquid, aut cogitantibus conscius non indicaverit imperio. 2º Si quolibet modo vir insidiatus fuerit vitae mulieris, aut aliis hoc volentibus sciens non manifestaverit uxori, et stduerit secundum leges ulcisci. 3º Si maritus uxoris castitati insidiatus, aliis etiam eam adulterandam tentaverit tradere. 4º Si vir de adulterio inscripserit uxorem et adulterio non probaverit. 5º Si quis in sua domo, in qua cum sua coniuge commanet, contemnes eam, cum alia inveniatur in ea domo manens, aut in eadem civitate degens in alia domo cum alia muliere frequenter manere vincitur, et semel et secundo culpatus aut per suos parentes, aut per mulieris, aut per aliquis fide dignas personas.

Redujo las causas de divorcio *bona gratia* o por causa *so brevenida* después del matrimonio a estas tres: a) la *impoten* cia del marido que desde el principio del mismo no se unió a su mujer. Se trataba de la impotencia para la cohabitación *se xual* y en este sentido ha de interpretarse la expresión "que no pueda hacer lo que por naturaleza les fué concedido a los varones", y no de la impotencia para engendrar (1); b) la *elec* ción por uno de los *cónyuges* de la vida religiosa y su *reti* ro a un convento; y, c) la cautividad de cualquiera de ellos durante algún tiempo. En estos casos mantuvo en vigor la *le* gislación anterior con la disposición expresa de que fueran éstas las únicas causas suficientes para disolver los *matri* monios legítimos, quedando sin efecto las restantes (2).

El silencio o la falta de noticias del marido que estaba ocupado en la guerra, aunque restringidamente, había sido *con* siderado motivo de divorcio por la novela 22,14, pero Justiniano "había determinado ordenarlo mejor y disponer que las mujeres esperasen todo el tiempo que permanecieran los *mari* dos en la expedición, aunque no recibieran noticias de ellos,

-----  
 (1). Aunque también la naturaleza dotó al varón de la aptitud para fecundar a la mujer, nos lleva a pensar en la *impo* tencia para el acceso carnal la interpretación de "*misce* -- *ris suis uxoribus*" en el sentido de "unión" o cohabitación.

(2). Nov. 117, 12. *Praedictis itaque causis perspeximus etiam* has *nominatim* adicere, ex quibus matrimonia sine poena licet transigere, hoc est de iis qui non potuerunt ab initio *nup* -- *tiarum misceris suis uxoribus*, et quae per naturam viris *con* cessa sunt agere, in super de iis viris ac feminis, qui *con* -- *sistente matrimonio sanctimoniam conversationem et monas* -- *teri habitationem elegerint*, et de iis personis quae in *capti* -- *vitae aliquanto tempore detinentur*. In his enim tribus *ca* -- *sibus*, quae de eis prioribus nostris legibus continentur, *fi* -- *na esse sancimus*. Reliquas autem omnes vacare praecipimus, -- *nullamque aliam causam, citra eas, quae nominatim insertae* -- *sunt huic legi, posse solvere legitimum matrimonium, sive nos* -- *tris, sive veteribus legibus continentur*.

por lo que este motivo dejó de ser válido para el divorcio en tales casos. Sólo la muerte del marido acreditada por el testimonio de los notarios o escribanos del cuerpo, y del tribuno si estaba presente, y previo transcurso de un año, permitía a la mujer contraer nuevas nupcias legítimas. Prescindir de esta formalidad producía la condena como adúlteros (1).

El divorcio por consentimiento mutuo fué abolido, permitiéndose únicamente por razones de castidad, pero si los divorciados volvían a casarse o llevaban vida licenciosa, se despojaba al convicto de sus bienes, que se entregaban a los hijos, o en defecto de ellos al fisco, y al infractor se le aplicaba tormento de acuerdo con la ley (2).

-----  
 (1). Nov. 117, 11. Quod autem a nobis sancimus es de iis, qui in expeditionibus sunt et in militibus constituti, melius ordinare perspeximus. Et iubemus quantosunque annos in expeditione manserit, sustinere eorum uxores, licet nec litteras nec responsum aliquod a suis maritis susceperint. Si quia vero ex huiusmodi mulieribus suum maritum audierit esse mortuum, neque tunc ad alias eam venire nuptias sinimus, nisi prius accesserit mulier... ad priores numeri chartularios in quo huiusmodi maritus militabat, et eos, seu tribunum, si tamen adest, interrogaverit si pro veritate mortuus est ejus coniux, ut illis sacris evangelis propositis sub gestis monumentorum deponat si pro veritate vir mortuus est.

(2). Nov. 117, 10. Quia vero ex consensu aliquid usque ad praesens alterna matrimonia solvebant, hoc de cetero fieri nullo sinimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentia hoc fecerint. Si quis autem horum... postquam propter castitatem ex consensu solverit matrimonium, inveniatur alias contrahens nuptias aut luxuriose vivens, iubemus, si quidem sicuti dictum est, filii fuerint ex memorato coniugio super dotem et propter nuptias donationem eis tradi et proprietatem pene substantiae illius, quae vincitur deliquisse personae. Si autem filii non sint, utriusque personae substantiam fisci retributionibus applicari, et eos qui talia delinquerunt, legitimis subdupliciis. Aliter enim separationem matrimoniorum fieri ex consensu nulla ratione permittimus.

Endureció su actitud para con las mujeres, "algunas de las cuales quieren vivir de forma no honesta", al disponer que la que quisiera disolver su matrimonio sin atenerse a cualquier causa de las causas admitidas por la ley, además de perder la dote en favor de los hijos, o del marido, si no los tenía, había de ser entregada por el juez que había entendido del asunto al obispo de la ciudad donde tuvieran el domicilio común, para que éste la recluyera en un convento a perpetuidad. Sus bienes se distribuían entregando dos tercios a los hijos o, en su defecto, a los padres, y el otro tercio al convento. Si los padres fueron cómplices, por tenerla bajo su potestad, se entregaba al convento la totalidad de su patrimonio (1).

El marido se encontraba en el mismo caso, pero si insistía en el envío del repudio la sanción consistía en devolver la dote a la esposa, perder en favor de ella las donaciones y entregarle "tanto cuanto constituya la tercera parte de las donaciones esponsalicias" (2). Esta ley, por lo tanto,

-----  
 (1). Nov. 117, 13. Quia vero quaedam mulieres inhoneste volentes vivere festinant propria matrimonia solvere, sancimus, si quando mulier citar aliquam praedictarum a nobis causarum voluerit matrimonium solvi... iubemus dotem quidem viro dari.. mulierem viro periculo iudicis negotium audientis tradi episcopo civitatis, in qua communiter domicilium habuerint, quatenus illius providentia in monasterium ipsa mittatur, ut donec advixerit debeat ibi consistere. Et si quidem filios habuerit huiusmodi mulier, duas partes propriae eius substantiae dare filiis, tertiam monasterio. Si vero filios non habuerit, sint autem ei parentes, duas partes quidem ipsius substantiae monasterio praeberi, tertiam vero partem illius parentibus dari, nisi tamen sub potestate eam habentes irrationabili repudio consenterunt. Porro neque filiis neque parentibus, omnem similiter aius substantiam competere monasterio.

(2). ibid. Si autem et vir circa mulierem transigere studuerit matrimonium, et irrationabiliter repudium destinare, iubemus, reddere quidem eum quam susceperat dotem una cum sponsalitia praeberi mulieri, quantum tertiam partem sponsalitiaefaciat largitatis.

concedía un trato discriminatorio a la mujer pues en situaciones iguales que el varón no sólo perdía su patrimonio si no también su libertad, mientras que el hombre únicamente sufría la pérdida parcial de su patrimonio. Hasta seis años más tarde, en el año 548, la constitución 121 recogida en la novela 127, no se estableció que las penas fueran análogas para los dos sexos cuando se enviara el repudio injustificadamente (1).

Otra ley del año 546 (2) reconoció al ingreso de uno de los cónyuges en un convento, si habían recibido los hábitos, el efecto de disolver el matrimonio sin más formalidades. En este caso se regulaba el destino del patrimonio con la finalidad de evitar los fraudes, de modo que si se enclaustraban ambos, cada uno recuperaba sus bienes, pero si lo hacía solamente uno de ellos el otro recibía además de la dote o de las donaciones con ocasión del matrimonio, que les correspondía por la ley, según fuera el marido o la mujer el profeso, la porción de estas masas patrimoniales que se hubieran concedido recíprocamente para el caso de muerte, quedando a salvo el derecho de hacerse otras donaciones voluntariamente, si

-----  
 (1). Nov. 127, 4. Quia vero interdiximus dudum per nostram legem et viris et mulieribus repudia mittere, et transigere matrimonia. Et poenas hoc facientibus viris et mulieribus imposuimus, mutationem quandam circa poenas viri ac mulieris facientes et ad melius hoc transformantes sancimus, nullam esse differentiam, quantum ad poenam, inter virum et mulierem hoc praesumantes, sed iisdem poenis, quae contra mulieres a nobis definitae sunt, si sine causa nostrae legi cognita matrimonia distrahunt, etiam viros subdi hoc praesumentes, et similes poenas esse in viro et in muliere.

(2). Constitución 134, recogida en la novela 123.

lo estimaban oportuno (1).

Las medidas legales cada vez mas restrictivas no disuadían del divorcio a la gente. En el año 556 (2) Justiniano fulminó una nueva prohibición contra la disolución del matrimonio por mútuo consentimiento. Decía que "como algunos se empeñan en infringir nuestra ley, en la que claramente enumeramos las causas por las que solamente es posible enviar los repudios, mandamos que no siendo por tales causas no se hagan repudios de ningún modo o se disuelvan matrimonios por el consentimiento". Si pese a tal prohibición alguno se atrevía a disolver su matrimonio era encerrado a perpetuidad en un convento y perdía todos sus bienes. Podían eludir esta pena si antes de ser encerrados se volvían a unir (3).

-----  
 (1). Nov.123,40. Si vero constante adhuc matrimonio aut vir solus, aut uxor sola, intraverit monasterium, solvatur matrimonium et circa repudium, postquam tamen persona pergens ad monasterium schema perceperit. Et si quidem vir elegerit monasticam vitam, restituat prius mulieri dotem, et si quid aliud ab ea perceperit, et super hoc ex nuptiali donationem tantam partem, quanta ex morte viri competeat mulieri secundum pactum. Si vero mulier simili modo retineat vir nuptialem donationem, et casum dotis ex morte mulieris olacitum.

(2). Constitución 128, recogida en la novela 134.

(3). Nov.134,11. Quia vero aliquid nostram legem transcendere student, in qua evidenter causas enumeravimus, ex quibus solum repudia possunt transmitti aut a viro, aut a muliere, iubemus, praeter illas causas nullo modo repudia fieri aut per consensum nuptias solvi. Si vero praeter a nobis definitas causas praesumserit aliqui solvere matrimonium, iubemus si quidem descendentes habuerint sive ex ipso, sive ex alio matrimonio, substantiam eorum illis dari secundum legem ordinem, et tam virum quam mulierem in monasterium mitti in omnibus vitae sua temporibus. Si vero ii, qui matrimonium solvere praesumserunt, voluerint iterum sibi coniugi, priusquam mittantur in monasterium, licentiam eis damus hoc facere, et praeditas poenas concedimus eis, et proprias habere substantias et ita adinvicem vivere, tanquam si nihil delictum fuisset.

c'). Modificación de Justino II

La legislación de justiniano se había hecho mas cerrada cada vez, mas rígida, porque no encontraban aceptación en la sociedad aquella las ideas que fluían de la conciencia religiosa oficial que se imponía cada vez con mas firmeza, absorbiendo el poder político. Había una contradicción entre la organización del poder religioso, que después caracterizará a toda la Alta Edad Media, y las costumbres paganas impregnadas de un sentido humano, hedonista, de la vida, que se resistía al encorsetamiento. Tales tensiones llevaron al emperador Justino, hijo y sucesor de Justiniano, a modificar la situación creada por la legislación de su padre.

A este respecto merece ser tenida en cuenta la introducción de la ley o constitución 140 que el nuevo monarca dió en el año 566, restableciendo la posibilidad de la disolución del matrimonio por mútuo acuerdo.

Comenzaba diciendo que "nada hay mas decoroso que las nupcias de las que provienen los hijos y demás sucesiones de las naciones" por lo que deseaba que no se rompieran sin justa causa y que fueran felices para quienes las contrajeran. Pero es difícil, añadía, "que en la muchedumbre de los hombres no surjan algunas aversiones irracionales y por ello hay que encontrarle remedio, para evitar, sobre todo, que se produzca en los cónyuges el implacable horror de permanecer juntos". En la antigüedad era lícito que pudieran separarse por común voluntad y consentimiento de suerte que había entonces también muchas leyes que decían esto, llamando en la lengua patria "de buen grado" a la disolución del matrimonio que de este modo se verificaba" (1).

(1). Nov. 140, pr. Antiquitus quidem licebat sine periculo tales ab invicem separari secundum communem voluntatem et consensum hoc agentes, sic ut plurimae tunc leges extarent hoc dicentes, et bona gratia sic precedentem solutionem nuptiarum patria vocitantes voce.

Añadía que su padre "que excedió a todos sus antecesores en piedad y templanza, atendiendo antes al dictado de su firme voluntad que a las miserias de la pusilanimidad, prohibió que se disolvieran los matrimonios por el mero consentimiento" (1). Esta habría sido también la voluntad de Justino, según decía, pero se le habían dirigido muchos exponiéndole el horror que tenían a la unión celebrada, que odiaban, y que era motivo de que en los hogares reinara un clima de discordias y luchas, y la tristeza de este espectáculo les llevaba a suplicarle que disolviera sus matrimonios. La introducción de dicha ley proseguía diciendo que "por algún tiempo no se hizo caso de tales peticiones, amonestando o amenazandoles para que cesaran en el horror mútuo y volvieran a la unanimidad pero no se lograba nada porque es difícil cambiar a quienes están poseídos de horror y pasión irracionales hasta el punto de que se entregan a recíprocas asechanzas y se valen de venenos y otros medios mortales, de tal suerte que no pueden llevarles a la concordia los hijos comunes" (2).

-----  
 (1). Nov.140, pr. Postea nostro patri pietate et temperentia omnes ubicumque aliquando imperantes excedenti visum est, -- qui a suam utilem et firmam respiciens voluntatem, non autem miserias pusillanimitatis coiiciens, legem sancire, qua prohibetur consensu coniugia solvi.

(2). ibid. Plurimi autem nos adierunt inter se coniugium horrentes et abominantes et praelia discordiasque propter hoc domi contingere accusantes ( hoc quod valde dolotiferum et trsite consistit). Desiderium vero et studium eorum pro hac re in aliquando distulimus tempore, aliquando quidem monentes, aliquando vero minantes quiescere eos ab irrationabilis circa invicem horrore et ad unanimatatem properare, et melioris fieri voluntatis. Agebamus vero plus nihil. Quoniam vero difficile est inmutare semel detentos irrationabili passione et horrore, forsitam enim contingit istis et insidias adgredi adinvicem et venenis alique ad mortem agentibus uti ita ut nec filios eis factos valere ad unam similemque tales voluntatem inmiscere.

Tomando en cuenta tales premisas y para remediar una situación, que no era propia de los tiempos, promulgó la ley por la que admitió la disolución por acuerdo mutuo de los cónyuges, eximiéndoles en lo sucesivo de las duras penas que imponían las leyes anteriores (1).

Por lo demás, la solución antigua y la que adoptaba el emperador Justino eran perfectamente congruentes con el principio romano de que el matrimonio se fundaba en el mutuo afecto, en aquella  *affectio maritalis*  o intención continuada de ser marido y mujer que mantenía la unidad de los cónyuges, y era lógico que se disolvieran por el consentimiento mutuo - contrario cuando aquella voluntad o intención cesara (2).

Muy grave debió de ser la situación social creada por la legislación que negaba el divorcio. El envenenamiento, la de lación por supuesta o cierta conspiración contra el Estado y todo género de atentados para desembarazarse del cónyuge que estorbaba debieron de estar a la orden del día, y el te mor de incurrir en las penas de reclusión perpetua en un convento, mantenía unidos los matrimonios en las peores con diciones de convivencia cuando no se optara, cuando ello fue ra posible, por la separación de hecho con todas sus secue- las.

-----  
 (1). Nov.140,1. Haec igitur aliena nostris iudicantes temporibus, in praesenti sacram constitutionis legem, per quam sancimus licere, ut antiquitus, consensu coniugium solutiones nuptiarum fieri, non ultra vero obtinere constitutas penas constitutione nostri patris adversus eos qui cum consensu coniugi faciunt solutionem.

(2).  *ibid.*  Si enim alterutrum adfectus nuptias solidat merito contrario voluntas istas cum consensum dissolvit adsignificamus rebus, quae nuptias solvunt.

## B. DISOLUCION POR DIVORCIO.

### 1. Antecedentes.

Se ha referido antes la evolución del divorcio o disolución del matrimonio en Roma, de forma panorámica, señalando cómo se pasó desde la mas completa libertad sin formalidades a una reglamentación cada vez mas estrecha y, de ésta, a la negación, en la etapa final del reinado de Justiniano, de la facultad de divorciarse los ciudadanos. Desde los tiempos de la fundación de la Urbe hasta el año 18 a de C. no se conoció regulación jurídica alguna, siendo la primera la de Augusto, de aquél año, quien, sin embargo, no introdujo cambios substanciales en la práctica, manteniendo el divorcio como medio de disolver el matrimonio según venía ocurriendo desde siempre.

Si no había regulación legal era porque el divorcio no requería entre los romanos ser sancionado por ningún tribunal del Estado (1), dependiendo exclusivamente del poder omnímodo del pater familias que lo mismo que podía componer su familia a su gusto (2) y disolver el matrimonio de una hija - que sigue bajo su potestad, decidía su divorcio o el repudio de la esposa mediante el fallo del tribunal familiar, del que él era el jefe. Aunque en el caso de la hija se reconozca - que con el derecho del padre no deben perturbarse los matrimonios que viven en armonía, lejos de constituir esto una limitación servía solo para autorizar que se aconsejara a aquél que obrara de modo que no ejerciera duramente la patria po-

(1). W.A.Hunter. Roman Law.

(2). Inst.Just.1,11,7: "ne ei invito heres suus agnascantur".

testad (1) con lo que el derecho se mantenía en todo su vigor.

Así, pues, el texto de Dionisio de Halicarnaso, del que se ha querido cambiar el significado, no es contradictorio con la opinión que mantiene la disolubilidad del matrimonio, pues aunque la mujer se revolvió contra el hecho de haber sido repudiada injustamente, de acuerdo con la ley de Rómulo carecía de acción contra su marido. Así lo revela el texto que cita: "Romulus...neque uxori (actionem concessisset) quae maritum injusti repudii accusasset" (2). Se desprende de aquí que ni en tiempos de Rómulo existía el matrimonio indisoluble.

Dado que no ha sido posible en contrar una ley que estableciera el divorcio ni ninguno de los que han rechazado su existencia ha sido capaz de aportar datos que permitan conocer en que momento comenzó a tener aplicación en Roma, siendo evidente que existió y se practicó en tiempo histórico, hay base suficiente para afirmar razonablemente que las normas relativas a la disolución del matrimonio fueron paralelas a las que configuraron éste, pues el actus y el contrarius actus son coetáneos en la lógica humana.

Por otro lado, si se admitiese, como hipótesis, que hubo un tiempo en Roma en el cual no existió el divorcio, la intro--

-----  
 (1). Ulp. D. 43, 30, 1, 5. Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans - matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? Et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur; quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadetur, ne acerbe patriam potestate exercent.

(2). D. de Halicarnaso, ob. cit. vid. infra p.

ducción de él habría dado lugar a una modificación completa del concepto de matrimonio, lo cual no se aprecia en el curso del Derecho Romano como puede verse por las definiciones que nos dan Modestino y Justiniano, las cuales no aparecen contrapuestas a la idea de una posible disolución del mismo, aunque se hayan querido fundar en ellas las posiciones contrarias.

Para Modestino el matrimonio es "la unión del hombre y de la mujer en pleno consorcio de sus vidas y comunicación del derecho divino y humano" (1), y para Justiniano las "nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer con el propósito de vivir en comunidad indisoluble" (2). Ambas significan que el matrimonio consiste en una asociación completa y en una clase de fusión de dos existencias; y que los esposos están asociados y son iguales entre ellos, pero que se dé tal interdependencia no significa, como se ha pretendido por algunos, que los esposos se casaban con la idea de permanecer unidos a perpetuidad. Suponer esto es desconocer el sentido práctico y realista de los romanos, que impregna todas sus creaciones, y creer que no eran conocedores de los hombres y de la variabilidad de sus inclinaciones.

Contra tal idea de perpetuidad se manifestó Justiniano en su primera etapa, pues de la época augustea recogió en el Código el principio legal de la libertad de disolución del matrimonio, la cual no era lícito excluir mediante pactos o sanciones patrimoniales (3).

-----  
 (1). Mod.D.23,2,1. Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae divini et humanis iuris communicatio.

(2). Inst.Just.1,9,1. Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens.

(3). C.9,38,2. vii. en n.p.12

Admitir que no pudiera disolverse el matrimonio en Roma presenta serias dificultades dada la forma de organización de la familia romana, en la que el pater familias era la máxima y única autoridad, quedando excluido el Estado de la regulación de múltiples cuestiones relativas a los derechos-personales que hoy están en la esfera de competencia de éste, pero que entonces eran resueltas por el jefe de la familia con el consejo del tribunal doméstico que él mismo presidía. La estructura doméstica se conciliaba mal con la indisolubilidad porque ésta habría constituido una limitación del poder omnímodo del jefe familiar que le habría impedido romper un lazo establecido por su voluntad y echar de su casa a su mujer, que le estaba totalmente supeditada - loco filia- cuando ella pusiera en peligro el honor del hogar o hubiera otros motivos.

La disolución del matrimonio estuvo en los tiempos primitivos exclusivamente en manos del marido, dependiente de su sola voluntad y estaba dentro del conjunto de facultades jurídico-políticas que podía ejercer, siendo él únicamente quien podía dar por terminada la relación mediante el repudio o despido de la mujer, sin que cupiera a ésta posibilidad alguna de resistencia. Claro que tal despido tenía que fundarse en una causa que lo legitimase, que en el derecho arcaico pudo ser alguna de las que Plutarco atribuyó a una ley de Romulo (1): envenenamiento, simulación de parto, falsificación de llaves o adulterio.

De la situación de la mujer en la Roma primitiva tenemos conocimiento por las noticias de los autores literarios Plinio dice que "no les estaba permitido a las mujeres beber vino". Refiere otros varios ejemplos, entre ellos el de Egnatio Maeterno, que dió muerte a su mujer de un mazazo por haber bebido vino de la tina y que Rómulo le absolvió del

-----

(1). Plutarco, Romulo, 22. vid. infra. p.58

cargo de asesinato (1). El mismo relata que Fabio Pictor escribió en sus anales que una matrona fué estrellada por sus parientes por haber roto la arquilla que guardaba la llave de la bodega (2). Y Catón, en otra referencia, cuenta que "la razón por la que las mujeres son besadas por sus parientes era para saber si ellas huelen a licor (tementum), pues esta era la palabra que se usaba para designar al vino" (3). Parece que los romanos consideraban la embriaguez como situación propicia para el adulterio y éste se mantuvo como grave delito hasta la promulgación de la Ley Iulia de adulteriis, que abrogó la primitiva regulación legal (4). Solo conservó tal consideración la infidelidad de la mujer (5) por el riesgo de que a causa de ella pudiera atribuirse al padre un hijo extraño (6).

-----

(1). Plinio, Historia Natural, 14, 13, 89-90: "non licebat id feminis Romae bibere. Invenimus inter exempla Egnati Maetenni uxorem, quod vinum bibisset et dolio interfectam fuisse a marito, eumque caedis a Romulus absolutum."

(2). Ibid.: Fabius Pictor in annalibus suis scripsit matronam, quod loculas in quibus erant claves cellae vinarias resignavisset.

(3). Ibid.: Cato ideo propinquos feminis osculum dare ut scirent an tementum obrent; hoc nomen vino erat, unde et tementia appellata.

(4). Collatio legum Mosaicarum et Romanarum, 4, 2. Et quidem primum caput legis (Juliae de adulteriis) prioribus legibus pluribus obrogat.

(5). C. 9, 9, 1. Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem quanvis de matrimonio suo violato quaeri velint, lex Iulia declarat, quae, cum masculis iure mariti - facultatem accusandi detulisset, non idem feminis privilegium detulit.

(6). Pap. D. 48, 5, 6, 1. sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero, concepto composito nomine, stuprum vero in virginem viduamve committitur.

a). Primeros divorcios notables de que se tiene noticia histórica. Análisis crítico.

Hay que preguntarse, ante todo, si el divorcio de Espurio Carvilio Ruga fué realmente el primero que se dió en Roma, y si éste tuvo lugar en el siglo VI de la fundación de la Ciudad.

La respuesta afirmativa se funda en dos textos, uno de Aulo Gelio y otro de Dionisio de Halicarnaso. El primero refiere que "Servio Sulpicio en su tratado sobre las dotes dice que no se estableció la necesidad de garantizarlas mediante cauciones hasta que Espurio Carvilio, de sobrenombre Ruga, varón noble, se divorció de su mujer porque no podía parir hijos por causa de un defecto, en el año 523 de la fundación de Roma (siendo cónsules M. Attilio y P. Valerio" (1).

El segundo comenta que "de la bondad de la ley sobre las esposas da testimonio el largo tiempo de su vigencia, porque se reconoce que en el espacio de 520 años no se disolvió matrimonio alguno en Roma. Pero en la Olimpiada 137, siendo cónsules Marco Pomponio y Gayo Papirio, Espurio Carvilio, varón distinguido, fué el primero que se divorció de su mujer, porque era estéril, habiendo jurado a los censores que se había casado para tener hijos" (2).

-----

(1). Aulo Gelio., Noches Aticas, 4, 3, 2. Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilus Ruga cognomen fuit, vir nobilis, divortium cum uxorem fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur anno U.C. quingentesimo vicesimo tertio (M. Attilio, P. Valerio consulibus).

(2). D. de Halicarnaso, 2, 25, 7. Legem autem illam de mulieribus latam proclaram fuisse, ipsa temporis diuturnitas docet. Hoc enim confessum et intra DXX annos Romae nullum matrimonio dissolutum esse, sed Olimpiada CXXXVII Marco Pomponio et Gayo Papirio consulibus, primus uxorem repudiasset fertur Sp. Carvilus, vir non obscurus, coactus a censoribus jurare se liberorum quaerendorum gratia uxorem duxisse: ejus enim uxor erat sterilis.

Plutarco hace dos referencias sobre este asunto. En uno de los textos del paralelo de Teseo y Romulo dice: "de la reverencia, amor y consistencia que dió a los matrimonios da testimonio el largo tiempo porque en cerca de 230 años no hubo marido que se atreviese a apartarse de su mujer, ni mujer de su marido. Y así como entre los griegos los eruditos se ocupan en referir quien fué el primero que dió muerte a su madre o a su padre, no hay romano que no sepa que Espurio Carvilio fué el primero que repudió a su mujer por estéril!" (1).

En segundo se encuentra en el paralelo de Licurgo y Numa y dice: "entre los griegos se hace referencia a quienes fueron los primeros que promovieron guerras intestinas en la familia, así los romanos recuerdan que fué Espurio Carvilio el primero que repudió a su mujer el año 230 de la fundación de Roma; con esta honestidad y decencia había sido dispuesto por el legislador el derecho matrimonial" (2).

Valerio Máximo, por su lado, señala la fecha del año 150 de la fundación de Roma como el momento en que tuvo lugar este divorcio, sobre el cual dice: "tuvo lugar el divorcio entre marido y mujer en el año 150 de la fundación de la ciudad"

(1). Plutarco, Teseo y Romulo, 6. Reverentiae vero et amoris et constantiae, quibus devinxit connubia perhibet temporisdiuturnitas testimonium, quippe enim triginta et ducentis, neque mariti consortium deserere uxor sustinuit. Verum ut apud Graecos valde curiosi primum nuncupare porsunt parricidam aut matricidam, ita cuncti norunt Romani Spurium Carviliu uxori nuntium primum remisisse, sterilem causatum.

(2). Plutarco, Licurgo y Numa, 3, in fine. Ut enim Graecorumhistorici recensent eos qui primi sedem intestinam impetrarint aut fratres belle petierint, patrem matremve necarint sic Romani commemorant, primum Spurium Carviliu cum uxoredivortium fecisse, anno U.C. ducentesimo ac trigesimo... adeo pulchre ac decore omnia coniugii iura erant a legislatoreposita.

dad. El primero fué el de Espurio Carvilio por causa de esterilidad de la mujer, el cual, aunque se toleró con simpatía por la causa, no careció sin embargo de críticas, por lo que tuvo que jurar que anteponeía el deseo de los hijos a la fe conyugal" (1)

Los testimonios de los autores mencionados difieren en cuanto a las fechas en que pudo tener lugar el tan aireado divorcio de Espurio Carvilio, sobre el cual se ha escrito abundantemente (2). También obscurecen las menciones de las fuentes las referencias que se hacen en algunas de ellas a los cónsules, censores y pretores y a la aparición, atribuida a aquél divorcio, de garantías para la devolución de la dote (3).

Para Dionisio de Halicarnaso, griego, nacido el año 60 a. de C. y Aulo Gelio, romano, nacido el año 130 de C. (aunque hay quienes sitúan su nacimiento en el mismo año pero antes de C.) la fecha de este divorcio sería el año 520 ó el 523, respectivamente, de la fundación de Roma; para Plutarco, griego, nacido el año 48 y Valerio Máximo, romano, nacido el año 68, ambos de la era cristiana, las fechas serían el año 230 y 150 de la fundación de Roma, respectivamente.

-----  
 (1). Valerio Máximo, De dictis et factis memorabilibus, 2, 1. de institutis antiquis, 4. Repudium inter uxorem et virum - ab U.C. usque ad centrsimum et quinquagesimum annum nullum intercessit: primo Sp. Carvilius uxorem sterilitatis causa dimisit: qui quamquam tolerabile rationes motus videbatur reprehensione tamen non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponit debuisse arbitrabantur.

(2). Giuseppe Brini, Matrimonio e divorzio, Bologna, 1.888

(3). Parece lo mas probable que Gelio y Dioniso están equivocados, en la fecha. Los estudiosos que aceptan la fecha de ellos admiten la existencia de una disolución del matrimonio mas primitiva y estiman que los autores antiguos piensan en diferentes formas de matrimonio o en diferentes tipos de divorcio. ( D. de H. Bibl. Clas. Loeb ).

Si tenemos en cuenta que éstas son las únicas fuentes de - que se dispone, la disparidad que ofrecen sobre el momento en que tal divorcio pudo haber ocurrido es motivo de desorientación y origen de las mas variadas conjeturas. Brini (1) ha de dicado un amplio estudio al "primer divorcio en el derecho ro mano" tratando de fijar una base de credibilidad de alguno de los datos transmitidos por los historiadores.

La discrepancia entre las fechas mencionadas por Aulo Gelio y Dionisio de Halicarnaso la resuelve Brini utilizando una ar gumentación de M.Voigt, que cita en su obra (2), en el sentido de estimar que no concuerda la fecha del año 520 transmitida por Dionisio y la cita que hace de los cónsules M.Pomponio y C.Papirio, pués según las referencias históricas, éstos desempe ñaron su cargo en el año 523 de la fundación de Roma (era va rroniana).

Pero hay contradicción también en Aulo Gelio mismo, pues si túa éste en el año 523 el consulado de M.Atilio y P.Valerio, - cuando lo cierto es que desempeñaron el cargo el año 527 y que los cónsules de año 523 fueron M.Pomponio y C.Papirio. En am bos casos las disparidades de las fechas se atribuyen a "erro res padecidos por uno u otro escritor al consignar los datos cronológicos".

En cuanto a la discrepancia entre las fechas citadas por Valerio Maximo y Plutarco, de un lado, y Aulo Gelio, de otro, siguiendo la opinión del mismo Voigt se resolverían aceptando - que los textos que se nos han transmitido son transcripción de códices originales mas antiguos y que los copistas se equi vocaron al al transcribir las fechas, derivándose de aquí la con

-----  
(1). C.Brini, ob.cit., parte II: il primo divorzio nel diritto romano.

(2). ibid., p.19

fusión (1). "No puedo por menos que reconocer -añade Brini al respecto- que no faltarán del todo indicios para creer que las fecha anteriores al siglo VI U.C. en Valerio y Plutarco se remontan a Valerio y Plutarco mismos antes que a errores de transcripción de sus obras; o, cuando menos (cualquier defecto posterior podría sospecharse y admitirse en ellas y quedaría todavía por hablar de su discrepancia) que Plutarco y Valerio encontraran y pensaran en aquél divorcio como anterior, con mas o menos distancia, al siglo VI".

Recuerda Brini (2) que Plutarco, pese a su relación con la obra de Dionisio de Halicarnaso menciona la fecha del año 230 U.C. al hablar de Espurio Carvilio y la reitera al referir que la mujer de Pinario, de nombre Talea, fué la primera que riñó con su suegra Gegania "reinando Tarquino" (se refiere sin duda al de sobrenombre el Soberbio).

Valerio Máximo, a quien se considera no influenciado por autores anteriores, poco despues del caso de Carvilio, que dá como el primero, recuerda el caso de Lucio Annio, que se divorció

-----

(1). Brini, ob. cit. p. 20-21: Quanto altre date più divergenti - ecco le osservazione del Voigt, che continua così: "Per Valerio Massimo i manoscritti e Paride recano: repudium inter uxorem et virum a condita urbe usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum intercesit; e qui il guasto è antico, ma la qualità sua riconoscibile da Nepeziano, che ne offre: "a condita urbe per annos N c. l.". Poiche ciò indica che nel codice primitivo la data era scritta in cifra, e que dal copista fu mal letta; verosimilmente l'archetipo dava "usque ad  $\overline{XX}$  e. D (cioè vicesimum et quingentesimum) annum", nel qual caso questa data del 520 si confonderebbe sull'era di Nipote o Polibio o Diodoro ad altri, corrispondendo all'anno 523 dell'era varroniana". E in fine (segue pure Voigt) un simple guasto è da supporre in Plutarco Lyc. et Num. comp. 3; ivi il testo dei manoscritti è: "Ἐτεσι τριαξοντα xai διαξοιοις"; e ciò addita la lezione  $\Lambda'K$  (41) I; dove ne sta dinanzi un errore di lettura del copista in luogo del  $\Phi K \Gamma$  (523) del codice primitivo".

(2). Plut. Lyc. y Num. 3, in fine, cit.

de su mujer el año 447 de la fundación de la ciudad. De modo que el divorcio que para algunos autores es el primero-el de Annio- para Valerio Máximo resulta ser el segundo o, al menos posterior al de Carvilio.

Los únicos que citan nombres de los cónsules que estaban en el cargo cuando se da por ocurrido el divorcio de Carvilio son Aulo Gelio y Dionisio de Halicarnaso, aunque, como se ha visto antes, no coinciden en los nombres ni tampoco exactamente en las fechas.

Teniendo en cuenta la cronología de los respectivos nacimientos, quien primero debió escribir sobre este asunto es Dionisio, que floreció en el siglo I a de C. Después lo hicieron Plutarco (de quien se dice que conoció la obra de Dionisio) y Valerio Máximo, que vivieron en el siglo I de nuestra era. Y finalmente trató el tema Aulo Gelio, que vivió en el siglo II de C. Calamandrei(1) sitúa las *Noctium Atticorum* entre los años 125 y 175 de C., si bien hay que señalar que algunas enciclopedias datan el nacimiento de Gelio en el siglo II a. de C.

Gelio toma como fuente un "Tratado sobre las dotes" escrito por Servio Sulpicio y por lo que se desprende del texto transcrito, el divorcio de Espurio Carvilio es el punto de partida de la "necesidad de garantizar la devolución de las dotes mediante cauciones".

En cambio, los autores coinciden totalmente en la circunstancia de que el divorcio se debió a la esterilidad de la mujer.

Esta garantía para la devolución de la dote, cuya cita perfila y precisa el relato, nos lleva a pensar que la razón alegada por E. Carvilio debió de ser considerada de poca consistencia y que estaba en desacuerdo con la costumbre practica-

-----  
(1). Calamandrei, Prólogo al Elogio de los Jueces (En la edición alemana)

da por los romanos desde los orígenes de la ciudad, cuyas causas de divorcio, consuetudinariamente aceptadas, eran las que se recogían en la supuesta ley de Rómulo, a saber: envenenamiento, simulación de parto, falsificación de llaves y adulterio, es decir, la comisión por la mujer de un hecho que pudiera calificarse como delictivo, aunque fuera desde el ángulo - del derecho privado, que pudiera justificar la adopción de medidas por el marido, entre las que estaría el repudio de la - mujer.

Brini piensa que "atendida la concordancia de Servio, Dionisio y Gelio (o si se quiere sólo la de Dionisio y Gelio, pero teniendo a éste como fuente independiente de aquél) y dejada a un lado la mayor o menor credibilidad de tales escritores," por sí sola sería bastante para atribuirle una preferencia a su fecha sobre las otras (1):

No deja el mismo autor de prestar atención a las fechas de Plutarco y de Valerio Máximo, pero señala que si se optara por ellas habría que pensar que Dionisio y Gelio incurrieron en error, o lo que escribieron fué un añadido, o se trata de una recreación arbitraria hecha sobre la noticia original (2).

En cuanto a Gelio, si como pensamos vivió en el siglo II de C., además del tratado de Servio Sulpicio debió de tener conocimiento también de lo que escribiera dos siglos antes Dionisio, cuya obra es de suponer que llegara a sus manos durante su estancia en Grecia. Le precedieron así mismo en el tema -

(1). Brini, ob.cit.p.23. A me pare que la concordanza di Servio, di Dionigi e di Gellio (e forse solo di Dionigi e di Gellio, ma attingendo Gellio pur fonti diverse da Dionigi) anche lasciata stare l'attendibilità di tali scrittori, in somma già da sola bastarebbe a far attribuire una forte prevalenza alle loro date sopra le altre.

(2). ibid.p.25. Anche tutto ciò diremo un errore, un'aggiunta od anzi, tutto omai una rimutazione e quasi creazione arbitraria fatta sulla genuina notizia.

Plutarco y Valerio Máximo, cuyas obras posiblemente conoció un "patricio romano a quien su familia envió a Atenas para que aumentase su cultura" (1). Parece posible pensar, en contra de la opinión de Brini (2), que Servio Sulpicio, Dionisio de Halicarnaso y Aulo Gelio son una y la misma fuente, lo cual resta crédito a la fecha del divorcio de Carvilio.

A pesar de inclinarse por la de Dionisio-Gelio como la mas probable, Brini (3) se guarda de afirmar que con ello el asunto esté zanjado "ni tan siquiera como probabilidad: tanto me -frena -dice- la debida circunspección en una historia tan antigua y tan imperfectamente transmitida, por lo que me resulta siempre aventurado excluir del ánimo la duda o, cuando menos, -la discusión".

La noticia de si el divorcio de Carvilio fué el primero en Roma ha sido aceptada por unos y rechazada por otros; algunos la admiten con limitaciones o añadidos, con sobreentendidos o como mera conjetura.

La postura mas cómoda podrá parecer opinar que no hubo en Roma, antes del de Carvilio, ningún divorcio, ninguna disolución de matrimonio, por mas que estuviera permitido por la ley. Es la posición de los mas antiguos. El mismo Brini recoge la mención que hace a este respecto Heineccio en su *Antiquitatum Syntagma* (4) como el primero "alrededor del año quinientos U.C." Por su lado, Mühlenthal, en sus comentarios al texto de Heineccio -anota que los "antiguos difieren en el tiempo en que tuvo lugar

-----  
(1). *Noches Aticas*. Cap. Jurídicos, ed. Europa-América, Buenos Aires, 1.959.

(2). Brini, ob.cit.p.23

(3). *ibid.* p.25-26

(4). *ibid.* p.27... ed ancora nell'Heineccio: "At quamvis divortia viris permetterent leges, non tamen ullum Romae extitit exemplum ante annum ab U.C.circiter quingentesimum, quo primus uxorem ob sterilitatem dimisit SpCarvilius Ruga."

el divorcio de Espurio Carvilio Ruga: varios se refieren a los años 520-523 U.C., Plutarco al año 230 U.C. (1), añadiendo que "de alguna manera, aunque se tenga este hecho, difícilmente puede creerse que el divorcio de Carvilio fuese el primero de todos los divorcios de Roma" (2).

Desde luego puede afirmarse que la disolución de los matrimonios por divorcio fué posible en Roma antes del siglo VI de la fundación de la ciudad, pues como Brini reconoce "ya sin es- to, o remontándose también a los años 230 y 150, o si se configura el 523 o el 520, o razonando en abstracto y suponiendo así mismo que no se tuviera ningún testimonio de disolución conyugal y divorcio anteriores, sería igualmente difícil conocer el principio". Ello no obstante, le lleva a argumentar que si se mantiene la tesis de que el divorcio de Espurio Carvilio tuvo lugar el año 150 U.C., como dice Valerio, o en el 230, como dice Plutarco, "estaríamos en la época regia en la que no había ni cónsules, ni censores ni pretores" (3).

Mühlenbruch, siempre según la cita de Brini, resalta que todos los autores modernos que se han referido al divorcio de Carvilio Ruga "se han mostrado de acuerdo en que lo destacable de él es que se manifestó como un hecho extraordinario memorable o por la cusa, o por el modo -Carvilio repudió a su mujer después de haber consultado a sus amigos- o porque a raíz del mismo se fortaleció el derecho dotal para el futuro" y és

(1). Brini, ob.cit.p.27. "inter se dissident veterum testimonia de tempore, quo factum fuerit Sp.Carvili Rugae divortium: plerique illud referunt ad annos ab. U.C. 520-523, Plutarco ad a.230 (también se menciona la fecha de Valerio Máximo)

(2). ibid.p.27: "quomodounque autem res se habeat, id tamen vix credere licebit, primum omnium Carviliium Romae divertisse"

(3). ibid.p.25

to fué lo que apreció fundamentalmente Gelio (1).

Así, teniendo la mayoría de los autores modernos por indudable que el divorcio fué siempre posible en Roma aunque no hubiera tenido lugar este supuesto primero de Carvilio, se admite, por el contrario, que fué el primero al que acompañó o estuvo determinado por una circunstancia nueva y singular (2). Queda ahora por saber que es lo que ha servido de justificación para resaltarlo sobre los demás.

Las opiniones son realmente variadas; después de desechar la hipótesis apuntada por alguno (3), Brini revista las aportadas. Unos piensan, dice, que el de Carvilio fué el primer divorcio por esterilidad de la mujer (4). Otros, el primero que se dió por causas no admitida en aquel momento por el Derecho (5), o sea, sin causa legítima o, si se quiere, de forma arbitraria (6) caprichosa y frívola, porque se basaba en un motivo que no era serio o suficiente; o tal vez se simuló la causa (7). Opinan algunos que se trata del primero en que no tu

(1). Brini, ob.cit.p.29. "potius dicendum" seguitava el Mühlénbruch, "in quo et omnes consentire videntur qui nostris temporibus hac de re scripserunt) incidisse quaedam in hecce divortium, unde effectum sit, ut tamquam res vel maxime insignis memoriae proderetur, sive ea ad causam spectarent divertendi, sive ad rationem ac modum, quod consilium perfecit Carvilius, sive dotium ius, quod quidem in posterum invaluit; id quod innuere videtur Gellius in priori loco (IV,3.)

(2). ibid. p.30.: Appunto, i piu dei moderni, tenendo per indubitato che i divorzi fossero stati in Roma ognora possibili, a ve ne fossero avvenuti anche prima di questo di Carvilio.

(3). ibid. p.31. F.V.Fritzche, de div.Carvilio.

(4). ibid. E.Otto, Thes.iuris; H.A.de Water, de div.Carvilio; G. Friederici, de div.maeditat.; Zimmer, Röm.Recht, I.

(5). ibid. G.A.Marche, Hist.Iur.civ.

(6). ibid. Puchta, Coursus der Inst.

(7). ibid. Baron, Ges.des röm.Rechts.

vo culpa la mujer, o en primero sin ofensa, esto es, con buena disposición o bona gratia (1).

Pudo ser el primero por voluntad bilateral. O tal vez el vínculo religioso del juramento y el deseo, casi deber civil de tener prole vencieron cualquiera otra consideración y empujaron a los cónyuges, o al marido en este caso, al divorcio (2). Acaso fué impuesto por los censores que hicieron jurar a Carvilio (3). Quizás el motivo religioso o civil no fueron sino un pretexto hipócrita con el que se escarnecía la fórmula censoria, hecho que ocurriría por primera vez y que causaría la indignación y condena del pueblo, en tanto que el verdadero móvil fuera desembarazarse de una mujer para pasar a otra (4). O mas bien se debió a la avaricia y avidez del marido que quiso apropiarse de los bienes de la mujer y de ahí que se percibiera la necesidad de establecer cauciones y la actio rei uxoriae (5). Y si no dió lugar a la creación de garantías procesales, pudo tratarse del primer caso en que se hizo uso de ellas (6).

-----  
(1). Brini, ob.cit.p.31. I.C.Hasse, Das Gut, der Ehegatten nach röm.recht.

(2). ibid. p.32. A.Vannucci, Storia dell'Italia antica; Laboulaye, Sur la cond.civ.et pol.des femmes. (La expresión bona gratia significó primero causa razonable y a finales de la época justiniana disolución de común acuerdo)

(3). ibid. Ramos del Manzano, Ad L.Iul et Pap, I.; Meermann, Nov.Theodos.V.

(4). ibid. Savigny, Vermischte Schriften.

(5). ibid, p.33. Ossenbüggen, en Zeitschr.f.Altertumwissenschaft.

(6). ibid. G.Hugo, Röm.Rechts, p.148, n.3. Según este autor no hay prueba alguna de que Dionisio y Valerio, así como Servio, consideraran el de Carvilio como ejemplo absoluto de primer divorcio.

No queda claro, despues de tanta interpretación, si Carvilio había jurado que se casaba para tener hijos, o fueron los cónsules los que le hicieron jurar que se divorciaba porque quería tenerlos.

Hay quien opina (1) que aquél pudo haber sido el primer divorcio sin iudicium domesticum, o sin intervención del consejo de los parientes o, en general, sin contar con el parecer de los amigos.

Puede resumirse, para evitar mas citas que no añaden nada a nuestro propósito, que hay interpretaciones de todo tipo, lo que no es extraño en un caso sobre el que se ha escrito tanto. Sin embargo, esta misma circunstancia evidencia la obscuridad del asunto, la cual proviene, ciertamente, de la misma antigüedad del hecho y de la deficiente información que se nos ha transmitido. He ahí por que haya que moverse en el terreno de las conjeturas y por que éstas son tan abundantes. Hay tantas como intérpretes de los textos. Y conviene recordar que los escritores antiguos, sobre cuya tradición literaria se basan las especulaciones acerca de este divorcio, al aportar su personal interpretación embrollaron la cuestión para la posteridad.

Interesa destacar aquí que el divorcio de Espurio Carvilio Ruga -cualquiera que sea la fecha que aceptemos- no fué el primer divorcio de Roma: sobre esto hay, al parecer, unanimidad entre los escritores de historia jurídica romana antigua. Y puede repetirse aquí que la disolución del matrimonio se practicó allí desde el principio u origen de la Ciudad. El mismo Brini (2) dice que hay testimonios firmes que acreditan la existencia en el ordenamiento ju-

(1). Brini, ob.cit.pag.34. Kenze, Die Freiheit der Ehescheid nach ältern römische Rechte, en A.für gesch.Rechtswissenschaft, VII, p.23-41. 1831

(2). Brini, ob.cit.pga.29. "precise testimonianze attestano fini dagli ordinamenti romulei esistente in quel diritto l'istituto dello scioglimento del coniugio e per volontà almeno unilaterale.

rídico romuleo del instituto de la disolución del vínculo conyugal por voluntad unilateral al menos, a lo que añadimos que había de darse alguna de las causas que la propia ley de Romulo recoge. Naturalmente, se desconoce la frecuencia con que tales causas pudieron darse, pero la noticia literaria o jurídica, particularmente la primera, nos ha transmitido un hecho incuestionable. La evolución de esta institución es lenta y han de transcurrir casi diez siglos para que aparezcan los primeros intentos de limitar y aún de prohibir los divorcios entre los romanos, como el de Justiniano, que tuvo tan poca fortuna, que hubo de ser modificado poco después por su hijo Justino (1).

---

(1). Nov. 134 y 140 citadas.

b). Supuesta ley de Rómulo sobre el repudio.

La polémica suscitada por diversos autores modernos en torno al divorcio en la Roma antigua se basa en dos textos, uno de Dionisio de Halicarnaso y otro de Plutarco, que hacen referencia a una supuesta ley dada por Rómulo y de cuya existencia solo tenemos noticia a través de las fuentes literarias, las cuales adolecen de falta de precisión jurídica, no obstante su inestimable valor para conocer hechos pretéritos sobre los que o no existe documentación legal o ésta es incompleta.

El primero de ellos -Dionisio- dice que "aunque Rómulo no dió al marido acción contra su mujer por adulterio o por abandono de la casa sin motivo, ni a la mujer acción contra su marido por mala administración o por abandonarla sin razón, ni dictó leyes para devolver o recobrar los bienes dotales o regular algo sobre esto, por medio de una sola ley que efectivamente provee sobre todas estas cosas, como lo han demostrado los resultados, hizo que las mujeres se comportaran con modestia y gran decoro. Esta ley era que la mujer casada por la ley sagrada entraba en la potestad -manu- del marido y participaba con él en todos sus bienes y en su religión" (1).

-----  
 (1). Dionisio de Halicarnaso, 2, 25, 2. At Romulus, quum neque viro actionem concessisset contra uxorem, quae stuprum fuisset -passa, aut quae inuiste domum reliquisset; neque uxori, quae maritum rei male administratae aut afferenda nullus prorsus, leges tulisset neque ullam istius modi rem determinasset; sed unam tantum ad omnia accomodatam legem (ut ipsa res docuit) constituisset, efecit mulieres valde modestae et pudicae esse. Lex autem haec erat: mulierem nuptam quae ex sacratis legibus in manu mariti convenisset, cum eo omnium et bonorum et sacrorum participem esse. (Girard, Texto latinos).

Los antiguos romanos designaban a los matrimonios contraídos con arreglo a la ley sagrada con la expresión "farreate" por hacerse con el "farreo", que era un pan fabricado con una variedad de trigo espelta que se daba bien en los campos del Lacio y que desde muy antiguo y durante mucho tiempo fué el principal alimento de ellos".

El otro texto, de Plutarco, dice: " (Romulo) promulgó algunas leyes, de las cuales muy dura es la que no permite a la mujer repudiar al marido, autorizando a éste a despedir a la mujer por envenenamiento, simulación de parto, falsificación de las llaves y por cometer adulterio; si por cualquiera otra causa la despedía, ordenaba que la mitad de su hacienda fuera para la mujer y la otra mitad para el templo de Ceres; y que el que así repudiare hubiera de aplacar a los dioses infernales" (1).

Algunos autores han subrayado que Dionisio de Halicarnaso (2) al hablar solo del matrimonio por confarreación pretendió referirse al derecho existente sobre esta clase o tipo de unión matrimonial, sin ocuparse de otras formas de matrimonio.

Se reconoce comunmente que existe gran dificultad cuando se intenta saber si el matrimonio por confarreación podía disolverse mediante divorcio en los primeros tiempos de

-----

(1). Plutarco, Vida de Romulo, 22, 3. (Texto latino). Constituit quoque leges quasdam, quarum illa dura est, quae uxori non permittit divertere a marito, at marito permittit uxorem depudicare propter veneficium vel suppositionem partus vel falsatione clavium vel adulterium commissum, si vero aliter quis a se dimitteret uxorem, bonorum ejus partem uxoris fieri, partem Cerei sacram esse jussit, qui autem venderet uxorem diis inferis immolari.

(2). Dion. de Halicarnaso, ob. cit. 2, 25, 2.

la historia de Roma. Algunos autores antiguos como Aulo Gelio (1) y Pompeyo Festo (2) acogen en sus obras tal posibilidad de disolución, en general, excluyendo el matrimonio del "flamen dialis" o gran sacerdote de Júpiter, que es indisoluble. Entre los autores modernos -Esmein- (3) se mantiene por el contrario, que era imposible la disolución de un matrimonio contraído por confarreación.

De cualquier modo, se admite por todos ellos, tanto antiguos como modernos, la existencia de la "difarreatio", institución que servía para disolver los matrimonios contraídos por confarreación, y ello desde muy antiguo, como lo acredita Pompeyo Festo (4). Esta posibilidad de rescisión de un acto que se concierta por la voluntad concorde fué siempre posible en Roma, y en época mas avanzada dió pie al principio "omne quod ligatur solubile est" (5)

El texto de Dion. de Halicarnaso además de prestarse a la interpretación en el sentido de que se refería en él al matrimonio por confarreación, que no era mas que una de las maneras de contraer matrimonio, entre otras, y que muy bien pudía contemplar lo que no sería mas que una regla de religión que existía en Roma, que se concretaría en la célebre-supuesta ley de Romulo que este autor menciona como paradigma, la verdad es que no puede deducirse de aquél conclusión alguna que pueda llevar a opinar en contra de la exis

(1). Aulo Gelio. Noches Aticas, 10, 15

(2). Pompeyo Festo. "Flammeo".

(3). E. Esmein. Melanges d'histoire du droit et de critique, pag. 17.

(4). Pompeyo Festo. "Diffarreatio".

(5). Nov. 22, 3... quoniam horum quae in hominibus subsequuntur, quidquid ligatur solubile est.

tencia del divorcio en los primeros tiempos de Roma. Lo que si nos dice literalmente es que Rómulo no reguló de modo directo el divorcio, ni la restitución de los bienes dotales, - que al principio entraban a formar parte del patrimonio del marido, sino que por la ley imponía la potestad de éste sobre la mujer, que quedaba reducida a la categoría de filiae familias en su propio hogar, es decir, supeditada, como cualquier otro miembro de la familia, al poder absoluto de la autoridad patriarcal, lo cual ocurría también en el matrimonio por compra -coemptio-. Sin embargo, no producía tales efectos el matrimonio por usus o posesión, a menos que se diera la usucapción por el trascurso del año (1).

Por el contrario, la existencia de la disolución del matrimonio o divorcio está implícitamente admitida en dicho texto, pues podía la mujer abandonar la casa del marido sin motivo, y éste abandonar a la mujer sin razón, y en tales supuestos ninguno tenía acción contra el otro, sin perjuicio de las sanciones de tipo social o económico que tales actos pudieran acarrear. A este respecto merece citarse otra parte del mismo texto. Dice este autor que la ley "obligaba a las mujeres casadas, que no tenían otro refugio, a conformarse completamente con el temperamento de sus maridos, y a éstos a tratar a sus mujeres como necesarias e inseparables posesiones. Por consiguiente, si una mujer era virtuosa y obediente en todo a su marido, ella era dueña de la casa en la misma medida que su marido, y después de la muerte de él, la mujer era la heredera de sus bienes en la misma medida en que la hija heredaba de su padre; es decir, que si moría sin hijos e intestado la mujer accedía a la propiedad de todo lo que dejara el esposo, y si quedaban hijos, heredaba una porción igual

-----  
 (1). Gayo, Inst., 1, 112 y 113.

a la de éstos. Pero si se portaba mal, el marido, como parte a graviada, se convertía en su juez y determinaba la sanción o castigo y su grado. Otros delitos, mas que delitos faltas, eran juzgados por un consejo formado por el marido y los familiares de la mujer. Estaban entre ellos el adulterio y el haber bebido vino -falta ésta última que los griegos consideraban de ínfima importancia- porque Romulo permitió castigar ambos actos con la muerte por considerar estas cosas como los mayo res delitos en que podía incurrir la mujer ya que se tenía al adulterio como fuente de los mayores males y a la embriaguez como causante del adulterio. Los dos tipos de delito fueron castigados durante mucho tiempo por los romanos con severidad estricta. La conveniencia de esta ley relativa a las mujeres estaba acreditada por el largo tiempo que tuvo de vigencia, -pues se esta de acuerdo en que durante 520 años no se disolvió ningún matrimonio en Roma" (1).

Lo que la ley de Rómulo establecía era una sujeción absoluta de la mujer al marido, de quien era en realidad una posesión. Los perjuicios que la mujer sufría si abandonaba la casa del marido sin motivo está claro que eran la pérdida total del patrimonio que hubiera aportado al matrimonio y la - posible herencia en el caso de que el marido la premuriera Hay que tener en cuenta, además, que tal derecho hereditario

-----  
 (1). Gelio (4,3), Valerio Maximo (2,1,4) y Plutarco (Romulo,6) refieren la misma tradición, pero difieren en las fechas. Gelio está de acuerdo con Dionisio, pero Valerio Maximo cita el año 604 y Plutarco el 524 a de C. Además, Val. Maximo cita en otra parte (2,9,2) que Lucio Annio repudió a su mujer en 306/307 a de C., dato confirmado por Livio (9,43,25)

En el texto de Dionisio de Halicarnaso se hace referencia al iudicium domesticum: "otros delitos eran juzgados por familiares de la mujer junto con el marido...".

lo adquiría por su aportación económica cuando se casaba. La contrapartida era el sometimiento absoluto al marido.

Esta situación de la mujer romana primitiva fué evolucionando a medida que la civitas aumentaba su grado de civilización. La supuesta ley de Rómulo cuyas excelencias alababa D. de Halicarnaso no debió de "proteger" al marido tanto tiempo como como dice pues si él refiere que el divorcio de Carvilio tuvo lugar el año 520 de la fundación de Roma, Valerio-Máximo lo sitúa el 149 y Plutarco el 229 de la misma era. Si la ley de Rómulo no ha estado realmente en vigor en ningún momento, las referencias a ella pueden ser, al menos, expresión de un derecho consuetudinario

## 2. Derecho antiguo.

a) Periodo de la Republica. En el año 243 de la fundación de Roma, Tarquino el Soberbio es expulsado del Trono. Su tiranía se había colmado con la ofensa inferida por su hijo Sexto a Lucrecia, esposa de su sobrino Tarquino Colatino, a la que obligó a yacer con él bajo amenaza, si no lo hacía, le simular su adulterio con un esclavo. Temerosa del deshonor que tal cosa suponía, Lucrecia se doblegó, pero consumado el hecho, puso en conocimiento de sus parientes lo ocurrido, pidió les venganza y se dió muerte. L.Bruto levantó al pueblo y derrocó al tirano (1).

El relato muestra que el adulterio era en los primeros tiempos de Roma grave delito y grave vergüenza social.

Destronado Tarquino se nombró una dirección colegiada de dos Cónsules elegidos por los comicios curiados con un mandato de dos años y con las mismas facultades que el rey había tenido. Comenzó con esto el periodo de la Republica.

El año 303 de la fundación de Roma ( 450 a.de C. aproximadamente ) tuvo lugar la redacción de la Ley de las XII Tablas, llevada a cabo por los decenviros nombrados al efecto. Puesto que hasta este momento el derecho había sido interpretado y aplicado por el colegio de los pontífices, la redacción de la Ley sentó las bases del derecho escrito fijando las normas de derecho consuetudinario e introduciendo la isonomía o igualdad de todos los ciudadanos ante el derecho, por lo que, en este aspecto, se acabó con la preponderancia de las clases patricias, de las que se nutría exclusivamente el orden de los pontífices.

Fuera de esta fijación de las normas jurídicas, la Ley de las XII Tablas no introduce - o si lo hace es en ínfima medida - modificaciones en el que hasta entonces había sido de -----

(1). Tito Livio, 1, 58. W.Smith. Smaller history of Rome, p.30

recho formado por la costumbre. La disolución del matrimonio mediante el repudio continuó siendo posible durante todo el periodo de la República.

a'). Formas de divorcio.

No se conoce que hubiera una forma determinada para la disolución del matrimonio. La tabla IIII, 3, según nos la ha transmitido Cicerón (1) contenía, al parecer, una fórmula que se aplicó, con variaciones, al repudio. Era suficiente que el marido o la mujer se comunicaran el uno al otro que el matrimonio había terminado. Así era también en la época en que él vivió, pues refiere que "César ha enviado el divorcio a su mujer" (2)

En los tiempos más antiguos no existió una plena igualdad entre el marido y la mujer en cuanto al repudio. Se desprende esto de la mención que hace Plutarco (3) de las leyes de Rómulo de las cuales dice que "hay una muy dura que no permite a la mujer apartarse del marido, y permite al marido repudiar a la mujer". Sin duda, la forma del matrimonio -cum manu o sine manu- pudo tener influencia en esta cuestión.

En el matrimonio cum manu la mujer abandonaba la familia propia y entraba en la del marido, sometiéndose a la potestad de éste o de su pater familias. El divorcio sería decidido por el marido, y después se procedería a exonerar a la mujer de la manus o dependencia de aquella potestad.

En los matrimonios sine manu la mujer quedaba sometida a

(1). Cicerón, Phil. 2, 28, 69: Illam suas res sibi habere iussit ex XII, claves ademit, exegit.

(2). Cicerón, Ad. Att. 1, 13, 3.: uxori Caesarem nuntium remisisse.

(3). Plutarco, Romulo, 22, cit. p. 58.

la potestad de su pater familias, en cuyo caso el pater podía disolver el matrimonio y hasta llevarse a la filia incluso contra el deseo de ambos cónyuges. Plauto pone de manifiesto esta posibilidad en su comedia *Stichus*, en el diálogo de dos hermanas que se lamentan de que su padre tenga la intención de disolver sus matrimonios. Una de ellas, Pánfila, dice a la otra: " Hay algo que me aflige: ver a tu padre, mejor dicho, nuestro padre, que es considerado como el hombre mas honesto de la ciudad, conducirse ahora deshonestamente y causar a nuestros maridos ausentes una injuria tan grave y poco merecida, queriendo que nos apartemos de ellos (1).

Aquella facultad fué limitada por Antonino Pio que prohibió al padre perturbar una unión en la reinara la armonía, y mas tarde Marco Aurelio añadió que " a menos que haya razones de peso" (2).

Pero si en lo que se refiere a la mujer casada sine manu la situación era clara, porque no habiendo salido nunca de la potestad de su pater familias, al quedar disuelto el matrimonio sigue sujeta a ella ¿cuál sería la de la mujer casada cum manu después del divorcio?. La confarreación producía el efecto de transferir al marido o al pater familias de éste la potestad que hasta entonces había ejercido el padre de la esposa. La difarreatio, ceremonia contraria, devolvería al padre la potestad sobre la hija transfe--

-----  
 (1). Plauto, *Stichus*, 11. Panfila... Sed hoc, soror, crucior, Patrem tuum, meumque adeo, unice qui unus, cuius ex omnibus probus perhibetur. eum nunc improvi viri officio uti, viris qui tantos absentibus nostris, facit iniurias inmerito, nos que ab eis abducere uolt.

(2). C.5, 17, 5 nisi magna iusta causa interviniente hoc pater fecerit.

rida en el acto de la confarreación. De lo contrario habría que suponer que disuelto el matrimonio la mujer adquiriría la condición de *siu iuris* y caería bajo la tutela de los agnados de su antiguo marido, cuando la dote se le restituiría a su pater familias o a sus familiares que la hubieran constituido.

Otra muestra de la facultad paterna sobre el matrimonio de las hijas la da Ennio en Cresfonte, donde una hija se lamenta de que el padre quiera hacerle abandonar al marido (1)

En cuanto al *filius*, se pregunta si había alguna regla que impidiera al pater oponerse al divorcio. Hay que inclinarse por la afirmativa en vista del pasaje de Hecira, donde Terencio pone en boca de un padre que no quiere que su hijo se divorcie, el siguiente consejo: "si fueras razonable. ..mándala regresar" (2), y en otro lugar: "vuelve a tomar a tu mujer y no me contraries mas" (3), lo cual implica que el pater familias no tiene facultad para oponerse al divorcio del *filius*.

En sentido contrario se plantea la cuestión de si el pater podía obligar al *filius* a divorciarse contra su voluntad. Aunque este derecho ha sido muy discutido, parece que debe admitirse, a la vista de los datos de que se dispone, que no le asiste aquél. Puede invocarse a este respecto el testimonio de Dionisio de Halicarnaso según el cual si un padre -

-----  
 (1). Ennio, Cresphontem, .Iniuria abs te adficior indigna, pater, Nam si improbum Cresphontem existimaveris. Cur me huic locabas nuptiis? Sin es probus, Cur talem invitam invitum linquere cogis?

(2). Terencio, Hecyra, 493. Si sanus sies...iube illam reddere.

(3). Ibid., 654. Redduc uxorem ac noli adversari mihi.

permite a su hijo que se case con una mujer que según las leyes había de participar en los ritos sagrados -se refiere a la religión familiar- y en los bienes, ya no tiene el derecho de vender al hijo" (1).

De modo que hay un enfoque diferente de la cuestión matrimonial según se trate de hombre o mujer. En el primer caso, el pater familias no tiene facultades para evitar que el hijo se divorcie; en el segundo, puede forzar la disolución del matrimonio de la hija, si está bajo su potestad por haber contraído matrimonio sine manu. En el caso de que el matrimonio se hubiera celebrado cum manu, "aunque la mujer quedasometida a la potestad de su marido, no se sigue necesariamente que ni la mujer ni su pater familias puedan tomar la iniciativa en el divorcio" (2).

La diferencia entre la disolución por divorcio del matrimonio cum manu y matrimonio sine manu queda reflejada en las comedias de Plauto "Miles Gloriosus", "Mercator" y "Menaechmi" (3). En el primer caso se trata de un divorcio promovido por la mujer, que ha echado de la casa al marido después de divorciarse, porque la casa le pertenece por ser bienes dotales. La iniciativa la toma la mujer (4).

-----  
 (1). Dion. de Halicarnaso, 2, 27 (trd. latina. Girard, Ob. cit.) Si pater filio permiserit uxorem ducere quae ex legibus participes sit sacrorum et bonorum, patri non amplius ius esse filium vendendi.

(2). Watson. The law of persons in the later roman law. pg. 48

(3). Plauto, Miles Gloriosus, 1276; Mercator, 817; Menaechmi, 720/735.

(4). Plauto. M. Gloriosus, 1276: "Pyrgopolinice: Egon ad illam eam quae nupta sit? Vir eius meo prendat?. MILphidippa: Quin tua causa exegit virum ab se. PYR.: Qui id facere. MIL.: Quia aedes dotales huius sunt. PYR.: Itane?. MIL.: Ita pol.

En la segunda, la esclava Sira dice: " Por Castor, las mujeres viven bajo una ley muy dura, y mas injusta y misera que los hombres, porque si un marido tiene una amante desconocida su mujer y esta llega a saberlo, el marido queda impune; pero si la mujer sale de su casa sin que el marido lo sepa, si éste lo descubre le sigue un proceso de repudio. La ley debiera ser la misma para el marido y la mujer" (1).

Sira -dice Watson- se lamenta en nombre de todas las mujeres (2) y pone de manifiesto la situación legal, no la de facto, existente: los maridos pueden divorciarse de sus mujeres, pero las mujeres no pueden divorciarse de sus maridos.

Aunque mucha parte de la producción literaria de Plauto traslada al latín obras griegas, no debe verse en estos textos una copia exacta del sistema legal griego. Para que el público romano se sintiera identificado y comprendiera las comedias, era preciso que reflejaran las costumbres y leyes de Roma. (3).

Se observa, no obstante, una contradicción entre el diálogo de la comedia *Miles Gloriosus* y este otro texto de *Mercator*. Aparte de cualquiera otra consideración, se piensa que

---

(1). Plauto, *Mercator*, 820. *Ec castor lege dura vivunt mulieres, Multo que iniquiore miserae quam viri, Nam si vir scortum duxit, clam uxorem suam, Id si rescivit uxor, impune est viro. Uxor vero si clam domo egressa est foras, Viro fit causa: exigitur matrimonio, Utinam lex esset eadem, quam uxori est, viro.*

(2). Watson, ob.cit. pag. 50.

(3). En relación con esto, al comentar el diálogo sostenido por los personajes de *Miles Gloriosus*, Watson dice: "The divorce is essential to the plot of the play and so must be understandable by a roman audience. Hence, the legal situation even derived from greek original, must make sense in Rome."

en el primero Plauto se refiere a un matrimonio sine manu y en el segundo a un matrimonio cum manu (1). En apoyo de esta tesis puede citarse este pasaje de "Mercator" en el que Dorippa, se expresa así: "Nunca hubo ni habrá mujer mas desgraciada. Haberme casado con este hombre, oh miserable de mí! Este es el hombre al que confié mi persona y todos mis bienes. Aquél al que di los diez talentos de dote. Todo para ver y sufrir estos ultrajes" (2). Hay que resaltar que Dorippa dice que "ha confiado su persona y bienes y ha entregado su dote" y la queja proviene de que se ha entregado ella y todo lo que tiene -te et tua quae tu habeas- a su marido, lo cual define el matrimonio cum manu. (En el caso de la mujer alieni iuris la dote consistía en la suma fija de diez talentos).

En la comedia Menaechmi, una mujer quiere divorciarse de su marido y envía a buscar a su padre. Esto es perfectamente admisible en el derecho romano antiguo, puesto que en los matrimonios sine manu el pater familias conserva su potestad sobre la filia casada, por lo que sería éste quien podría poner fin al matrimonio. Recuérdese que mas arriba hemos dicho que el pater familias podía por su iniciativa disolver el matrimonio (3).

La interpretación de aquellos fragmentos, en opinión de Watson (4) puede ser que el Miles Gloriosus se refiere al divorcio de una mujer sui iuris en un matrimonio sine manu; en Mercator se referiría a una mujer alieni iuris y el matrimonio cum manu -en el que el divorcio únicamente puede

(1). Watson, *ob. cit.*, pg. 50

(2). Plauto, Mercator, 700: "Dorippa: Miserior mulier me nec fuit. Tale viro quae nupserim. Heu miserae mihi! Em cui te et tua quae tu habeas commendes viro. Em cui decem talenta dotis detuli. Haec ut viderem, ut ferrem has contumelias.

(3). Plauto, Menaechmi, 736: Mujer: Ei, Decio, quaere meum patrem, tecum simul ut veniat ad me; ita rem esse dicito iam ego aperiam ista eae tua flagitia; 784. Ecce autem litigium. Quotiens tandem edixit tibi ut cavere neuter ad me iretis cum querimonia? Mujer: Qui ego istuc, mi pater, cavere possum?

ser hecho por el marido- y en el caso de la comedia *Menaechmi*, la mujer es *alieni iuris* y el matrimonio *sine manu*.

En el antiguo derecho romano predominaron probablemente los matrimonios *cum manu*, lo cual justificaría la lamentación de Sira ante la desigual situación en que se encuentran la mujer y el hombre ante el derecho. Pero esta situación no tardó en modificarse como lo demuestran textos del mismo Plauto.

En la comedia *Amphitruo*, la mujer, Alcumena, ultrajada por el marido, le dice enérgicamente: "Tus ultrajes no pueden alcanzar a mi virtud, mas no habiendo nunca maldad en la honestidad de mis actos, no quiero que se me deshonoré con palabras. Adiós, toma tus cosas, dame las mías. ¿Mandas que me acompañen?" (1).

En la comedia *Truculentus*, una mujer, Fronesia, se expresa así: "una vez que haya obtenido de él lo que quiero, fácilmente encontraré motivos de discordia y divorcio. Después seré toda tuya, amor mío" (2).

El derecho de repudio se extendió tanto que Cicerón pudo decir que "Paula Valeria, hermana de Triario, se ha divorciado sin motivo el día que su marido regresaba de su provincia. Va a casarse con D.Bruto" (3).

(1). Plauto, *Amphitruo*, 925. Egon istaec feci verba virtute irrita. Nunc quando factis me impudicis abstini. Ab impudicis dictis auotis uolo. Valeas tibi habeas res tuas, reddas meas. Iube mi ire comites?

(2). Plauto, *Truculentus*, 418. Ubi illud quod uolo. Habebo ab illo facile inuenio quomodo. Discordiam et diuortium inter nos parem.

(3). Ciceron, *Ad.fam.* 8, 7, 2. Paula Valeria, soror Triarii, diuortium sine causa, quo die vir e provincia venturus erat, fecit; nuptura est Brutus. (Carta CCLVI M.Callii Rufi. escrita en Roma en abril o mayo del año 704 U.C.)

El propio Séneca se hace eco de elló cuando dice: "Es que alguien puede ruborizarse de los repudios cuando las mujeres ilustres y nobles cuentan sus años no por los cónsules sino por el número de maridos y saken de sus casas para casarse y se casan para divorciarse?" (1).

Y Marcial en una de sus sátiras dice: "en el nuevo mes de Jano, Proculeya, dejas a tu marido viejo y le dices que guarde para sí todos sus bienes. ¿Qué te ha ocurrido? Dime ¿Qué te ha sucedido? ¿No quieres contestarme? Bueno. Te lo diré yo. Era pretor. La púrpura de los juegos Megalesianos le habrían costado cien mil sextercios aún dando juegos modestos y la fiesta de la plebe hubiera importado otros veinte mil. Esto no es un divorcio, Proculeya, es un buen negocio." (2).

La posibilidad creciente de que la mujer ejerciera el de recho de repudio en un pié de igualdad con el varón, se debe a la evolución de las costumbres y a la mayor libertad que adquieren las mujeres por la vía indirecta de una cierta emancipación económica (3). No otra cosa significa el triunfo del matrimonio *sine manu*, que ofrecía, frente a la forma *cum manu*, la posibilidad de que la mujer quedara excluída de la potestad marital con la posibilidad de disponer de sus

(1). Séneca, De Benef. 3, 16. Numquid iam ulla repudio erubescit, postquam inlustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero sed maritorum annos suos computant et exeunt matrimonia causa, nubunt repudii?

(2) Marcial, Ep. 10, 41. Mense novo Iani veterem Proculeia, maritum deseris atque iubes res sibi habere suas. Quid, rogo, quid factum est? Subiti quae causa doloris? Nil mihi respondes? Dicam ego, praetor erat; constatura fuit Megalensis purpura centum milibus ut minimum munera parca dares, et populare sacrum bis millia dena tulisset. Discidium no est hoc, Proculeia, lucrum est.

(3). Como demuestra la cita anterior, muchos matrimonios de la alta clase se hacían por el interés que tenían los maridos en las dotes de sus mujeres. Quiere decir esto que muchas de ellas disponían de patrimonio suficiente para imponer sus deseos.

propios bienes y obtener la devolución de los dotes mediante la *actio rei uxoriae* que ya estaba plenamente implantada a finales de la República.

No obstante no haber existido ninguna fórmula legal, es seguro que se pronunciarían ciertas palabras rituales-recuerde se el formalismo romano- que tendrían por objeto poner de manifiesto la intención del cónyuge que se proponía divorciarse. Estas fórmulas no han llegado a nosotros en ningún cuerpo de leyes, sino que se nos han transmitido por los escritores latinos de comedias, principalmente Plauto.

En su obra *Amphitruo* pone éste en boca de Alcumena la frase "Adios, toma tus cosas, dame las mias" (1); y en *Trinummus*, -Lisisteleo dice: "Vete amor, toma tus cosas" (2).

En *Cassina*, en cambio, hay un diálogo entre Myrrhina y Cleostrata que es muy expresivo y donde se nos da otra fórmula: "Mujer, sal de aquí" (3).

De modo que con estas palabras podía el marido despedir a la mujer, incluso en el matrimonio *cum manu*, por lo menos en los casos señalados por la costumbre: intemperancia, adulterio, etc.

Marcial en uno de sus epigramas dice: "Mujer fuera de mi casa o conformate a mis costumbres" (4).

-----  
(1). Plauto, ob. cit. 928: Valeas tibi habeas res tuas, reddas meas.

(2). Plauto, *Trinum.* 266: Apage te amor, tuas res tibi habeto.

(3). Plauto, *Cassina*, 209: MYRRhina: Insipiens, semper tu huic verbo vitato abs tuo viro; CLĒostrata: Cui verbo?. MYR. ei foras, mulier.

La fórmula más antigua parece que era: "Baete foras".

(4). Marcial, *Epigramas*, 11, 104: Uxor vade foras aut moribus utere nostris.

Se ha puesto de manifiesto la diversidad de esta fórmulas para afirmar que no eran jurídicamente necesarias. Sean o no jurídicas, tienen entre ellas gran parecido, lo que permite conjeturar que hubo una fórmula tipo y que las diferencias que se observan en las menciones literarias obedecen al tratamiento dado por los autores, que no se caracterizan precisamente por su fidelidad en las expresiones jurídicas.

Estas expresiones pueden tener un significado de fórmula tradicional con efecto jurídico, mediante las cuales se llevaba a cabo el repudio. Eran, pues, un modo de dar publicidad a un hecho.

De la necesidad de pronunciar certa verba en una frase estereotipada nos da testimonio Cicerón en el fragmento que dice "que un pater familias vino de España a Roma, dejando allí embarazada a su mujer. En Roma se casó con otra sin haberlo comunicado a la primera y muerto intestado y nacido un hijo de cada una de ellas, se plantea una cuestión en la que se trata de dos ciudadanos, del hijo nacido el último y de su madre, la cual, juzgándose que es la fórmula y no el nuevo matrimonio la que produce el divorcio del anterior matrimonio, fué declarada concubina" (1).

En otro pasaje de la misma obra dice este autor: "en todas las causas-como...la de aquél niño nacido de otra mujer sin haberse enviado repudio a la primera- hubo entre los mas

(1). Cicerón, de Oratore, I, 40, 183: Ut paterfamilias qui ex Hiapnia Romam venisset, cum uxorem praegnantem in provincia reliquisset, Romae alteram duxisset neque nuntium priori remisisset, mortuusque esset intestato et ex utraque filius natus esset, mediocri res in contentionem adducta est, cum quaereretur de duobus civium capitibus et de puero, qui ex posteriore natus erat, et de eius matre, quae, si iudicaretur certis quibusdam verbis, no novis nuptiis fieri cum superiore divortium, in concubinae duceretur?

expertos jurisperitos gran diferencia de opiniones" (1).

Cuando el matrimonio había sido contraído cum manu, la manera de disolverlo por divorcio adoptaba la solemnidad necesaria para romper aquella vinculación a la potestad del marido. Si hubo confarreación se procedía en sentido contrario por la difarreación; si hubo coempción -compra- se utilizaba la remanipación. A este respecto dice Gayo en sus Instituciones (2): "Pero si la hija no puede obligar al padre (a venderla) de ninguna manera, ni aún siendo adoptiva, esta en cambio puede, si ha sido repudiada, obligar al marido a venderla como si nunca hubiera estado casada con él".

b'). Causas de divorcio. En nuestra opinión debió de existir en todo momento la posibilidad de romper una unión conyugal por un acto de libre voluntad (3). El texto de Plutarco, es cierto, parece pronunciarse en sentido contrario, pero hay que sub

-----  
 (1). Cicerón, De Oratore, 1, 56, 238: Quibus quidem in causis omnibus sicut... in eo puero, qui ex altera natus erat uxore non remisso nuntio superiori, fuit inter peritissimos homines summa de iure dissensio.

(2). Gayo, 1, 137... sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit: haec autem virum repudium misso proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset.

(3). Watson, Rome of XII Tables, p. 33, dice que no parece que las XII Tablas contuvieran una fórmula para el divorcio. De haberla tenido, no habría sido obligatoria.

Anotamos nosotros que si la ley escrita no imponía una fórmula, hay que pensar que dada la mentalidad de los romanos se utilizara una o varias para poner de manifiesto la cesación de la affectio maritalis y por lo tanto expresiva de la voluntad de divorcio. Estas fórmulas estarían en el derecho consuetudinario o en los usos sociales y de su valor constitutivo nos da cuenta Cicerón en De Oratore, 1, 40, 183, cit. supra p. 73. La exigencia de que el divorcio se hiciera ante siete testigos púbes impuesta por la ley Julia, responde, sin duda, a la necesidad de homogeneizar prácticas diversas utilizadas hasta entonces.

rayar que Plutarco no niega categóricamente la posibilidad del divorcio, sino que se limita simplemente a decir que se rá sancionado si se produce por cualquier causa que no sea una de las que enumera. Pero el matrimonio queda roto aún cuando el marido tuviera que entregar a la mujer la mitad de sus bienes. Queda la cuestión de la pena. Esta no tiene nada de inverosímil, pues las consagraciones a Ceres son citadas en varios textos. Uno de Cicerón dice: "si tu consagración es legítima, ¿qué de tu propiedad puede estar sin consagrar? Ciertamente tu casa y cuanto en ella tienes está consagrado a Ceres<sup>(1)</sup>

Otro texto de Tito Livio expresa: "Aquél que maltratara a tribunos de la plebe, ediles, jueces o decuriones, su cabeza será ofrecida a Jupiter y su casa vendida en beneficio del templo de Ceres. Liber et libera."<sup>(2)</sup>

Ambos fragmentos indican que era frecuente consagrar a Ceres el patrimonio, por lo que no es extraño que como sanción penal este patrimonio o la parte que de él quedara, se entregara al templo de aquella deidad.

Por otro lado, Plutarco<sup>(3)</sup> no menciona la esterilidad, - que sin embargo, es a los ojos de los antiguos un motivo legítimo de divorcio. Así se desprende del caso de Espurio - Carvilio Ruga.

. La posición que adoptamos es conforme con el carácter ab

(1). Cicerón, De domo sua, 48, 125: Sin iusta consecratio legitima, quid est quod profanum in tuis bonis esse possit? Tua domus certe et quidquid habes aliud, Cereri est consecratum.

(2). Tito Livio, 3, 55, 7. Ut quid tribunus plebis, aedilibus, iudicibus, decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret.

(3). Plutarco, Rom. 22, cit. supra, p. 58, n. 1

soluta que tuvo la potestad patriarcal sobre las personas-  
*alieni iuris*, posición en la que se encontraba la mujer. De  
 otro modo es difícil explicarse que haya ejemplos antiguos  
 de repudiación por motivos aparentemente muy ligeros tales  
 como el haber cruzado el foro sin velo, haber asistido a los  
 juegos fúnebres ignorándolo el marido o haber hablado a una  
 mujer de mala fama. Los escritores, sobre todo Plauto, nos ha  
 blan de ello. Este nos muestra en Mercator a qué facilidad  
 de divorcio habían llegado los romanos en una época todavía  
 primitiva: "si una mujer sale de su casa ignorando su ma-  
 rido, el marido incoa un proceso y la repudia..."(1).

Pero la prueba mas contundente la encontramos en la reco-  
 mendación que Myrrhina hace a Cleostrata (2) de que evite -  
 siempre que el marido pueda pronunciar las palabras "sal de  
 aquí, mujer". Si las mujeres habían de vivir con el temor de  
 que su marido pudiera en cualquier momento y por cualquier  
 causa pronunciar estas palabras, es que no había causas le-  
 galmente determinadas para el divorcio.

En efecto, parece que ademas de los casos que menciona Plu-  
 tarco (3) y de la esterilidad, que hay que considerar causa-  
 esgrimida por el marido para repudiar a la mujer, por lo mis-  
 mo que lo era el aborto, en cuanto que este impedía al pater  
 familias tener descendencia, se tuvieron en consideración -  
 otros motivos aparentemente fútiles. Plutarco relata la cos-  
 tumbre romana de que los hijos se cubrieran la cabeza y las  
 mujeres la llevaran descubierta y el pelo suelto en el cor-

(1). Plauto, Mercator, 820: *uxor vero si clam domo egressa  
 est foras, viro fit causa: exigitur matrimonio...*

(2). Plauto, Cassina, 209: *semper tu huic verbo vitato abs tuo  
 viro; cui verbo? I foras mulier.*

(3). Plutarco, Rom. 22, 3

tejo fúnebre de los padres. Después de extenderse en una serie de consideraciones sobre las posibles causas de la costumbre dice: "pero antiguamente no se permitía a las mujeres cubrirse la cabeza", y vuelve a citar el caso de Espurio Carvilio "que fué el primero que repudió a su mujer porque era estéril; el de Sulpicio Gayo, "porque vió a su mujer ponerse el manto sobre la cabeza en un funeral", y el de Publio Sempronio "porque su mujer había estado presente como espectadora en unos juegos fúnebres" (1).

En el derecho romano antiguo y clásico la cautividad de guerra resolvía necesariamente el matrimonio puesto que el cautivo sufría una *capitis deminutio* máxima, y aunque lograra evadirse y regresar a Roma no recuperaba su *status matrimonial* anterior por el *ius postliminii* porque la pérdida de la libertad y la ausencia habían roto la continuidad de la vida en común y de la renovación permanente de la  *affectio maritalis*, esenciales ambas en el matrimonio romano. La esclavitud sobrevinida a uno de los cónyuges disolvía también el matrimonio por la pérdida del *ius conubii* que se producía por la *capitis deminutio* máxima (2).

En cuanto a la ausencia parece que por sí sola no producía automáticamente la disolución. En la comedia de Plauto, *Stichus*, las dos hermanas casadas se lamentan de que el padre quiera disolver sus matrimonios con los maridos ausentes, lo que indica que pese a la ausencia los matrimonios de ambas subsistían (3).

c' El iudicium domesticum. La extraordinaria facilidad para el divorcio, que podía producirse por la sola voluntad del

(1). Plutarco, *Questiones romanas*, 14.

(2). Juan Iglesias, *Derecho Romano*, 1.962.p.517 ss.

(3). Plauto, *Stichus*, 11, cit.

marido al principio y por la cualquiera de los cónyuges después (1) habría arrastrado abusos aún mas considerables si no se hubiera temperado aquella por una institución que era el iudicium domesticum. Es de suponer que el divorcio estuvo regulado por unas normas de jurisdicción doméstica.

Ya Aulo Gelio (2) a propósito del divorcio de E. Carvilio hace una mención indirecta a este iudicium al referirse a que "sus amigos habian aprobado sus designios", y Valerio Máximo refiere que "los censores echaron del senado a Lucio Antonio porque repudió a la joven doncella que había tomado en matrimonio, sin hacer uso del consejo de los amigos" (3). El mismo Tácito nos dice en sus Anales: "Pomponia Graecina, mujer de alta posición, casada con Plautio, de quien he citado que triunfó sobre los Britones, fué culpada de superstición extranjera, y se la remitió a su marido para que la juzgara. Este, como es tradición, en un proceso del que dependian la vida y el honor de su mujer, en presencia de sus parientes proclamó su inocencia" (4).

Dionisio de Halicarnaso también menciona este iudicium domesticum cuando nos informa de que "de esto entendieron los cognados con el marido: si había cometido adulterio o había bebido vino: en estos casos Romulo le otorgó la facultad de

-----  
 (1). Confr. Plauto, Cas. 209; Merc. 821; Amph. 925; truc. 418; Cis. 266. y Marcial, Ep. 205.

(2). Aulo Gelio, N. Aticas, 17, 21

(3). Valerio Máximo, 2, 9, 2. Censores Lucium Antonium senatus moverunt, quod, quam virginem in matrimonio duxerat, repudiasset nullo amicorum consilium adhibito.

(4). Tacito, Anales, 13, 32. Et Pomponia Graecina insignis femina A. Plautio quem onasse Britannis retulit, nupta ac superstitione exterae rea mariti iudicio permissa;isque prisco instituto propinquis coram de capite famaue coniugi cognovit et insontem nuntiavit.

darla muerte (1).

Polibio refiere que la prohibición impuesta a las mujeres de no beber vino estaba asegurada por la obligación de éstas de besar en la boca a sus parientes varones y a los de su marido hasta el sexto grado (2). Se quiere ver en este relato quienes podían formar el consejo en un caso de *iudicium domesticum*. De ser esto cierto, los parientes de ambos hasta el sexto grado formarían el tribunal familiar. Este tribunal tenía funciones muy importantes. Primitivamente intervenía en las diligencias (demandas) dirigidas contra las mujeres. Dan prueba de ello Tito Livio (3) y Valerio Máximo. El primero escribe a propósito del senadoconsulto de las bacanales que las mujeres condenadas son puestas en manos de sus parientes o de los que las tenían in manu, para que éstos mismos las amonestaran en privado. Y el mismo Livio, en otro pasaje (4) refiere que Publicia y Licinia, mujeres nobles, que fueron acusadas de haber dado muerte a sus maridos, del orden consular, "celebrado el proceso, aunque presentaron fiadores, la sentencia de los parientes las condenó a muerte".

Valerio Máximo sobre el mismo asunto dice que la sentencia de los parientes las condenó a ser estranguladas (5).

(1). D. de Halicarnaso, 2, 25. (Texto latino) De his cognoscebant cognati cum marito: de adulteris et si quam vinum bibisset arqueretur. hoc utrumque enim morte ponere Romulus concessit.

(2). Polibio, 6

(3). Tito Livio, 3, 19. Mulieres damnatas cognatis aut quorum in manum esset tradebant, ut ipsi in privato animadverterint in eas.

(4). Tit. Livio. Ep. 48: Publicia et Licinia nobiles feminae, quae viros suos consulares necasse insimulabantur, cognita causa, cum praetori pro se vades dedisset, cognatorum decreto necatae sunt.

(5). Val. Máximo, 6, 3, 8 "propinquorum decreto strangulare sunt.

El poder que desplegaba la familia en la sociedad romana, tanto en el ámbito del derecho público como en el del derecho privado, muchas de cuyas facultades fueron absorbidas con el tiempo por el Estado, justificaba la existencia del "iudicium domesticum". De este cuerpo u órgano doméstico no hay más trazas que las expresiones "sententia amicorum", "cognatorum decreto", "propinquorum decreto" que nos han llegado por medio de las fuentes literarias. Sin embargo, como el tribunal doméstico se funda y desenvuelve sobre la base y a partir de aquella función político-jurídica de la familia, no puede omitirse destacar la enorme importancia que tenía en ella el pater familias, como jefe absoluto. Quiere decirse con esto que si bien dicho tribunal podía influir las decisiones del pater familias, no hay que deducir de aquí que residiera en él un derecho soberano, pues quien ostentaba la autoridad-suprema decisoria era el jefe de la familia y el órgano formado por los parientes tenía funciones de mero consejo.

A la autoridad que ejercía el marido sobre la mujer se refería Aulo Gelio en estos pasajes: "a menos de divorcio, el marido es juez de su mujer en vez de censor. si ha hecho algo deshonesto o vergonzoso, si ha faltado a la fe conyugal, él la condena y la castiga" (1). Y añade: "si sorprendieras a tu esposa en adulterio, podrías impunemente matarla sin juicio. Si tu cometieras adulterio, ella no se atrevería a tocarte con el dedo: así es la ley" (2).

La posición mantenida arriba se corresponde con la de Tácito, quien atribuye un papel activo al marido, de acuerdo con el poder que éste detentaba. Por consiguiente, la garantía que

(1). A. Gelio, *Noches Aticas*, 10, 23 (en capítulos jurídicos, Ed. ELEA, Buenos Aires, 1959)

(2). *ibid.*

podiera suponer la intervención del consilium domesticum sería mínima. No obstante, operaría como poder moral en cuanto expresión de las costumbres predominantes, como elemento moderador de la actuación del pater familias, que reduciría, ya que no podría evitar por completo, la arbitrariedad de éste.

b). De Augusto a Constantino.

La literatura nos ha transmitido la idea de que a finales de la República se había llegado a una cierta lasitud en materia de divorcio. Esto parece que era en cierto modo verdad entre las clases elevadas, como se desprende de lo que escribió Séneca sobre que nadie podía ruborizarse de los repudios cuando lo practicaban tan ampliamente las mujeres más ilustres y aristocráticas (1), pero pese a una opinión tan pesimista, la misma mujer de Séneca era ejemplo de virtud.

Hay que indagar sobre las causas que habían creado esta situación. Cuando los divorcios menudean por encima de ciertos límites es que el matrimonio está sometido a presiones de índole social y económica que lo perturban. Pero el problema hay que encuadrarlo en su marco histórico. Las guerras civiles y el aumento de la riqueza crearon tensiones que influyeron en el orden establecido y la llegada de Augusto al poder no significaba la restauración de la situación preexistente sino la consolidación y ajuste de una nueva estructura en la que la antigua nobleza había perdido su hegemonía y la burguesía ascendente imponía la suya por el dinero. La consecuencia fue que las clases altas se resistieron a contraer matrimonio y a procrear hijos.

Con Augusto en el poder el mundo romano cambió de rumbo. Su acción alteró profundamente la legislación, introduciendo modificaciones en las leyes suntuarias y en las que afectaban a los adulterios, la sodomía, el soborno y el matrimonio entre los distintos órdenes o clases sociales, por medio de las leyes Iuliae, no sin encontrar serias resistencias de las clases altas para imponer las leyes matrimoniales.

-----  
 (1). Séneca, De benef. 3, 16, 2, cit.

(2). M. Rostovzeff, ob, cit. p. 330

Bonfante señala, a propósito de la legislación augustea, que "poner freno a la disolución de los matrimonios era ta rea ímproba que chocaba con la idea romana del matrimonio". Declarar -dice- que el matrimonio permanece a pesar del di vorcio, que significa la cesación de la  affectio maritalis, era establecer un vínculo legal antitético con las ideas - sociales que inspiraban el derecho. Sancionar con penas a los cónyuges divorciados era una violación de la libertad" (1).

Sin embargo, se imponía una reforma que volviendo a Roma a las antiguas costumbres despertara el interés por el matrimonio y por la procreación de hijos. Suetonio refiere - que la oposición que encontró Augusto para la aprobación de la ley sobre los matrimonios de los estamentos u órdenes, - le obligó a suprimir o atenuar algunas sanciones y a conce der un plazo de tres años para los viudos o divorciados que estuvieran obligados a contraer nuevo matrimonio (2) y a e levar las recompensas. Con ocasión de un espectáculo públi co, algunos miembros del estamento ecuestre pidieron insis- tentemente la abolición de aquella ley. En respuesta, Augus to envió a por los hijos de Germánico y sentando a unos en su regazo y a otros en el de su padre, dió a entender a los que protestaban que debían seguir el ejemplo (3).

-----  
 (1). Bonfante, ob.cit.p.347.

(2). La ley en su primitiva redacción concedía plazos de un año y seis meses, respectivamente.

(3). Suetonio, Augusto, 34: Hanc cum aliquanto seuerius quam ceteras emendasset, prae tumultu recusantium perferre non - potuit nisi adempta demum lenitate parte poenarum et uacatione trienni data auctisque praemiis. Sic quoque abolitio nem eius publico spectaculo pertinaciter postulante equite accitos Germanici liberos receptosque partim ad se partim in patris gremium ostentauit, manu uultuque significans ne grauarentur imitari iuuenis exemplum.

Los móviles que le impulsaron a ello fueron no tanto la moralización de las costumbres, que habían llegado a cierta degradación por la mutación que se había operado en la vida romana por efecto de las guerras civiles y de la afluencia a la ciudad de gentes venidas de las provincias, como obtener la regeneración de la población romana cuyo número a menazaba con disminuir por la falta de nacimientos. La finalidad de sus leyes era aplicar una política demográfica que evitara que el elemento romano llegara a estar en minoría en relación con el elemento foráneo. Con todo, poco consiguió con ellas, pues los romanos burlaban el espíritu de la ley "unas veces por ser aun niñas las mujeres con que se prometían, otras por la frecuencia con que cambiaban de esposa, lo que le llevó a acortar la duración de los esponsales y a reglamentar el divorcio" (1).

a'). Formas de divorcio. La ley Iulia de adulteriis y de maritandis ordinibus del año 18 a de C. y la ley Papia Poppaea del año 9 de C. que completaba a la anterior, introduce la obligatoriedad de contraer matrimonio a los varones entre los 25 y los 60 años y a las mujeres entre los 20 y los 50 años (2). La Papia Poppaea exigía además la procrea

-----  
 (1). Suet.ob.cit.34. Cumque etiam in maturitate sponsarum et matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludit sentiret, tempus sponsas habendi cortauit, divortiiis modum imposuit.

Para burlar la ley se utilizaba el ardid de prometerse con niñas y cuando estas llegaban a la edad núbil, se divorciaban y volvían a prometerse con otra niña.

(2). Ulp.Reg. 16,1. Aliquando vir et uxor iter se solidum capere possunt, velut si uterque velet alteruter eorum modum ejus aetatis sint, a qua lex liberos exigit, id est si vir minor annorum XXV sit aut uxor annorum XX minor; item si utrique lege Papia finitos annos in matrimonio excesserint id est vir LX annos, uxor L.

ción de hijos, señalando un mínimo de tres para los matrimonios de ingenuos y cuatro para los libertos (1).

Augusto tuvo serias dificultades para llevar adelante sus proyectos (2). Para conseguir su propósito optó por la vía indirecta. En cuanto al divorcio "reguló la restitución de la dote de manera que fuera sancionado el cónyuge responsable y llamó la atención, con la forma, sobre la gravedad del acto, poniendo obstáculos a los divorcios a la ligera y precipitados" (3).

Hasta Augusto, pues, el divorcio no exigió forma alguna. Las expresiones "I foras", "Res tuas tibi habeto o agito", etc., - que aparecen recogidas en las fuentes literarias no tenían otro sentido que el de notificar a la otra parte el designio de romper el matrimonio por haber cesado la "affectio maritalis", de cuya existencia dependía la pervivencia del matrimonio. Pero aquél introdujo una forma para la validez de los divorcios unilaterales exigiendo que el repudio se hiciera ante siete testigos ciudadanos romanos púberes y la intervención de un liberto del que proponía el divorcio o de un pariente suyo, que transmitía esta voluntad a la otra parte, sin cuyo requisito no se tenía por hecho el divorcio. A ésta parece referirse Suetonio cuando dice que "Augusto estableció un modo de divorcio" (4) y en ella se fundan probablemente los fragmentos de Paulo, cuando la describe (5), de

(1). Se podían pedir, y se concedían, excepciones.

(2). Suetonio, ob.cit.

(3). Bonfante, ob.cit. p.335.

(4). Suetonio, ob.cit....divotiis modum imposuit.

(5). Paul.D.24,2,9. Nullum divortium ratum est nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis praeter libertum elus- qui divortium faciet. libertum accipiemus etiam eum, qui a patre, avo proavo et ceteris susum versum manumissus sit.

Ulpiano cuando niega validez a las donaciones hechas después de un divorcio en que no se hubiera observado la forma (1), porque no se consideraba disuelto el matrimonio, y de Gayo cuando niega por esta razón que puedan contraerse nuevas nupcias (2). Bonfante, por su lado, opina que a lo que parece aludir Suetonio es a la ley Iulia de maritandis ordinibus (3) aunque lo más probable es que tal fórmula se estatuyera por la de adulteriis (4).

Pese a todo, se ha cuestionado si la forma prescrita era absolutamente necesaria para la disolución del matrimonio. A este respecto hay que recordar que Augusto no modificó - substancialmente el sistema de matrimonio, el cual siguió - basado en la affectio maritalis continuada, concepción que, naturalmente, tenía incidencia en el divorcio, es decir, que los romanos pudieron seguir divorciándose libremente si lo hacían de común acuerdo. Las disposiciones de la ley Iulia se referían al divorcio unilateral que era el que verdaderamente se trataba de contener, porque podía dar, y de hecho daba, lugar a divorcios ligeros, precipitados o abusivos, por parte de uno de los cónyuges. Como se ha señalado más arriba, Augusto utilizó la vía indirecta: sancionó, no prohibió. Los divorcios unilaterales disolvían el matrimonio de facto, pero sus efectos jurídicos estaban condicionados por el respeto a la ley. Interpretándolo así pudo escribir más tar

-----

(1). Ulp. D.24, 1, 35. Si non secundum legitimam observationem divortium factum sit.

(2). Gai. D.48, 5, 43. Si ex legem repudium missum non sit, et idcirco mulier adhuc nupta esse videatur, tamen si quis eam uxorem duxerit adulter non erit.

(3). Bonfante, ob. cit. n. 4. p. 336.

(4). Paul. D.24, 2, 9 se basa también en esta misma ley sobre los adulterios.

de Ulpiano que "carecen de valor las donaciones hechas después de tal divorcio porque no se concibe disuelto el matrimonio" (1), y negar que pudiera darse la posesión de los bienes *inter vir et uxor* "porque es necesario que la mujer esté casada al tiempo de la muerte; empero, si es cierto que hubo divorcio pero subsistía de derecho el matrimonio, no tenía lugar esta sucesión, como ocurría si una liberta se divorciaba de su patrono contra la voluntad de éste, pues la ley no la permitía casarse de nuevo sin la anuencia del patrono; la ley Iulia de los adulterios tenía por no hecho el divorcio si no se hizo de cierto modo" (2). El divorcio se tiene por no hecho -*pro infecto habet*. ¿Quiere ello decir que se daba por no rota la relación matrimonial?. La respuesta afirmativa no parece posible dado que en la época de la Ley Iulia la cesación de la  *affectio maritalis* disolvía el matrimonio. Es cierto que Ulpiano escribió casi dos siglos después de la promulgación de aquella ley y que los fragmentos aludidos fueron codificados en el Digesto cinco siglos más tarde, lo cual aconseja precaución al hacer afirmaciones sobre los efectos reales que la desaparición del  *affectus maritalis* pudiera tener en tiempos de Augusto. Con las reservas necesarias hay que recurrir a estos fragmentos para conocer lo que ocurrió en el periodo de tiempo a que se con-

(1). Ulp.24,1,35...*donationes post tale divortium factae nullius momenti sunt quum non videatur solutum matrimonio.*

(2). Ulp.D.38,11,1,1. *Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore; sed si divortium quidem secutum sit, veruntamen iure durat matrimonium, haec successio locum non habet. Hoc autem in huiusmodi speciebus retinet istam in matrimonio dum eam prohibet alii muliere inuito patrono. item Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum, pro infecto habet.*

trae este epígrafe, suponiendo que no fueran adaptados a las exigencias sociales y jurídicas del tiempo justiniano.

En esta cuestión, fuerza es reconocerlo, no hay absoluta claridad. Si en D. 24, 2, 11 se afirma que "no podemos decir que subsista el matrimonio habiéndose separado" (1), en D. 24 1, 32, 13, sobre las donaciones - que estaban prohibidas entre cónyuges- se dice que "no son válidas las que se hicieron los que aun estando separados mantenían la *affectio maritalis* recíprocamente (lo que ocurría a veces con gente de rango consular) porque no es la unión de hecho lo que hace el matrimonio, sino la intención marital" (2), y abundando en esto, D. 23, 2, 33 expresa que "subsiste el matrimonio cuando la misma mujer vuelve al mismo marido si los esposos se han reconciliado sin haber mediado mucho tiempo y ninguno contrajo nuevo matrimonio en el intervalo y siempre que no se hubiera restituido la dote" (3). Con estos antecedentes puede decirse que para el divorcio se requeriría que el cese de la *affectio maritalis* se hubiera puesto de manifiesto mediante la forma estatuida y además que se separaran los esposos.

La restricción formal que al parecer imponía la ley era opuesta a la libertad de divorcio a que se había llegado ya

-----

(1) Ulp. D. 24, 2, 11. Quare constare matrimonium dicere non possumus, eum sit separatum.

(2) Ulp. D. 24, 1, 32, 13. Si mulier et maritus diu seorsum - quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsequutum) puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: si tamen donator prior decesserit tunc donatio valebit.

(3) Mar. D. 23, 2, 33. Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse: quibus ad sentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint nec inter moras aut illa alii nupserit aut hic aliam - duxerit, maxime si nec dotem vir reddiderit.

en Roma antes de Augusto. Es obvio que uno de los fines a que apuntaba la ley Iulia de los adulterios era la moralización de las costumbres. Varios fragmentos de Ulpiano de la interpretación de aquella nos informan de que el marido venía obligado a repudiar a su mujer en caso de adulterio de ésta, si quería exonerarse de las sanciones por el delito de lenocinio (1). Durante los sesenta días siguientes, él o el padre tenían la exclusiva para perseguir a los adúlteros (2) y transcurrido este tiempo la acción se hacía popular (3) pudiendo ser ejercitada por cualquier ciudadano capaz (4) durante seis meses si se dirigía contra la mujer y cinco años si lo era contra el cómplice (5).

Algunos autores opinan que la forma establecida por la ley de los adulterios tenía por objeto probar la existencia efectiva del divorcio en los casos de adulterio y que el marido pudiera acreditar que no había permanecido pasí

(1). Ulp. D. 48,5,2,2. Lenocinii quidem crimen lege Iulia de adulteriis praescriptum est cum sit in eum, qui in adulterio uxoris suae quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit.

(2). Ulp. D. 48,5,31,1. Sexaginta dies divortio numerantur in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.

(3). Ulp. D. 48,5,11,2. Mulier, quae evitandae poenae adulterii gratia lenocinium fecerit aut operas suas in scaenam locavit, adulterii accusari damnarique ex senatus consulto non potest.

(4). Ulp. D. 48,5,27,pr. Constante matrimonio ab iis, qui extra maritum ac accusationem admittuntur, accusari mulier adulterii non potest.

(5). Ulp. D. 48,5,30,5. Sex mensuum haec fit separatio ut in nupta quidem ex die divortii sex menses computetur, in vidua vero ex die commissi criminum... praeterea si ex die divortii sexaginta dies sint ex vero die commissi criminis quinquenium praeteriit debuit dici nec mulieres possa accusari, ut, quod dantur sex menses utiles, sic sit accipiendum, ne crimen quinquennio continuo sopitum excitetur.

vo ante los hechos, evitándose así la inculpación por lenocinio (1), lo que podría aceptarse si se tiene en cuenta que el fragmento forma parte de los comentarios de Ulpiano a la ley Julia de los adulterios. Pero Bonfante (2) cree que la forma se refería solo al divorcio unilateral o repudio (3).

Si lo que se proponía la forma era la publicidad del divorcio en general, sería obligada tanto en los unilaterales como en los bilaterales. En cambio, si solo era necesaria en casos de adulterio de la esposa, no sería preceptiva mas que en el repudio unilateral del marido. Las referencias a la forma se encuentran en el título de los divorcios y repudios del libro 24 del Digesto y Suetonio habla de "una forma de divorcio" sin aclarar mas, todo lo cual contribuye a que en este aspecto, como en otros muchos, no sea posible otra cosa que operar por conjetura, máxime si, como parece, pese a exigirse por la ley la presencia de siete testigos, el divorcio por mutuo-disenso se practicaba sin preocuparse de esta formalidad.

Puede pensarse que la forma era aplicable a una y otra clase de divorcio pero no impuesta obligatoriamente, de suerte - que éste siguió practicándose según las antiguas normas y costumbres, con plenitud de efectos en el bilateral y limitada-- mente en cuanto a la eficacia civil del mismo, en ciertos aspectos, en los unilaterales en que concurriera el caso de adulterio.

-----  
(1). Corbett, Marriage, p.234.

(2). Bonfante, ob.cit.p.338.

(3). En la jurisprudencia aparecen usadas indistintamente para significar el divorcio las palabras repudium y divortium, la primera para expresar el rechazo de la esposa por el varón y la segunda la separación de la esposa del marido. En el D. encontramos: Afr.24,3,34: Titia divortium a Seio fecit; Iav.24 1,54: Vir mulieri divortio quaedam idcirco dederat; Paul.24,1 57: sive invito te discessere de domo tua vel repudium tibi sine ulla querella misero divortiumque factu...

Esta ley limitaba la eficacia civil de aquellos divorcios que incurrieran en atentado contra las buenas costumbres. Tal podía ser, por ejemplo, el caso de la liberta mencionado antes en el que se entendía que su repudio del patrono atentaba contra la jerarquía social, porque la limitación subsiste "en tanto que el patrono quiera que siga siendo su mujer" para lo que era necesario que éste quisiera mantener la relación matrimonial, pues "si deja de haber patrono o éste dejaba de querer-serlo, la ley no tenía aplicación" (1), es decir, sería válido el divorcio de la liberta cuando el envío por ella del repudio no tuviera por destinatario un marido de superior categoría social. De modo que en estos casos y en los de adulterio el matrimonio quedaba disuelto por el cese de la *affectio maritalis*, con o sin la forma (2).

#### b'. Causas de divorcio.

No se conoce que en esta época existiera un repertorio de causas de disolución del matrimonio por divorcio. La promulgación de las leyes Iuliae de los adulterios y de ordenes del matrimonio obedecieron, como se ha señalado, a la necesidad que sintió Augusto de moralizar las costumbres. Puede que se buscara también el efecto secundario de reducir el número de los divorcios, cuya abundancia podía no estar socialmente justificada y desde luego no tuvieron tales leyes el efecto de reducir su número de modo inmediato. Así pudo decir Marcial que "hacía algo más de treinta días que se había puesto en vigor la ley Iulia y se había invitado a la castidad a entrar en las casas cuando ya Telesilla va por su décimo ma-

-----

(1). Ulp.D.24,2,11,1. Ait lex "quamdiu patronus eum uxorem - esse volet". et velle debet uxorem esse et patronus durare: si igitur aut patronus esse aut velle desiderit finita est legis auctoritas.

(2). Gai.D.24,2,2,pr. Divortium vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt qui dsitrahunt.

rído. Casarse tantas veces no es casarse, es cometer adulterio al amparo de la ley. Una prostituta descarada me sorprende menos" (1).

Es posible que el epigrama de Marcial reflejara la oposición a unas leyes que no habían gozado plenamente del favor de ciertas clases sociales, o a resaltar la poca eficacia de tales leyes. Los divorcios, evidentemente, obedecían a unas causas. - Cuando el mismo Marcial increpa a Proculeya por haberse divorciado de su marido, pretor y viejo, llama a este acto "buen negocio" y no divorcio porque lo que la esposa parece pretender es zafarse de las obligaciones económicas de su marido, que podrían poner en peligro su propio patrimonio (2). Pero este fragmento nos orienta sobre una de las razones de la disolución de los matrimonios en la clase alta: muchos hombres importantes se casaban con mujeres ricas para sufragar con el capital de éstas los cuantiosos gastos a que les llevaba su posición social. Las mujeres, por su lado, poseedoras de bienes propios, estaban en condiciones de no depender de sus maridos.

c'). El iudicium de moribus.

A fines de la República todavía retenían las familias romanas importantes facultades en el derecho civil. Augusto, tratando de consolidar el Estado, fué absorbiendo poderes de la familia. Con tal fin dispuso la substitución del iudicium domesticum propio de la organización gentilicia, que tenía jurisdicción en asuntos matrimoniales (3) por una nueva jurisdicción denominada iudicium de moribus, cuya organización supo-

(1). Marcial, Ep. 6, 7. Iulia lex populis ex quo, Faustine, renata est, atque intrare domos iussa Pudicitia est, aut minus aut certe non plus tricesimum lux est, et nubit decimo iam Telesilla viro. Quae nubit totiens, non nubit: adultera lege est. Offendor moecha simplicitate minus.

(2). Ibid. 10, 14.

(3). Dionisio de Halicarnaso, 2, 25, 6-7.

nía la intervención del Estado, por primera vez en la historia de Roma, en esta materia (1).

Parece que también se reguló en aquella ley la devolución de la dote y se impuso la prohibición de casarse con mujeres que hubieran sido acusadas de adulterio, ni aún antes de que hubiera habido sentencia, en tanto que no hubiera muerto el marido (2). Si alguno casaba con mujer en tales condiciones, si después era ella condenada y el marido la repudiaba, el divorcio se entendía hecho por culpa de la mujer (3).

El iudicium de moribus era un verdadero proceso público, promovido por la actio de moribus, de carácter penal e intransmisiblé a los herederos, dirigida contra uno u otro de los cónyuges, o contra ambos a la vez, que terminaba en una condenada por el juez (4). En él no quedaba al arbitrio del iudex la sanción que hubiera de imponerse al cónyuge culpable sino que éste había de atender a la gravedad de la causa por mores graviores o mores leviores, que servían para graduar la responsabilidad patrimonial.

Para la devolución de la dote se tuvo en cuenta si el divorcio había sido por culpa del marido o de la mujer, pero solo a ésta se le impedía contraer nuevo matrimonio.

(1). Bonfante, ob.cit.p. 347; A.Gel.N.A.10,23,4.Paul.D.24,3,44.

(2). Mod.D.23,2,26. Respondit reas adulterii factas nec ante damnationem vidente marito uxores duci posse.

(3). Pap.D.48,5,12,13. Ream adulterii uxorem duxi:eam damnatam mox repudiavi quaero, an causam discidii praestitisse videor respondit: cum per legem Iuliam huismodi uxori retinere prohibearis, non videre causam te discidii praestitisse palam est. quare ita ius tractabitur quasi culpa mulieris facto divortio.

(4). Se refieren a ello los fragmentos del Digesto 24,3,39 y 23,4,5, y sobre su abolición por Justiniano C.5,17,11,2b citados.

Si la mujer era declarada culpable de adulterio -caso de mores graviores- el marido retenía un sexto de la dote. Si lo era por mores leviores -cualquiera otra causa- la retención era un octavo. En caso de haber hijos podía retener un sexto por cada uno de ellos, con un máximo de tres sextos cualquiera que fuese su número, pues la retención no podía exceder de la mitad de la dote. Si el declarado adúltero era el marido, la mujer podía exigirle la devolución de la dote y éste venía obligado a restituir inmediatamente las cosas determinadas, como los fundos, y las fungibles en el plazo de tres años. En la culpabilidad por mores graviores, el plazo para restituir la dote era de seis meses. (1).

Si ambos eran declarados culpables, se compensaban las responsabilidades de cada uno.

Fuera de la limitación impuesta a la mujer acusada o condenada por adulterio, que en ciertos casos, no en todos, actuaría como freno, las sanciones económicas no fueron suficientes para disuadir a los romanos de divorciarse, porque el divorcio, -

-----  
 (1). Ulp. Reg. 6, 6. Divortio facto, si quidem siu iuris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, id est dotis repetitionem; quod si in potestate patris sit, pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae; nec interest, adventitia sit dos an profectitia.

ibid. 6, 10. Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cujus in potestate est, divortium factum sit tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinetur ex dote, non plures tamen quam tres. Sextae in retentio ne sunt non in petitione.

ibid. 6, 12. Morum nomine graviorem quidem sexta retinetur, leviores autem octava. Graviore mores sunt adulteria tantum leviores omnes reliqui.

ibid. 6, 13. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae a his reddi debet, ita propter majores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensum die. In ea autem quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum illa dote, quae trienio redditur, representatio facit.

con o sin infracción de la ley Iulia, disolvía el matrimonio.

La discusión recogida en un texto de Paulo (1) en el que se plantea la cuestión de "si devolver la dote al disolverse el matrimonio se refería solo a la disolución por divorcio o también por muerte", lleva a Hernandez-Tejero a decir que aquello revela que el divorcio era el procedimiento ordinario de disolver el matrimonio" (2).

-----  
(1). Paul.D.50,16,240. Cum quaerebatur an verbum:"soluta matrimonio dotem reddi", non tantum divortium, sed et mortem contineret, hoc est, an de hoc quoque casu contrahentes sentirent et multi putabant hoc sensisse, et quibusdam aliis contra videbatur secundum: hoc motus imperator pronuntiavit id actum - eo parte, ut nullo casu remaneret dos apud maritum.

(2). Hernandez-Tejero.F. El pensamiento jurídico en Valerio Máximo. Rev.Fac.de Derecho Univ.Complutense, vol.xviii, nº 49.

c. De Constantino a Justiniano.

Con las leyes Iuliae y Papia Popaea inició Augusto la sanción indirecta de los divorcios unilaterales que incurrian en falta de la forma prescrita por ellas, privando de una parte de la dote al cónyuge culpable en beneficio del que no lo era.

Con Constantino dió comienzo una legislación que atacaba - los divorcios caprichosos, introduciendo un repertorio de causas por las que uno u otro cónyuge podían pedirlo. "Es por tanto -dice Bonfante- con los emperadores cristianos con los que da comienzo la lucha dirigida directamente contra el divorcio, guerra abierta cuyo éxito final debía producir -una vez que la nueva religión hubo alcanzado en la Edad Media su expresión jurídica en el Derecho canónico- una profunda alteración en el concepto del matrimonio" (1). Este concepto no había cambiado entre los romanos con la rapidez que el emperador Constantino hubiera deseado, por lo que su legislación no representaba la desaparición del divorcio como medio de disolver el matrimonio.

a'. Formas de divorcio.

Un fragmento de los comentarios de Gayo al Edicto provincial, recogido en el Digesto, dice que para notificarse los cónyuges el repudio se aceptaban estas palabras: "ten lo tuyo para ti, o arréglate tus cosas", y que en los esponsales, los que se desavenían habían de notificarse la decisión de romperlos-

(1). Bonfante, ob.cit., p.349 :Gli è soltanto con gli imperatori cristiani che incomincia la lotta rivolta direttamente contro il divorzio, la guerra insomma a viso aperto, il cui esito finale doveva nel Medio Evo, allorchè la nuova religione ebbe trovato la sua espressione jurídica nel diritto canonico, indurre una profonda alterazione nel concetto del matrimonio.

mediante estas palabras: "no me avengo a tu manera de ser" (1). En cuanto a la notificación, podía hacerse personalmente a la otra parte, o por medio de quien se hallara bajo su potestad o a aquél bajo cuya potestad estuvieran él o ella, si se encontrara ausente (2). Si no se hubiera enviado el repudio según disponía la ley y por ello pudiera considerarse que la mujer estaba casada todavía "no será adúltero quien la hubiera tomado por esposa" (3).

Por su lado, Paulo dice que no es válido el divorcio si no se hace ante siete testigos ciudadanos romanos púberes y el liberto (4) y Papiniano puntualizó que el matrimonio subsistía aunque se arrepintiera el que había mandado el repudio y éste fué notificado por ignorarse el cambio de voluntad, a no ser que el destinatario del libelo quisiera resolver el matrimonio; pero en este caso el divorcio se hacía por éste y no por quien había enviado la comunicación (5).

-----  
 (1). Gai. D. 24, 2, 2, 1-2. In repudiis autem id est renuntiationem comprobata sunt haec verba: "Tuas res tibi habeto; item haec: -Tuas res tibi agito. In sponsalibus quoque discutendis placuit renuntiationem intervenire oportere: in qua re haec verba probata sunt: Conditione tua non utor.

(2). Gai. D. 24, 2, 3, 3. Sive autem ipsi praesenti renuntietur sive absenti per eum qui in potestate eius sit cuiusve is eave in potestate sit, nihil interest.

(3). Gai. D. 48, 5, 43. Si ex lege repudium missum non sit, et idcirco mulier adhuc nupta esse videatur, tamen si quis eam uxorem duxerit, adulter non erit.

(4). Vid. supra n. 5, p. 85.

(5). Pap. D. 24, 2, 7. Si poenituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatae voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum, nisi poenitentia cognita is, qui accepti, ipse voluit matrimonium dissolvere; tunc enim per eum qui accepti, solvitur matrimonium.

Ulpiano escribió a propósito de las donaciones que no tenían valor las que se hicieran después de un divorcio hecho sin las formalidades legales porque no se consideraba disuelto el matrimonio (1).

Los que estaban afectados de enajenación mental, por su incapacidad no podían enviar el repudio (2), pero el padre de la loca podía mandarlo por ella (3). Otras referencias al envío del repudio pueden encontrarse en el Código (4).

Después de las compilaciones del Digesto y del Código, Justiniano promulgó una serie de nuevas leyes que reformaban la legislación anterior en esta materia acentuando el carácter restrictivo.

Aunque no se estableció una forma general hay referencias en varios pasajes de ellas relativos al envío del repudio. En el caso de la impotencia del varón, por ejemplo, le era lícito a la mujer o a los padres de ella mandar el repudio aunque el marido no quisiera (5).

En la novela 127 prohibió a los cónyuges que se mandaran el repudio por causas diferentes de las admitidas por la Ley (6), y en la novela 134 hacía una referencia a sus leyes anteriores

-----

(1). Ulp.D.24,1,35. donationes post tale divortium factae nullius momenti sunt, quum non videatur solutum matrimonium.

(2). Ulp.D.24,3,22,7. observatur eam personam, quae furore detentae est. nuntium mittere non posse.

(3). Ulp.D.24,2,4. Furiosam repudiare autem non posse, neque ipsam propter dementiam, neque curatorem eius, patrem tamen eius - nuntium mittere posse.

(4). C.9,9,35 (36). Libertatem servorum qui ad dominium pertinent uxoris vel mariti vel parentum eorum, repudio misso propter suspicionem criminis adulteri legum conditores intra duorum mensium.

C.9,9,34 (35). Si mulier repudii oblatione sive ulla legitima causa a se dati discesserit.

(5). Nov.22,6. licebit enim mulieri aut eius patribus disungere matrimonium et mittere repudium vel si noluerit hoc maritus.

(6). Nov.127,4. interdiximus mittere et transigere matrimonia.

que contenían el repertorio de causas por las que el marido o la mujer podían enviarse el repudio (1).

Si hay que dar crédito a los fragmentos de los jurisconsultos que fueron recogidos en la compilación justiniana y promulgados con fuerza de ley, la forma de los divorcios en esta etapa estuvo fundada en las disposiciones de la ley Iulia, extendiéndose a los primeros tiempos del reinado de este emperador por la vigencia de que dotó a este derecho jurisprudencial.

La fórmula que nos ha transmitido Gayo puede decirse que es igual que las que se utilizaban en la última época de la República, como lo reflejan varios textos literarios de entonces, si bien era de carácter verbal y anterior a la ley Iulia y mucho más al tiempo en que Gayo vivió y escribió. Hay que su poner que esta ley no pudo establecer lo que venía observándose desde mucho antes, sino que lo que hizo fue fijar la publi- cidad de los divorcios mediante la presencia de los testigos, en cuyo acto la voluntad de los cónyuges se expresaría con es tas o parecidas palabras, rituales o no, aunque no se descarta que dado el formalismo de los romanos no se empleara alguna fórmula estereotipada que se manifestaría a presencia de los testigos y demás intervinientes.

En las fuentes no aparecen datos precisos de cuando comenzó a utilizarse el medio escrito. Las reiteradas expresiones "en vi ar el repudio", "notificar el repudio" nada nos dicen sobre el medio utilizado, pues el envío o notificación tanto podía hacerse por el mensajero -el liberto de que habla la ley Iulia- con la misión de transmitir oralmente el recado, como ser par tador de un escrito.

A medida que la redacción de documentos se fue imponiendo,

-----  
 (1). Nov.134, 11. lege transcendere, ex quibus solum repudia pos sunt transmitti aut viro aut muliere.

en la práctica jurídica romana se va pasando de la oralidad a la forma escrita. Parece que este proceso se aceleró a partir de Constantino. Por eso es cada vez mas frecuente encontrar en las fuentes, desde entonces, la expresión "enviar el libelo", que quiere decir que la notificación del divorcio se hacía por medio de un escrito. De la forma escrita hablaba expresamente la novela 22, 19, cuando dice que "algunos se apresuran a escribir sus repudios y enviárselos a sus mujeres" (1), de modo que puede decirse que en la época de Justiniano la forma usual de notificación del divorcio era el envío de documento o libelo de repudio.

Este emperador estableció otras formas especiales para la disolución del matrimonio cuando tenían como causa la ausencia, prolongada del marido en una expedición militar, su muerte o presunción de muerte en acción de guerra y el ingreso de cualquiera de los cónyuges en un convento.

Respecto de la ausencia en la guerra, Constantino había dispuesto que transcurridos cuatro años desde que el marido partiera, podía la mujer pasar a nuevas nupcias enviando previamente el libelo al jefe del cuerpo en que militaba el marido, pero Justiniano, además de extender el plazo a diez años, exigió que antes de mandar el libelo insistiera cerca del marido -haec importuna quidem viro mittens sit litteras- hasta obtener la certeza de que éste renunciaba al matrimonio, ya expresamente, o porque no respondiera a sus requerimientos

Si, en cambio, había tenido noticias de la muerte del marido en campaña, tenía que dirigirse a los escribanos o notarios del cuerpo en que estuviera encuadrado el marido para obtener de ellos la certificación de la muerte de aquél. El juramento que tales notarios prestaban ante los evangelios daba a su decla

(1). Nov. 22, 19. quoniam quosdam invenimus ex studio repudia scribere festinantes et mittere suis uxoriibus.

ración el carácter de declaración de fallecimiento (1).

El retiro de uno de los cónyuges a un convento disolvía el matrimonio, sin necesidad de repudio, en el momento en que el profeso tomaba los hábitos (2).

b' ). Causas de Divorcio.

La reglamentación del divorcio por Constantino introdujo como novedad un sistema de causas lícitas. Limitó el derecho y desechó como causas motivos que consideró fútiles o sin importancia. La mujer, por ejemplo, no podía fundarse en el hecho de que el marido fuera borracho habitual, o jugador, o frecuentador de otras mujeres. El envío del repudio por causas diferentes de las señaladas en la ley ponía en acción el mecanismo sancionador.

Las causas de divorcio fueron considerados delitos -criminal- y las sanciones por la transgresión de la ley fueron verdaderas penas, carácter que no tuvieron las antiguas retenciones dotales.

Juliano el Apóstata (3) derogó el año 363 la normativa de su tío el emperador Constantino, y dispuso que fueran respetados los derechos de retención establecidos por la ley y los pactos de los cónyuges que no estuvieran en contradicción con ella (4). Como este emperador no hizo una regulación nueva, se

-----

(1). Nov.117,11. vid.n.1 p.32

(2). Nov.123,40. " .n.1 p.35

(3). Se le llamó así porque se apartó de la religión cristiana a la que, sin llegar a combatirla, privó de la preeminencia que había adquirido con Constantino, y restableció el culto pagano.

(4). C.Th.3,13,2. In dote reddenda et retentione ex iure venientes et pacta, quae legibus consentanea esse monstratur, placet etiam ex huius sanctionis auctoritate inviolata servari.

supone que la remisión a las leyes anteriores lo era a las Sentencias de Paulo, título "De las dotes" o, en todo caso, a las Respuestas del mismo autor, título "De los bienes de la mujer".

Con Juliano se restableció la libertad de divorcio, para lo cual tuvo que modificar lo que su tío, llevado del fervor de la nueva religión abrazada, había hecho para dificultarle. Sin embargo, la tendencia era irreversible, pues el 10 de marzo del año 421, los emperadores Honorio, Teodosio y Constancio, mediante una ley que aparentemente ignoraba la de Constantino, reglamentaron la materia (1) con más extensión que éste lo había hecho, y clasificaron las causas en "graves" (que llamaron magna crimina) y "leves" (que denominaron mediocres culpas o morum vitia).

De las leyes de Constantino, Honorio y Teodosio pasaron al Código de Justiniano las facultades del marido para perseguir por adulterio a la mujer que se había divorciado por "mediocres culpas" (C.9,9,34). El resto de ellas ni se recoge ni se menciona posteriormente, quizás por su carácter excesivamente represivo.

En la ley de Honorio y Teodosio I no se aludía a cuales podrían ser tales "magna crimina" o "mediocres culpas". Dejaron su determinación al arbitrio del juez, aunque es seguro que éste aplicaría los criterios anteriores de fondo y forma, porque lo que si se hacía en ella era una remisión a las Respuestas de Paulo (2).

Teodosio II y Valentiniano III trataron el divorcio en una ley de 10 de julio del año 439, en la que volvieron al antiguo

(1). C.Th.3,16,2. vid. n.1 p.14.

(2). C.Th.3,16,2, in fine. Super retentionibus autem dotium -- propter liberos iuris antiquis praecipimus cauta servari. Propter communes liberos si fuerint ae praecipit observari quae in iure de retentionibus statuta sunt pro numero filiorum, quod -- Paulus in libro responsorum dicit sub titulo de re uxoria.

sistema de la culpa y a la aplicación del derecho jurisprudencial, abrogando las leyes de sus predecesores por considerarlas excesivamente duras (1).

En el año 449 estos mismos reordenaron la materia mediante una ley que fué recogida después en el Código de Justiniano (C.5,17,8,2) y restablecieron el sistema de causas lícitas de divorcio (2).

Justiniano comenzó su reinado manteniendo la legislación anterior, pero pronto en el asunto y por medio de nueva ley corrigió tanto lo que los anteriores habían legislado como lo que él mismo había dispuesto, reconociendo que los matrimonios podían disolverse o por la voluntad concorde de los esposos, es decir, bilateralmente, o unilateralmente con causa justa, sin causa o por un hecho sobrevenido que llamó "bona gratia".

En los casos de divorcio por mutuo acuerdo -*communi consensu*- la mujer podía pasar a segundas nupcias transcurrido un año desde que aquél tuvo lugar, aplicándose la ley del emperador Anastasio del año 497, que redujo la espera de cinco años -previamente exigida por Teodosio y Valentiniano (C.5,17,9) (3) Mantuvo, pues, el divorcio bilateral reconociendo pleno valor a los pactos que se establecieran entre los cónyuges (4).

El divorcio unilateral por culpa del otro podía fundarse en las causas que había enumerado Teodosio II y el divorcio sin causa se consideró ilícito pero no nulo, sancionándose éste -- con la pérdida de la dote y de las donaciones antenuptiales, y a la mujer con la prohibición de casarse de nuevo antes de pasados cinco años:

-----

(1). N.Th.12. vid. n.3 p.15.

(2). N.Val.35,11. vid.n.2 p.16.

(3). C.5,17,9. vid.n. 3 p.17.

(4). Nov.22,4. vid. n. 1 y 2 p.23 y pgs. 22 y sgts.

Con la nueva ley de 15 de enero del año 542 Justiniano imprimió un sesgo diferente a la materia, regulándola de forma -mas restrictiva (1). Descartó entonces totalmente el divorcio por mutuo disenso. Admitió que el matrimonio pudiera disolverse por el ingreso de uno de los cónyuges en un convento, y para evitar que algunos utilizaran esta forma para burlar la ley castigó con la pérdida de todo su patrimonio y con penas corporales -tormento- a quienes se casaran después.

La mujer adúltera era enviada a un convento y sometida "a las penas correspondientes" (2). De allí podía sacarla el marido durante dos años, para reunirse con ella, y pasado este plazo sin haber sido reclamada, se le cortaba el pelo, recibía el hábito monástico y quedaba recluida de por vida.

-----

(1). Nov. 117. vid.n. pgs.29 y sgts.

(2). Bonfante, ob.cit., sostiene que las penas no eran los azotes sino el vestir y vivir aislada del resto de las monjas.  
Por consejo del Obispo Pelagio, Justiniano mandó construir un monasterio penal.

c'. Abolición del iudicium de moribus.

Augusto había atraído a la jurisdicción del Estado la competencia que hasta entonces habían tenido los tribunales de mésticos de carácter gentilicio con el iudicium domesticum. - Justiniano, por su parte, abolió la que había sido establecida por Augusto, con el procedimiento y las sanciones que imponía, substituyéndose todo ello por las disposiciones contenidas en su primer Código y las insertas en el segundo revisado de 16 de noviembre del año 534 (1), con lo que se dejó sin efecto todo un sistema que había funcionado durante siglos. Pero la significación de la transformación es mas profunda porque no se trataba simplemente de una cuestión de procedimiento, de tramitación de los procesos, de disolución de otro modo o ante otros órganos jurisdiccionales, sino del cambio de actitud frente al concepto del matrimonio que se venía gestando desde Constantino, que se manifiesta en la aplicación de medidas cada vez mas restrictivas del divorcio, llegándose a prohibir el celebrado por los cónyuges de mutuo acuerdo (2) y a limitar los casos de disolución por causa no culpable a la impotencia del varón, el ingreso de cualquiera de los esposos en un convento y el cautiverio por causa de guerra (3).

El sucesor de Justiniano, su hijo Justino, accediendo a la solicitud de muchos que abominaban de su unión "porque tenían lugar en sus casas guerras y discordias (lo que es mucho mas doloroso y triste) llegando a mútuas asechanzas y valiéndose de venenos que causan la muerte, de suerte que ni los hijos pro--

-----  
 (1). C.5, 17, 11, 2. Iudicio de moribus, quod antea quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentabatur, penitus abolito: omnibus etenim causis requisitis et perlectis, quas antiquitas introducebat, nihil validum praeter eas quas anteriores constitutiones et praesens dispositio introduxit, invenimus

(2). Nov. 117, 10.

(3). Nov. 117, 12.

pios pueden reducirlos a una sola y misma voluntad" dispuso - que las nupcias pudieran disolverse por el consentimiento mútuo y que no tuvieran aplicación las penas conminadas por su padre contra aquellos que disolvían su matrimonio por aquella causa. Apeló aquí, nuevamente, al viejo y caro principio de los romanos de que "si el mútuo afecto consolida las nupcias, con razón las disuelve por el consentimiento una voluntad contraria" (1).

Bonfante opina que estas posturas tan contradictorias indican la existencia de un equilibrio inestable mantenido desde Constantino a Justiniano y "no es el deterioro de la sociedad o la corrupción de las costumbres, motivo falso y cómodo, lo que embaraza a los legisladores, lo que impide un desenvolvimiento lógico y seguro, constante, sino que es el antiguo concepto del matrimonio que estaba imbuido tanto en las costumbres como en el Derecho, el que impide alcanzar el equilibrio (2).

-----  
 (1). Nov.140,pref. Plurimi autem nos adierunt inter se coniugium horrentes et abominantes forsitam.enim contingit istis et insidias adgredi adinvicem et venenis aliisque ad mortem agentibus uti, ita ut nec filios eis factos valere ad unam similem que tales voluntatem inmiscere.

ibid.140,1. ut antiquitus, consensu coniugium solutiones nuptiarum fieri, non ultra vero abstinere constitutas poenas constitutione nostri patris adversus eos qui cum consensu coniugii faciunt solutionem.

(2). Bonfante, ob.cit.p.359

## II. EL DIVORCIO COMO INSTITUCION JURIDICA MODERNA

### Fundamentación jurídica.

El matrimonio era para los romanos la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de procrear hijos y construir entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima (1), es decir, lo entendieron como situación fundada en la convivencia aceptada de forma voluntaria y permanente, pues esto es lo que significaba la  *affectio maritalis*. En lo que a su celebración se refiere, no tenía aquél formalidad legal alguna conocida en el Derecho histórico, aunque fuera acompañado de ceremonias y fiestas que variaron con los tiempos y con los cambios de costumbres (2).

Del mismo modo, para que aquél se disolviera bastaba con que cesara la  *affectio maritalis*, cese que se manifestaba por el repudio o divorcio. Este era, pues, la consecuencia del concepto mismo del matrimonio como situación resoluble, el cual encontraba clara expresión en la prohibición de que las partes establecieran pactos que tuvieran por finalidad excluir la ruptura o penarla con el pago de una cierta cantidad en concepto de sanción (3).

Tampoco para el divorcio se exigía forma. La notificación verbal o el simple anuncio por carta o por medio de un mensajero eran suficiente. Esta simplicidad para romper un matrimonio daba lugar en ocasiones a dificultades para deslindar un verdadero divorcio de una simple disensión sin consecuencias.

-----  
 (1). Bonfante, Inst. de Derecho romano, p.180

(2). Iglesias, Derecho romano, p.213 y sqts. Vid. bibliografía citada allí.

(3). Paul. D. 45, 1, 134. *Inhonestum visum est vinculum poenae matrimonii obstringi, sive futura, sive iam contracta*. También en C. 8, 38 (39), 2.

El divorcio, como acto privado, estaba sometido a la jurisdicción de la familia romana y regulado por normas del derecho gentilicio. Su práctica y requisitos habían configurado un derecho consuetudinario que, como ocurría con el matrimonio, encontraba su vigencia fuera del campo de actuación del Estado. La razón hay que buscarla en que la familia desplegaba en el plano del derecho privado facultades que el Estado no había atraído aún a su esfera de competencia, y que la relación matrimonial estaba compuesta de dos partes o elementos: la existencia de una convivencia y la voluntad continuada de los cónyuges de ser marido y mujer. Por eso, cuando la voluntad se extinguía, arrastraba al matrimonio mismo, que se disolvía por efecto de la desaparición de aquella.

Este concepto del matrimonio se conservó intacto en la República y con los emperadores posteriores, por virtud de la inercia de los usos y costumbres sociales, contra los que lucharon en vano los emperadores bizantinos. Ripert (1) ha podido decir con razón que "en el mantenimiento de la moral tradicional se basan las reglas que constituyen el armazón del Derecho y éste es por esencia tradicional" (1). Así, pues, la transformación del derecho matrimonial se operó después del cambio de moral conseguido no sin esfuerzo por la acción de la religión cristiana.

En la literatura jurídica romanística existe la opinión generalizada de que el matrimonio romano fué una relación de hecho -por transcripción de la expresión "res facti"- y no de derecho. Nosotros no compartimos esta idea por las siguientes consideraciones.

La primera es que en lo que se refiere al matrimonio se parte ahora de la concepción de que es un contrato que se cons-

(1). G. Ripert, Les forces creatrices du droit, p. 153.

tituye por el consentimiento inicial, a diferencia del romano que exigía el consentimiento permanente. La consecuencia es que actualmente el divorcio tiene el caracter de negocio jurídico rescisorio mientras que el divorcio romano era la cesación de los efectos del matrimonio por la desaparición de la affectio maritalis en uno de los cónyuges, y desde esta óptica se dice que para los romanos el matrimonio no era una res iuris, es decir relación de derecho.

No es válido, creemos, que se aduzca como prueba de ello que no tenían una "forma legal" para él y que no se reanudaba por el derecho de postliminio. Ni lo es tampoco que se tome en el sentido negativo la nota diferencial entre ellos, porque, a lo sumo, lo que probarían tales cosas es que se trata de dos modos o formas de constituirse la relación matrimonial y no de que una sea jurídica y la otra no.

Cuesta trabajo pensar -como les ocurriría a los romanos, dotados, como consta que estaban, de un profundo sentido jurídico- que la unión de un hombre y una mujer para crear una familia no tuviera carácter jurídico, con las consecuencias - que aquél acto implicaba en los órdenes personal, patrimonial y aún religioso.

La costumbre es la primera manifestación del Derecho. Las costumbres familiares y gentilicias de los romanos eran también derecho, que en ciertos casos superaba los estrictos límites del Derecho privado, ya que había actos que producían efectos en el ámbito del Derecho público, como ocurría con la manumisión de los esclavos, que siendo un acto del pater familias, producía el efecto de convertir en ciudadano romano al manumitido por una de las formas solemnes.

El propio concepto del matrimonio, que llevaba en si el germen de su disolución, deriva de un sentido jurídico que no concuerda exactamente con el que ahora tenemos, pese a ser de

positarios del legado del Derecho romano, pues nuestra moral no es la misma que la de ellos, ni la de las futuras generaciones será la misma que rige nuestros actos.

El principio romano "omne quod ligatur solubile est" (todo lo que se concierta por la voluntad es posible disolverlo por una voluntad contraria) estaba en la base de toda relación de derecho entre los hombres y, naturalmente, no hay razón para que no lo estuviera también en las relaciones entre hombre y mujer.

La nota de legitimidad del divorcio romano estriba precisamente en la posibilidad jurídica de que pueda disolverse todo lo que se concierta por la voluntad, y la nota de legalidad se encuentra en que el divorcio aparece expresado en las normas de la costumbre en cuanto ley no escrita. Ocurre también que en el derecho consuetudinario no se perfilan con nitidez los conceptos de legitimidad y legalidad, porque la legitimidad es la moral y los usos, los cuales, repetidos, crean un sistema de normas jurídicas que se transmiten oralmente; y la legalidad es exactamente ese sistema normativo. En cambio, en los sistemas desenvueltos actuales es posible distinguir la legitimidad, que está formada por el Derecho, que expresa la moral y los intereses en una sociedad dada, de la legalidad, que es conjunto de normas o leyes escritas que el órgano competente en cada caso promulga para regular aquellos intereses y para alcanzar el fin propuesto por el Derecho.

Por otro lado, la dogmática moderna del negocio jurídico ha distinguido entre hechos jurídicos, que son acontecimientos de orden natural que pueden originar un derecho, independientemente de que concurra la voluntad de un particular, y los actos jurídicos, que son los acontecimientos en que interviene la voluntad de los particulares enderezada a conseguir unos objetivos determinados que el ordenamiento legal hace posibles (1).

-----

(1). U. Alvarez. Negocio Jurídico.

La necesaria concurrencia de voluntades para que el matrimonio existiera y la posibilidad de que aquella se rompiera - porque en uno de los cónyuges hubiera desaparecido la *affectio maritalis*, configuran a éste y a su acto contrario, el divorcio, como actos jurídicos voluntarios, es decir, como verdaderos negocios jurídicos.

Cabe preguntarse por qué no le aplicaban al matrimonio el derecho de postliminio si el consentimiento tenía la importancia que se le atribuye. Puede responderse que la convivencia, la cohabitación, era también un requisito esencial para constituir la relación matrimonial y desaparecida ésta por el cautiverio, el *affectus maritalis* no bastaba para mantener viva aquella relación. Además, la característica de la *affectio maritalis*, de la voluntad, era que se diera permanentemente, continuamente; el matrimonio dependía de la continuidad del querer y del hecho (1), de modo que si el cese de la *affectio maritalis* disolvía el matrimonio, el mismo efecto producía la falta de convivencia.

Es cierto que en el Digesto encontramos referencias a que el matrimonio no lo hacía la cohabitación sino el consentimiento - *nuptias non concubitus sed consensu facit* (2)- y que el matrimonio lo hace la intención y no la unión -*non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio* (3)- pero se ha de tener en cuenta, por un lado, que estas respuestas jurisprudenciales estaba hechas solo para justificar la separación de personas del rango más elevado -*illustres*- , lo cual hace que esto tenga carácter particular y no general, y por otro, que la vida en común con mujer ingenua y honesta -entendido último en el sentido de las costumbres y del rango social- tenía en el Derecho romano consideración de matrimonio.

(1). Bonfante, Instituciones de Derecho romano.

(2). Ulp.D.50,17,30

(3). Ulp.D.24,1,32,13



La cuestión está en cómo debe manifestarse ese consentimiento. Los romanos, se dice, consideraban que en el matrimonio el consentimiento debía de ser continuo, permanente, y que cuando esa continuidad cesaba sobrevenía la ruptura, dejaba de haber matrimonio. Se producía en tal caso el divorcio, que era la manifestación externa de haberse terminado el consentimiento o la voluntad de seguir siendo marido y mujer (1).

Con las leyes Iuliae Augusto da el primer paso en la regulación jurídica por el Estado de las relaciones matrimoniales.- La abolición por aquél de los tribunales domésticos -iudicium domesticum- y la atracción a la competencia del Estado de la materia matrimonial mediante la reglamentación del matrimonio y de la forma del divorcio, en la medida en que le fué posible -recuerdese la oposición que encontró en las clases altas- inician la intervención del Estado en las relaciones familiares a través de los tribunales de las costumbres -iudicium de moribus- aunque no se modificaron los conceptos de matrimonio y divorcio, que siguieron siendo los mismos: "libera matrimonium esse antiquitas placuit" (2)

A partir de la adopción del cristianismo como religión ofi

(1). En la época mas primitiva se producía el repudio de la esposa por el marido basándose en alguna de las causas contempladas en la supuesta ley de Rómulo: adulterio, falsificación de llaves, envenenamiento o aborto y simulación de parto. No puede hablarse aquí de que ha cesado la affectio maritalis, porque la disolución obedecía a haber incurrido la mujer en alguno de tales crímenes. Vid. Plut., Romulo, 22.

En cambio, si se admite la disolución por haber cesado la affectio maritalis, como ello puede ocurrir en ambos cónyuges, hay que admitirla por parte del marido y de la mujer, aunque parece que ésta ejerció esta facultad en época mas avanzada.

(2). C. 8, 38, 2

cial, concurren en la vida romana dos concepciones del matrimonio: la tradicional, que admite el divorcio como cosa natural y necesaria, y la nueva, que lo rechaza. Por esta razón los emperadores cristianos no cesaron de interferir el divorcio con medidas reguladoras restrictivas y sanciones, si bien ninguno lo suprimió de plano.

La posición de la Iglesia llegó a ser tan influyente que pese a haber afirmado Justiniano que una vez que hubo nupcias era menester que el contrato pudiera llegar a su disolución -oportet causam omnino sequi etiam solutionem (1)- en una disposición posterior prohibió el divorcio consensual -nullo modo repudia fieri, aut per consensum nuptias solvi(2). Mas como el concepto no había variado a pesar de los deseos imperiales, y existían razones serias de índole social que lo aconsejaban, su sucesor, Justino II, abolió la prohibición de disolución por mutuo consentimiento y las penas conminadas por su augusto padre contra los infractores de la legislación prohibitoria -cum consensu coniugi faciunt solutionem (3).

Constantino, Teodosio II y Valentiniano III y Justiniano, legislaron sobre el divorcio estableciendo taxativamente las causas de posible disolución en el divorcio unilateral. Entre los jurisconsultos bizantinos la tendencia fué la de considerar nulo el divorcio que se hacía sin estar fundado en alguna de las causas señaladas por la ley.

El Derecho canónico culminó la ordenación del divorcio que había iniciado Justiniano por la influencia de la Iglesia, afirmando la doctrina de Cristo y San Pablo. Cristo, dice Bonfan

-----  
(1). Nov. 22, 3

(2). Nov. 134, 11

(3). Nov. 140, 1.

te- no había negado el divorcio de modo absoluto pero le había restringido al caso extremo de la fornicación. La doctrina de la Iglesia en este aspecto era que lo que Dios ha unido no lo podía separar el hombre" expresión que contenía una "oposición a la institución pero no pronunciaba su condena" (1).

El primer paso en la transformación del antiguo concepto romano se da cuando se comienza a considerar el matrimonio como contrato consensual bilateral. Esta teoría, aunque fué más tarde condenada dentro de la Iglesia y finalmente admitida por ella en la época moderna, permitió tener un elemento técnico-jurídico que fundaba la relación matrimonial en el consentimiento inicial en lugar de en el consentimiento permanente del anterior derecho romano. A ello se le añade la sacralización del vínculo, es decir, se considera a éste de origen divino, y por este medio aquella relación contractual se consiera como unión hecha por Dios y por lo tanto, no separable por el hombre, con lo que triunfa el principio de indisolubilidad del vínculo matrimonial por otro modo que no sea la muerte de uno de los cónyuges. Queda, por tanto, excluido el divorcio por este mecanismo. El vínculo no puede romperse por la voluntad humana, sea esta la que fuere; si hay razones graves que hagan imposible la vida de los esposos, se aplica ahora la nueva institución de separación

-----  
 (1). Bonfante, Ob.cit. menciona en pg. 364 a Mateo, 5, 32: Ego autem dico vobis quia omnis qui dimiserit uxorem suam excepta fornicationis causa facit eam moechari et qui dimissam duxerit, adulterat; y ibid. 19, 9: Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moechatur, et qui dimissam duxerit, moechatur.

"quoad thorum et mensam", separación de mesa y tálamo, o de mesa y habitación.

Este desenvolvimiento de la cuestión es el que ha llevado a negar carácter contractual al antiguo matrimonio romano, cuando no hubiera sido necesario. Lo que permitía la disolución de aquél era el reconocimiento de que los hombres dentro del marco del sistema convencional que es el derecho, podían disolver por el mútuo acuerdo las convenciones que se habían constituido por el consentimiento, y una de ellas era el matrimonio. Que se negara la sanación de él por el derecho de postliminio no significaba sino que dadas las finalidades de la unión, aquellas no podían alcanzarse cuando la convivencia no era posible por la ausencia del cónyuge caído prisionero, a lo que hay que añadir que no pudiendo existir matrimonio entre un ciudadano libre y un esclavo, la caída en esclavitud, por los usos de la guerra, disolvía de plano el matrimonio, con lo que el libre podía contraer nuevas nupcias, y habría sido un contrasentido que en los casos mas bien excepcionales de evasión y regreso del cautivo a los confines de Roma, este recuperase el matrimonio, a no ser en la hipótesis, inaceptable, del celibato perpetuo de la esposa.

Substituyendo el principio jurídico "omne quod ligatur solubile est" por el religioso "Deus coniuxit homo non separet" se opera realmente la modificación del concepto del matrimonio y se le hace indisoluble por el divorcio, aunque la voluntad de unirse sigue siendo esencial y el contrato se da en uno y otro casos. Tan solo varía el grado de libertad personal: en el derecho antiguo, el hombre -y la mujer cuando se ha alcanzado la equiparación para el divorcio-, los cónyuges pueden romper el contrato matrimonial, divorciarse; en el derecho configurado por la Iglesia, los cónyuges, una vez concertadas sus voluntades, pierden la autonomía para disolver el matrimonio. La libertad contractual

que comprende no solo la de obligarse sino también la resolver los pactos bilateralmente, se suprime en el matrimonio cuando se niega el divorcio.

La Iglesia romana representó la imagen de la realidad ante Europa y con ella sobrevivió el Derecho romano cuando la potencia creadora del Imperio romano se extinguió. "Por ser la ética social la fuente de todo derecho vivo, al continuar la ética social cristiana siendo la ética social europea hasta bien entrado el siglo XVIII, la doctrina cristiana determinó el pensamiento jurídico europeo incluso allí donde apenas si se han conocido ya legisladores y juristas de esta comunión" (1).

El Derecho romano sirve de fundamento al Derecho canónico. Cuando el Imperio se derrumba fueron los francos, por su contacto secular con él y por la temprana adopción de la ortodoxia de la Iglesia católica, los llamados a la herencia del Estado romano (2). A través de esta estructura se impuso durante toda la Edad Media en la Europa occidental el Derecho canónico.

Pero este Derecho canónico pierde su carácter hegemónico con el cisma luterano. En 1525 Lutero consuma el cisma y obtiene en seguida la complicidad de las naciones y Estados particularistas, dispuestos a identificar sus ambiciones dinásticas con los intereses nacionales, cuya defensa consiguen acaparando, para fines temporales, ese factor esencial de la unidad nacional que es la religión. Ello es posible porque en la doctrina de Lutero se reemplaza la su premacía papal por la supremacía del príncipe, incluso en-

(1). F. Wieacker. Historia del Derecho privado de la Edad Moderna. pg.18.

(2). Ibid. pg.27

materia religiosa, sometiendo la Iglesia al Estado, transfiriendo a éste todos los derechos, jurisdicciones y privilegios que pertenecían a aquella. Puede vanagloriarse Lutero de que nadie había hecho tanto como él por el César y por el poder civil y en 1555 proclama el principio "cujus regio hujus religio" (1).

La consecuencia del proceso secularizador, de su culminación, es que se separaran en el matrimonio los caracteres de contrato civil y de sacramento, que para la doctrina católica están irrevocablemente unidos en un contrato de características especiales.

La nueva orientación se manifiesta en Grocio, que al establecer los fundamentos del Derecho natural racionalista en su obra *De jure belli ac pacis*, libro tres (1.625), basa el matrimonio en el ámbito de intereses del Derecho de gentes. Incluye su estudio en el derecho de personas -iura in personam- y lo considera como procedente de la ordenación social y lo califica como institución y no como contrato, según se había tenido en el Derecho romano (2) si bien le configura con características especiales. Desde este planteamiento de Derecho natural no se excluye el divorcio (como repudio por el varón) ni las posteriores nupcias de los divorciados, aunque para "evitar la turbatio sanguinis", en caso de segundas nupcias de la viuda o divorciada deba ésta esperar un año.

"El matrimonio único, cristiano e indisoluble, no es ius naturale sino una perfección de él por la lex Christi" (3)

-----  
 (1). F. Wieacker, ob. cit. pg. 58 y sgts.

(2). *ibid.* pg. 256

(3). *ibid.* pg. 257

El paso dado por Grocio permite el desarrollo de un de recho matrimonial que acepta el divorcio.

El Concilio de Trento, que tuvo lugar entre 1545 y 1563 -después de consumado el cisma luterano- había reafirmado la posición de la Iglesia católica sobre la indisolubilidad del matrimonio y el carácter de sacramento de éste. Em pujado por los vientos de la reforma y de la contrarreforma, el matrimonio empieza a ser considerado en Europa desde dos posiciones distintas: la reformista, que le somete a la regulación de los poderes civiles, exonerándole de la nota sacramental, y la contrarreformista, que reafirma el ca rácter de contrato-sacramento y la competencia exclusiva de la Iglesia romana en las cuestiones matrimoniales.

Difundido por Europa el principio de separación de poderes y afirmada la supremacía o, cuando menos, la autoridad independiente de la potestad civil, el matrimonio se seculariza cada vez más en los países en que triunfa la reforma. En los territorios de la contrarreforma también se deja sentir la influencia de aquél principio, pero la materia matrimonial sigue rigiéndose por las normas del concilio tridentino. En Francia, hasta la Revolución, también se aplicaba el Derecho de la Iglesia, pero a partir de ella el matrimonio se considera como mero contrato civil y por la Ley de 20 de septiembre de 1792 se introduce el divorcio. Triunfa en el ordenamiento positivo francés el principio de la disolubilidad del vínculo como garantía de la libertad individual, si bien se aplica solo al matrimonio civil, considerándose como mera separación en el caso de matrimonio canónico.

Se toma en tiempos modernos, después de la evolución del pensamiento jurídico, la postura que tuvieron ya los romanos, que expresaban en el principio "omne quod ligatur so-

lubile est":

El fundamento jurídico moderno del divorcio está, pues, en el carácter de contrato civil, con el elemento de libertad individual añadido, que fué enunciado por vez primera como derecho de la persona en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1.789. Esta Libertad quedaría suprimida si a los cónyuges se les impidiera disociarse, -convirtiendo el pacto de vida en común en un lazo indisoluble cualesquiera que sean las condiciones de convivencia por las que atravesasen los cónyuges en un momento determinado.

Puede afirmarse que el carácter contractual es el único fundamento del matrimonio si se entiende éste como comunidad de vida entre el hombre y la mujer, porque aquella comunidad no puede establecerse más que sobre la base del libre consentimiento de ambos. Los supuestos en los que el consentimiento de la mujer no existe, ya porque se la tome a la fuerza, ya porque en lugar de ser sujeto de una relación jurídica igual sea objeto de ella, no puede considerarse matrimonio en sentido técnico jurídico.

Prescindiendo de las razones de orden político por las que la Iglesia se opone a la disolubilidad del vínculo matrimonial -de las que no se va a tratar- lo cierto es que no ha negado al matrimonio el carácter de contrato, sino -que en virtud de principios religiosos, le considera contrato sagrado, sacramento, y así lo ha sostenido continuamente. El Papa León XIII, en su encíclica Arcanum dice: "no puede hacerse distinción entre el sacramento y el contrato puesto que el matrimonio cristiano no es disociable del sacramento y por lo tanto no puede existir un contrato verdadero

y legítimo que no sea por lo mismo sacramento" (1). Esto queda circunscrito al matrimonio entre cristianos y, más concretamente, al matrimonio entre cristianos dentro de la Iglesia católica, pues hay otros sectores cristianos que sí admiten el divorcio.

Siguiendo el hilo de la argumentación, tendremos que para los no católicos, el matrimonio se quedaría en simple contrato, cuya constitución, efectos y terminación será regulada por el Derecho positivo por el que se rijan los contrayentes. Corresponde, pues, a los ordenamientos jurídicos positivos regular la disolución del matrimonio mediante divorcio, o dicho de otro modo, regular el divorcio como medio de disolver el matrimonio.

Los ordenamientos positivos tienden, a no dudarlo, a una homogeneización creciente en un mundo en que la interacción entre las sociedades se ha hecho cada vez más amplia e intensa. Se ha dicho que el matrimonio es un contrato sui generis. Lo que determina la especialidad de éste no es sólo la moral que practica un determinado grupo nacional; también influyen en él la organización de la sociedad, la cual se configura del modo que el conjunto de los hombres que la constituyen consideran más adecuado para responder al reto circundante, y por efecto de la capacidad de adaptación, las situaciones reales reaccionan sobre los usos sociales y la moral, y éstos sobre el Derecho, que necesariamente ha de atender a la resolución de los problemas que suscita el discurrir real de la vida. La mayor o menor permisibilidad del divorcio dependerá, pues, de las condiciones reales de existencia.

-----  
(1). Citado por E. Montero. Derecho del Matrimonio Canónico. pg. 26.

Admitida la igualdad del hombre y de la mujer en las sociedades modernas civilizadas, hay que reconocer la capacidad de ambos para disentir de una convivencia que voluntariamente aceptaron. La indisolubilidad del matrimonio implica generalmente el sometimiento de uno de los cónyuges al otro, con lo que el matrimonio acaba convirtiéndose en una relación desigual. La familia, a cuya protección quiere acudir con aquél remedio ha quedado dislocada con el sistema de producción imperante en los países desarrollados. Ni aún reducida a la mínima expresión, como está ahora, se puede impedir su disgregación con medios coactivos. En los lugares donde todavía no se ha admitido el divorcio -- muy pocos -- el matrimonio, la familia nuclear se rompe de facto y se originan otras uniones de hecho. Ya no hay patrimonio que conservar o heredar y el principio de filiación legítima ha perdido tanto valor como consecuencia de la tendencia creciente de la dignificación del ser humano, que en muchos lugares no es ya signo diferenciador de la prole. El cuidado de los hijos se confía cada vez más, desde los primeros años de la infancia, a educadores o instituciones de guarda, porque las madres, trabajadoras fuera del hogar, no pueden atenderlos, lo cual está creando otra moral que hace necesaria la posibilidad de la ruptura del vínculo matrimonial. El divorcio ha de fundarse en el principio de igualdad real del hombre y de la mujer.

### III. EL DIVORCIO EN ESPAÑA.

1. Antecedentes. Los antiguos pobladores de la península practicaron una especie de matriarcado. Entre los cántabros el marido llevaba la dote a su mujer y las hijas, que heredaban a los padres con exclusión de los varones, tenían obligación de casar a sus hermanos. La madre era considerada como jefe de la familia. Iguales costumbres tenían los lusitanos y los vacceos (1). Existen noticias de que los matrimonios de estos primeros pobladores se hacían con gran ceremonial, pero nada se sabe de si eran disolubles por divorcio.

Cuando los romanos vinieron a España encontraron una población de celtas e iberos, y colonias griegas, fenicias y cartaginesas asentadas en el litoral oriental y sur de la península. Durante el tiempo que duró el sometimiento del territorio, rigieron especialmente en esta materia las leyes y costumbres locales, si bien el derecho romano hizo, respecto de ellas, el oficio de legislación subsidiaria y aún vino en ocasiones a modificar sus preceptos (2). De todos modos empezó pronto la romanización, la cual no fué igualmente intensa en todo el territorio, pues el sur y el centro se romanizaron antes que el norte, y hasta Augusto no tuvo lugar el de la Tarraconense.

Los emperadores no tuvieron inconveniente, no obstante, en derogar las costumbres locales cuando lo estimaron oportuno por lo que puede afirmarse que el derecho romano se impuso como norma general en tiempo relativamente corto, aunque subsistieran diversas peculiaridades.

Vespasiano concedió la latinidad a España en el siglo I de nuestra era y después, en el siglo III, Antonino Caracalla

-----  
 (1). Hinojosa, Historia del Derecho, p.75-77; Caro Baroja, J. Los pueblos de España, p.34-54

(2). Hinojosa, ibd., p.139

concedió la ciudadanía a todo el imperio. Estas concesiones forman parte de un movimiento de unificación jurídica a través de las cuales se implanta el Derecho romano como derecho de todos los habitantes del territorio peninsular. Las costumbres y el derecho de los romanos fueron, a partir de la colonización, lentamente asimiladas por las poblaciones conquistadas, lo que supone que tuvieran aquí aplicación las leyes de Augusto y las de los emperadores posteriores. Los matrimonios y el divorcio fueron, pues, cada vez en mayor medida, regulados y practicados por las pautas romanas.

Antes del establecimiento de los visigodos en España,--- el derecho vigente entre los provinciales era la ley de Citas, los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y las Novelas posteodosianas. Esta normativa es la que se aplica en materia de divorcio.

Cuando los visigodos irrumpen en la península, encuentran una población hispano-romana que se rige por el Derecho romano. Los invasores conservan su propio derecho. Ello dió lugar, con el tiempo, a una situación caótica de la legislación por lo que Alarico II, en el deseo de poner remedio a aquél estado de cosas promulgó un código para ser aplicado en los litigios que se suscitaban entre sus súbditos romanos, ley que contenía las disposiciones más importantes del código Teodosiano y veintidós constituciones del código Gregoriano. Este código alariciano se denominó más tarde Lex romana visigothorum. Los visigodos continuaron gobernándose por su derecho consuetudinario que les era aplicado por tribunales distintos de los que aplicaban el Código de Alarico.

Leovigildo llevó a cabo la unidad territorial y Chindasvinto suprimió la personalidad del derecho y derogó el Breviario de Alarico cuyas disposiciones no permitían el matrimonio entre godos y romanos.

La propagación del catolicismo en la península dió ocasión a los prelados para congregarse y tratar y decidir sobre asuntos generales. A través del derecho eclesiástico se aplican en España las normas sobre disolución del matrimonio del derecho bizantino, que se había conformado ya con la influencia de la Iglesia. Nuestras Partidas admiten que el matrimonio rato pueda romperse en el caso de que uno de los cónyuges entrara en "Orden de Religión" (1). No existe otra regulación del divorcio vincular en la historia del derecho español hasta la II República "pues el Código civil de 1889 atento a la tradición jurídica patria, de la que ni la Ley de Matrimonio civil de 1870 se había apartado, rechazó el divorcio vincular, estableciendo que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges ( artículo 52) y que el divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados (artículo 104)". (2).

2. Intentos de introducción. El primer intento de introducir el divorcio en España tiene lugar con la II República española proclamada el día 14 de abril de 1,931. Las Cortes Constituyentes decretaron y sancionaron el día 9 de diciembre de aquél mismo año la Constitución, que regulaba en el capítulo II la familia, la economía y la cultura.

En el artículo 43 se dice: " La familia está bajo la salvaguarda especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en este caso, de justa causa".

-----  
 (1). Partida 4ª, tit. X, ley 5ª: Pero en el desposorio que es fecho por palabras de presente ha tal firmeza, que non se pueden departir los que así fuesen desposados; fueras ende, en una manera, si alguno de ellos entrare en Orden de Religión ante que se ayuntasen carnalmente.

(2). José Castán. Derecho civil, tomo 5ª, pg. 671. Madrid, 1961.

Consecuentes con el precepto constitucional las Cortes aprobaron el día 2 de marzo de 1.932 la Ley de Divorcio, mediante la cual se introducía en España la disolución del matrimonio con ruptura del vínculo, previa sentencia - firme de los Tribunales civiles ordinarios.

Esta posibilidad de ruptura vincular podía darse cualquiera que hubiera sido la forma de celebración del matrimonio. Esta expresión condensaba el verdadero alcance de la Ley, que atraía a la competencia exclusiva del Estado la facultad de regular una materia que afecta directamente a las relaciones familiares y, por consiguiente, a la sociedad a la que aquél organiza políticamente. Tal facultades tuvo compartida hasta entonces, o mejor, ejercida por la Iglesia católica, a cuyo Derecho habían de atenerse todos los ciudadanos que no acreditasen su acatolicidad, único modo de que se pudiera acudir al matrimonio civil (1). Este, sin embargo, tampoco era resoluble.

En nuestro país tal afirmación se hacía necesaria porque en materia matrimonial el Código civil español reconocía como único matrimonio para los católicos el celebrado de acuerdo con el Derecho canónico (2). El artículo 75 de dicho código civil, en su redacción original, determinaba que las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo-

-----  
 (1). Ley de Divorcio. Artº.1º. El divorcio decretado por sentencia firme de los Tribunales civiles, disuelve el matrimonio, cualquiera que hubiese sido la forma de su celebración.

(2). Código civil, artº.42: La Ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica.

Concilio de Trento regían el matrimonio canónico (1). La redacción actual del mencionado precepto mantiene la vigencia de las disposiciones de la Iglesia católica en lo que se refiere al matrimonio canónico (2). La diferencia entre uno y otro texto consiste en la supresión de la mención "Concilio de Trento", cuyas disposiciones fueron consideradas leyes del Reino desde el 12 de julio de 1.564 (3), y que posteriormente se incorporaron al Código de Derecho canónico de 27 de mayo de 1.919, por lo que se hizo innecesaria tal mención de las disposiciones tridentinas a partir de esta fecha.

Como consecuencia derivada de la Constitución democrática de 1.869, se promulgó la ley de 18 de junio de 1.870 sobre el Matrimonio civil. Esta afirmación del poder del Estado atrajo contra él la enemiga de la Iglesia (4) y la actuación maliciosa de los que no acudían ante el Juez Municipal a contraer matrimonio porque el contraído canónicamente no hacía perder a los pensionistas del Estado su aptitud para el cobro de sus haberes (5).

Se daba el caso de que personas que estaban ligadas por un matrimonio anterior acudían al Juez Municipal para con-

-----  
 (1). C. civil (red. original) " Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico, se rigen por las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino. (Cit. por Manresa, Código civil, p. 352).

(2). C. civil (red. vigente) art.º 75. El matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica.

(3). Ley XIII, título 1º, Libro 1º, de la Novísima Recopilación.

(4). Manresa, ob. cit. p. 230.

(5). Real Orden de 7 de abril de 1.872.

traer matrimonio civil con otra. Esto vino a resolverse cediendo el Estado, que mandó una circular el 20 de junio de 1.874 (Gaceta de 21 de junio) resolviendo una consulta hecha por varios jueces municipales en el sentido de "que no se procediese a la celebración del matrimonio civil de personas ligadas con otra por matrimonio canónico anterior" (1).

Se abre así una puerta para la derogación parcial de la Ley de Matrimonio civil. En efecto, por Decreto de fecha 9 de febrero de 1.875, se restableció el matrimonio canónico, se reconoció efectos civiles a los contraídos de acuerdo con las normas de la Iglesia desde 1.870 y se dejó subsistente el matrimonio civil para los que no pudieran contraer el canónico (2). De suerte que este decreto de 1.875 devolvió toda la eficacia al matrimonio canónico, deshaciendo lo estatuido por la Ley de 1.870. En recurso ante el Tribunal Supremo en el que se alegaba la inconstitucionalidad del referido decreto de 1.875, que siendo norma de inferior rango que la Ley estatutaba en contradicción con ésta, el Alto Tribunal, en sentencia de 28 de octubre de 1.879 declaró que "el Decreto de 9 de febrero de 1.875 no podía ser juzgado con arreglo a preceptos consignados en la Constitución y en las leyes orgánicas del país vigentes en épocas normales, sino como una disposición adoptada por el Ministerio de Regencia, haciendo uso de las facultades que le habían conferido la alta Institución que entonces asumía los poderes del Estado, por lo

(1). Manresa, ob.cit.pg.230

(2). *ibid.* pg.231. Claro que el matrimonio civil era la forma de contraer de los no católicos o aconfesionales, puesto que los bautizados en la Iglesia católica habían de contraer forzosamente matrimonio canónico. Vid. artº. 42 del Código civil español.

cual no podía negarse al citado decreto el carácter de disposición legislativa, por mas que a su formación no hubieran concurrido las Cortes, a la sazón disueltas" (1).

Los matrimonios canónicos contraídos de forma exclusivamente canónica fueron reconocidos con plenos efectos por el Estado.

Proclamada la Segunda República se plantea de nuevo la cuestión y por Ley de 28 de junio de 1.932 se reguló el matrimonio civil. Como la Ley de Divorcio era de 2 de marzo de 1.932, la vigencia de ella coincidía con la existencia de dos clases posibles de matrimonio, contempladas en el artículo 42 del Código civil.

Hasta este momento la cuestión matrimonial entre católicos (2) había estado atribuida a la Iglesia católica y el matrimonio canónico, en cuanto se refería a su constitución y validez, se regía por las disposiciones de los cánones 1.012 y 1.143 del Código de Derecho canónico (3).

-----  
 (1). Gaceta de 7 de diciembre de 1.879. Consolidada ya la Restauración, comenzaba a no ser tenida en cuenta la Constitución de 1.869 por quienes gobernaban con nuevas orientaciones. Al fin y al cabo, aquella Constitución había surgido de un movimiento popular y liberal.

(2). En fecha muy posterior -17 de abril de 1.950- la Dirección General de los Registros y Notariado define en una resolución quienes deben entenderse acatólicos, a efectos de contraer matrimonio: los que no hubieran sido bautizados en la Iglesia católica. La acatolicidad había de acreditarse. De modo que los españoles "que hayan sido bautizados en la Iglesia católica sólo tienen una forma hábil de contraer matrimonio: el canónico".

Se suaviza la situación por Ley 44 de 28 de junio de 1.967 sobre libertad religiosa. En su artículo 32 regula la adscripción a una confesión no católica, que se probará por certificación expedida por el ministro competente de ella, y la no adscripción a una confesión religiosa se acreditará mediante declaración expresa del interesado.

(3). Fue promulgado por la constitución apostólica Providentissima Mater de 27 de mayo de 1.917 y recibió el "pase" en España por Real Decreto de 19 de mayo de 1.919.

Ley de Divorcio

Ley de Divorcio

A causa de esta doble regulación se hacía necesario de terminar en el artículo primero de la Ley de Divorcio el criterio que debía seguirse, que no era otro que el de conceder el divorcio cualquiera que hubiera sido la forma canónica o civil del matrimonio, el cual quedaría disuelto por sentencia firme de los Tribunales.

Por su lado la Ley de 28 de junio de 1.932 (1) dispuso que a partir de su vigencia (prevista para treinta días después de su publicación en la Gaceta) (2) solo se reconocería como forma de matrimonio la civil (3). En esta Ley entre disposiciones que eximen de la obligación de obtener o acreditar el consejo o licencia de los padres, según que los contrayentes fueran mayores o menores de edad (4); determinar que la licencia de los menores se acreditara mediante documento notarial o ante el funcionario ante el cual debiera celebrarse el matrimonio o el juez municipal del domicilio del que deba de otorgarla, si no fuese elegido para la celebración del acto (5); suprimir el impedimento del número 4º del artículo 83 del Código civil (6); de-

(1). Gaceta de 3 de julio.

(2). Ley de Matrimonio civil de 1.932, artº.5º.

(3). Ibid., artº.1º. A partir de la vigencia de la presente Ley sólo se reconoce una forma de matrimonio: el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones 1ª y 2ª del capítulo 3º del título 4º del libro 1º del Código civil.

(4). Ibid., artº.1º-1ª en relación con el número 1º del artículo 45 y artículo 67 del Código civil.

(5). Ibid., artº.1º-2ª.

(6). Ibid., artº.1º-3ª. El artículo 83-4º dice que no pueden contraer matrimonio los ordenados in sacris y los profesos en una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, a no ser que unos u otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

rogar los números 2º, 3º y 4º del artículo 84 del mismo Código, sobre impedimentos de colaterales, los cuales substituye por la definición "no podrán contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado" (1); de atribuir al Juez de Primera Instancia del partido a que perteneciera el Juzgado Municipal designado para la celebración del matrimonio, la facultad de dispensar, a petición de parte y mediando justa causa, de los impedimentos de consanguinidad en tercer grado de colaterales, de la afinidad en línea colateral, del número segundo del artículo 45 del C. civil, de los referentes a los descendientes del adoptante con el adoptado, y dispensar de la publicación de edictos que se mencionan en el artículo 92 de dicho Código (2), y reiterar la forma del artículo cien del mismo texto legal "omitiendo la lectura del artículo 57" (3), se disponía en el

-----  
 (1). Ley de Matrimonio civil, artº. 1º-4º.

(2). Ibid., artº. 1º-5º. El artículo 45-2 del C. civil prohíbe el matrimonio a la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes del alumbramiento si hubiera quedado encinta y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.

El artículo 92 del mismo Código hace referencia a la publicidad que debe darse al matrimonio por si existiera algún impedimento que alguien pueda alegar.

(3). Ibid. artº. 1º-6º. El artículo 100 del C. civil dispone - que el casamiento se celebrará compareciendo ante el Juez Municipal los contrayentes, o uno de ellos y la persona a quien el ausente hubiere otorgado poder especial para representarle, acompañados de dos testigos mayores de edad y sin tacha legal. Acto seguido el Juez Municipal despues de leídos los artículos 56 y 57 de este Código, preguntará a cada uno de los contrayentes si persisten en la resolución de celebrar el matrimonio y si efectivamente lo celebran y, respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta...

El texto literal del artº. 57 del C. civil era este: "El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido".

artículo cuarto que "la jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación de esta Ley, incluso las que se relacionan con la validez de los matrimonios celebrados con arreglo a la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 101 y 103 del Código civil. Las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de esta Ley serán resueltas por los Tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a las cuales fueron contraídos. Las sentencias y demás resoluciones de los Tribunales eclesiásticos sobre lo que constituye el objeto de esta Ley no producirán efectos civiles" (1).

Así pues, en virtud de esta disposición, se atribuía a la jurisdicción civil, por segunda vez en la historia jurídica-española, la exclusiva competencia en la ordenación de la materia matrimonial.

El artículo segundo de la Ley de Divorcio establecía la posibilidad de obtener el divorcio "cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en la misma Ley, siempre con sujeción a lo que en ella se dispone" (2). Se recogían en este precepto dos posibilidades de divorcio: la disolución del vínculo por mutuo disenso o divorcio bilateral, y la ruptura vincular a instancia de uno solo de los cónyuges o divorcio unilateral. Para el primero no bastaba que los esposos estuvieran concordes en la disolución de su matrimonio sino que era necesario que ambos la instaran ante los Tribunales. Para el segundo, es decir, cuando la voluntad de divorcio lo fuera solo de uno de los esposos, podía pedirlo el interesado sobre la base de alguna de las causas enumeradas en el artículo tres de la misma Ley.

La distinción implícita que hacía el artículo dos entre di

(1). Ley de Matrimonio civil, artº.4º.

(2). Ley de Divorcio, artº.2.

divorcio por mutuo consentimiento y divorcio unilateral aparece por primera vez en la legislación de Constantino para regular esta materia. Antes de este emperador se había llegado a la completa libertad en los divorcios, fueran estos bilaterales o unilaterales. Aún con Constantino el divorcio bilateral continuó siendo lícito, en tanto que sometió a la restricción de las "justas causas de divorcio" el divorcio unilateral o querido por uno solo de los esposos, estableciendo sanciones patrimoniales para el cónyuge que incurriera en él sin justa causa.

Ahora las causas enumeradas en el artículo tres de la Ley de divorcio como legítimas únicamente eran base para el divorcio cuando faltando el acuerdo entre marido y mujer, uno de los dos quería pedirlo.

La diferencia esencial entre la concepción moderna del divorcio unilateral y la de Constantino es que en aquella cualquiera de las causas enumeradas servía de fundamento a la demanda, es decir, había de ser alegada a priori para que los Tribunales pudieran declarar la disolución del matrimonio, mientras que en la segunda el divorcio realizado sin una de aquellas causas no anulaba el acto sino que ponía en marcha el mecanismo sancionador.

El adulterio no cometido o facilitado por el cónyuge que lo alegara era la primera de las causas legítimas de divorcio unilateral que contemplaba la Ley. Venía a ser así el adulterio mas que delito perseguible por la vía penal, un motivo por el que el cónyuge que no consentía podía romper el vínculo matrimonial y recuperar su libertad (1).

-----  
 (1). El adulterio de la mujer casada y el amancebamiento del marido estaban penados como delitos por el artículo 620 del C. penal de 1.928. La reforma de la República de 1.932, lo hizo desaparecer, pero fué restablecido por Ley de 11 de mayo de 1.942, incorporándose los preceptos de ésta al C. penal de 1.944, artículos 449 a 452, dentro del cap. 6º, tít. 9º del libro II, el cual ha sido derogado por Ley de 26 de mayo de 1.978, por lo que actualmente tampoco tiene carácter de delito.

La bigamia a que se refiere la causa segunda se podía admitir como causa de divorcio "sin perjuicio de la acción de nulidad que podía ejercitar cualquiera de los cónyuges", fundada en la prohibición del artículo 51 del Código civil, pues éste determina que no surtirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviera casado legítimamente, en relación con el artículo 83, párrafo 5 del mismo cuerpo legal, que prohíbe el matrimonio a los que se hallaren unidos con vínculo matrimonial (1). Todo ello independientemente del delito de bigamia en que pueda incurrir quien intente un matrimonio sin estar disuelto otro anterior.

La causa tercera tenía una finalidad claramente tuitiva de la familia (2). El Código penal contempla como tipos delictivos la corrupción de menores y la prostitución, pero la causa de divorcio no era el delito mismo, sino que bastaba el simple intento o conato de uno de los cónyuges para que pudiera operar esta causa legítima de divorcio.

El abandono de los deberes que para con la familia tenían los cónyuges y el abandono culpable del otro durante un año eran las causas cuarta y quinta del artículo tres de la Ley. Aunque el enunciado pueda parecer general, ambas causas con-

-----  
 (1). Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de marzo de 1.951: "si existió un acto matrimonial que haya dado lugar al correspondiente asiento en el Registro civil, o pudiera considerarse por Derecho canónico como matrimonio ante testigos, el impedimento de vínculo simple impide pasar a nuevo matrimonio en tanto que los Tribunales no declaren nulo el supuesto matrimonio".

(2). Ley de Divorcio, artº., 3º-3º: La tentativa del marido para prostituir a su mujer, el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la concivencia en su corrupción o prostitución.

templian actitudes contrarias a la convivencia. En el primer supuesto, por abandono hay que entender la falta de asistencia que cada uno de los esposos debe prestar al resto de la familia en los aspectos económico y afectivo. En el segundo se trataba de los casos en que cualquiera de ellos dejara a bandonado al otro, marchándose del hogar con voluntad de interrumpir la convivencia (1).

En sexto lugar se mencionaba la ausencia, entendida ésta en el sentido técnico jurídico, es decir, la desaparición del cónyuge. Este motivo exigía la declaración judicial de ausencia, pues desde el momento de ella era cuando podía alegarse. Aunque la declaración podía solicitarse además del cónyuge, los parientes y el Ministerio Fiscal, hay que entender que para que sirviera de base al divorcio, había de ser solicitada por el cónyuge interesado (2).

La ausencia no se consideraba antes de la Ley de divorcio ni se considera ahora, como un factor resolutorio del matrimonio, pues éste sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, como señala el artículo 52 del Código civil.

La causa séptima acoge como motivo de divorcio los malos tratos inferidos a los miembros de la familia. Entre ellos podría incluirse el exceso en la corrección de los hijos, ya

-----  
 (1). Ley de Divorcio, art. 3.º-4.º: El desamparo de la familia sin justificación; y, 5.º: El abandono culpable del cónyuge durante un año.

(2). Ibid. art. 3.º-6.º: La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración, computada conforme al artículo 186 del C. civil.

Se refiere a la redacción del artículo anterior a la reforma del título 8.º del Código civil por la Ley 8 de septiembre de 1.939 (B.O. del Estado de 1.º de octubre) en el cual se determinaba que "la declaración judicial de ausencia, no surtirá efecto hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales".

que esto representa también una violencia física (1).

La violación grave de algunos deberes que impone el matrimonio era la causa octava de divorcio. Comprendía así mismo la conducta perturbadora de uno de los cónyuges que incidiera en la vida común haciéndola insoportable. Faltar a uno de los deberes matrimoniales es no consumar el marido o negarse la mujer a consumarlo. La ausencia de cópula carnal es una grave violación de aquellos, pero también podía serlo el faltar a la obligación de vivir juntos en condiciones tales que la falta pudiera encuadrarse en la causa quinta, o no guardarse fidelidad en supuestos distintos de los que contemplaba la causa primera, o no socorrerse mutuamente en los casos no incluíbles en la causa cuarta. Es decir: situaciones que sin revestir la gravedad exigida para la existencia de de aquellas causas de forma clara, perturbaran, sin embargo, - las relaciones maritales hasta el punto de hacer insoportable la comunidad de vida. Otras causas perturbadoras podían ser el juego, la embriaguez, la mala administración y otras análogas (2).

En la causa novena se reconocía el derecho de todo individuo a su integridad física, psíquica e incluso social. El contagio venéreo, que no es un hecho insólito, puede ser delictivo, puesto que daña a la persona del cónyuge contagiado y le produce un complejo de culpabilidad y una inhabilidad

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº. 3º-7º: El atentado de un cónyuge - contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquellos; los malos tratamientos de obra o de palabra.

(2). Ibid. artº. 3º-8º: La violación grave de algunos de los deberes que impone el matrimonio y la conducta de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación de las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común.

social. Este tipo de enfermedad, que estuvo bastante extendido en la época en que se promulgó la Ley y que después de una relativa recesión ha vuelto a hacer acto de presencia, podía haberse contraído existente el matrimonio, por contagio en relaciones sexuales habidas fuera de él, o haberse contraído antes, habiéndose ocultado su existencia al cónyuge sano.

En todo caso podía esta enfermedad ser causa de divorcio. La determinación de culpabilidad es difícil porque habría falta de determinar cuándo una contaminación había sido producida conscientemente, es decir, cuando el cónyuge enfermo ha inficionado al otro voluntariamente.

Es claro que en los casos en que el enfermo conoce la existencia de la enfermedad, si a pesar de ello mantiene relaciones con el sano, estando casados, o se casa en tales condiciones, comete, cuando menos, un delito de imprudencia grave. Puede ocurrir, no obstante, que el enfermo que se sometió a tratamiento se crea curado cuando en realidad no lo está, y esta creencia le lleva a conducirse como sano. Pero se podrá hablar de actuación culpable no solo en el caso de que el enfermo contagió al sano con el propósito de vengarse, sino también cuando los que habiendo estado enfermos se creen curados y contraen matrimonio, o mantienen relaciones con el otro, sin haber obtenido las suficientes garantías de su curación.

La Ley, acertadamente, no entraba en distinciones y el cónyuge sano que hubiera sido infectado por el otro, podía obtener el divorcio por esta causa (1)

-----  
 (1). Ley de Divorcio, art. 3º-9º: La enfermedad contagiosa y grave, de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.

En la causa décima se admitía el caso de impotencia prematura, de carácter permanente, sobrevenida después de celebrado el matrimonio, cualquiera que hubiera sido la causa de ella. La referencia había de entenderse hecha a la imposibilidad de realizar el coito, es decir, impotencia para tener acceso carnal, pero no a la impotencia para engendrar. Sin embargo, ésta debiera haber sido admitida también como motivo de divorcio cuando el deseo de uno de los cónyuges de tener hijos fuera tan imperioso como para que primara sobre un matrimonio estéril. En cambio la impotencia anterior al matrimonio no se contemplaba en la Ley porque tales casos tenían acogida en los procesos de nulidad (1).

Otro motivo de divorcio admitido por la causa once era el de la condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años. En estos casos, había de esperarse tres años desde que fuera firme la sentencia para que el cónyuge libre pudiera instar el divorcio (último párrafo del artículo 7 de la Ley) - (2). Igual plazo que en la separación consentida.

La separación de hecho libremente consentida era el motivo de la causa doce. En este aspecto, si la separación durante tres años había sido consentida por ambos esposos, la cuestión quedaba en realidad reconducida al divorcio por común acuerdo (3).

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº.3º-10º: La impotencia prematura de carácter permanente, cualquiera que sea su causa, sobrevenida después del matrimonio.

(2). Ibid.artº.3º-11º: La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años.

(3). Ibid.artº.3º-12º: La separación de hecho libremente consentida, durante tres años.

En último lugar, en la causa trece, citaba la Ley la enajenación mental de uno de los cónyuges. Esta había de ser de tal naturaleza que impidiera la convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que no fuera curable. Pero además de aquél requisito de gravedad e irreversibilidad, había de quedar garantizada la asistencia del demente, sin lo cual no se concedería el divorcio. Son obvias las razones humanitarias que inspiraron a los legisladores (1).

Culpabilidad. El artículo cuarto de la Ley incorporaba el principio de culpabilidad como se desprende de la redacción del mismo en el que se expresaba que "el divorcio mediante causa legítima sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente, cualquiera que sea su edad" (2).

En un proceso de divorcio no es fácil encontrar motivos de culpabilidad de alguno de los cónyuges. Es cierto que algunas de las causas enumeradas como fundamento del divorcio podrían contener elementos culposos, tales, el adulterio, la bigamia, el desamparo, el abandono de la familia, la ausencia, la violación grave de los deberes - que impone el matrimonio y la enfermedad contagiosa cuando no se infecta de propósito al otro. Otros podrían ser

(1). Ley de Divorcio, artº. 3º-13º: La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa si no queda asegurada la existencia del demente.

(2). Ibid. artº. 4º.: El divorcio mediante causa legítima solo puede ser pedido por el cónyuge inocente, cualquiera que sea su edad.

verdaderos actos dolosos: la tentativa de prostitución, el atentado contra la vida, el contagio venéreo con propósito de enfermar al otro. Y algunos, en fin, rechazan su inclusión en uno u otro tipo porque se producen sin la intervención de la voluntad, tales como la impotencia prematura, la condena y la enajenación mental.

No puede pensarse, pues, que la culpa guarde relación directa con las causas, sino que se introduce el concepto en cuanto determinante de las limitaciones que la propia Ley impone. Es más, cuando el artículo octavo habla de que la "sentencia declarará culpable cuando proceda, al cónyuge que hubiera dado causa al divorcio o a los dos en su caso" estaba admitiendo que era posible que uno de los cónyuges solicitara el divorcio pero no hubiera culpabilidad por parte del demandado, o que pudiera haberla por parte de ambos. En efecto, muchos de los casos calificables de culpables pueden tener su origen en el comportamiento del cónyuge que sufre el desamparo o la ausencia, o la violación grave de los deberes matrimoniales y de éstos derivarse el adulterio. No sería, en tal caso, equitativo aplicar criterios de culpa.

El artículo quince de la Ley disponía que "a falta de acuerdo quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueran culpables o no lo fuera ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas de divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cual de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil. Si la sentencia no hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso los hijos menores de cinco años". Se ve aquí una aplicación de los conceptos inocente y culpable que hacía la Ley: si había culpabilidad por parte de uno de los cónyuges los hijos no

le eran entregados cuando faltara el acuerdo. Y no es preciso recordar que en la generalidad de los casos, ya de divorcio, ya de simple separación, la cuestión de los hijos es la mas controvertida. Si no se hubieran insertado tales conceptos, habría operado en primer término el acuerdo de los esposos y a falta de éste, la decisión judicial, adoptada según las circunstancias de cada caso. Lo que aquí se llamaba inocencia o culpabilidad es la buena o mala fé del artículo 70 del Código civil. De todos modos, se reproducía, con ligeras variaciones, el contenido del párrafo segundo del artículo 73 de dicho Código, que en su redacción actual eleva a siete años la edad de los hijos que, en todo caso, salvo que al juzgarse se hubiera dispuesto otra cosa, tendría a su cuidado la madre (1).

Aún tenía otros efectos la culpabilidad, éstos ya de carácter económico. El artículo 26 de la Ley disponía, como sanción para el cónyuge culpable, la pérdida de todo lo que por donación le hubiera dado el inocente, y dejaba de percibir lo que éste u otra persona en su consideración, le hubiera prometido (2). Este artículo no aclaraba, por innecesario, que en el caso de inocencia o culpabilidad de ambos, cada uno conservaría lo recibido del otro. El artículo 27 de la misma Ley privaba al culpable del derecho de suceder ab in

-----  
 (1). Código civil, artículos 70 y 73. Estos fueron modificados por leyes de 24 de abril de 1.958 y 2 de mayo de 1.975 respectivamente.

(2). Ley de Divorcio, artº. 26: El cónyuge culpable pierde todo lo que le hubiera sido dado o prometido por el inocente o por otra persona, en consideración a éste, y el inocente conserva todo cuanto hubiese recibido del culpable; pudiendo además reclamar, desde luego, lo que éste le hubiese prometido, aunque tales beneficios se hubiesen estipulado con cláusula de reciprocidad.

testato a su antiguo consorte, de la cuota viudal usufructuaria del artículo 834 del Código civil, y de las ventajas que determinan los artículos 1.374 y 1.420 del mismo Código (1).

El artículo 28 de la Ley, por su lado, autorizaba al inocente a exigir del culpable una pensión alimenticia cuando

-----

(1). Ley de Divorcio, artº.27: El cónyuge declarado culpable de divorcio no sucede ab intestato a su ex consorte ni tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece el artículo 834 del Código civil, ni a las ventajas de los artículos 1.374 y 1.420 del mismo Código. Si al fallecer el causante estuviesen los cónyuges separados por demanda de divorcio se esperará en su caso al resultado del pleito.

El artículo 834 decía: El viudo o la viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado o lo estuviera por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho a una cuota, en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos o descendientes legítimos no mejorados. Si no quedaren más que un solo hijo o descendiente, el viudo o viuda tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora, conservando aquél la nuda propiedad, hasta que por fallecimiento del cónyuge superviviente, se consolide en él el dominio. Si estuviesen los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges hubiese mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.

La referencia de este artículo al divorcio era equívoca, pues no estaba hecha al vincular, que no era admitido, sino a la separación. La Ley de 24 de abril de 1.958 dió nueva redacción a este artículo, reduciéndolo prácticamente al primer párrafo y substituyendo "divorciado" por "separado" mas acorde con la realidad jurídica.

Si en el caso de divorcio vincular se producía la total liquidación de la sociedad conyugal, lo congruente sería que ninguno de los ex cónyuges tuviera derecho sucesorio de ningún tipo sobre los bienes del otro, existiera o no declaración de culpabilidad. El precepto habría tenido aplicación únicamente en los casos de separación previstos en la misma Ley y solo en tanto que ésta no se transformara en divorcio.

Los artículos 1.374 y 1.420 se refieren a la entrega del lecho cotidiano y efectos y ropas y vestidos de uso ordinario, en los casos de restitución de dote y disolución de la sociedad de gananciales, respectivamente.

careciera de bienes propios para su subsistencia (1).

La culpabilidad suponía, por lo tanto, o una pérdida de derechos, o una obligación económica. En este sentido es en el que hay que interpretarla.

La acción de divorcio se extinguía por muerte de cualquiera de los cónyuges (2). La muerte extingue la personalidad civil (3) y disuelve por sí misma el matrimonio (4). Aquella era de carácter personal y no transmisible a los herederos, aunque teniendo en cuenta que la declaración de culpabilidad privaba de suceder ab intestato a su ex consorte, los herederos podían continuar la tramitación de la demanda, porque la resolución del pleito podía afectar a sus intereses sucesorios.

La privación de derechos (5) como la interdicción civil, no dejaba desamparado al interdictado, a merced del otro cónyuge, que podía prevalerse de la situación y llevar una vida licenciosa, pues la Ley le reconocía la posibilidad, pese a su situación, de pedir por sí mismo el divorcio, alegando justa causa imputable al otro.

Ejercicio de la acción de Divorcio. El ejercicio de la ac

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº.28: El cónyuge inocente cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independiente de la que corresponda a los hijos que tenga a su cuidado. Si el divorcio se decretara por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges, ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso.

(2). Ibid.artº.5º.:La acción de divorcio se extingue por muerte de cualquiera de los cónyuges. Sus herederos podrán continuar la demanda o reconvección deducidas por el causante, a los efectos del artículo 27.

(3). Código civil.artº.32-1.

(4). Ibid.artº.52

(5). Ley de Divorcio, artº.6º: El cónyuge que esté sufriendo la pena de interdicción civil podrá pedir por sí mismo el divorcio, alegando justa causa.

ción de divorcio exigía la mayoría de edad de los esposos - (1). No se comprende bien por que se privaba de este derecho a los menores si con licencia (2) podían contraer matrimonio. A lo sumo podía haberse exigido la intervención del que la dió, pero no parece equitativo que se privara a aquellos de resolver en cuestión tan personal.

Los plazos para el ejercicio y la prescripción de la acción venían señalados en el artículo séptimo. No se podía ejercitar pasados seis meses desde que el cónyuge que la intentara tuviera conocimiento del hecho que la fundara, o cinco años desde que aquél tuvo lugar. Esta regulación general tenía estas excepciones: los casos de la causa primera -adulterio- cuyo plazo de prescripción eran diez años; en los de la causa séptima -atentado contra la vida- no prescribía, y en las causas cuarta, quinta, sexta, octava, doce y trece, que podía ejercitarse mientras subsistiera el hecho que la motivara.

En el caso de adulterio, por ejemplo, la mujer que no se enteraba del hecho hasta pasados diez años desde su comienzo, disponía de seis meses para ejercitar la acción; pero si conocía el hecho, no podía dejar pasar cinco años sin interponer demanda de divorcio.

Los plazos de prescripción no corrían mientras los cónyuges vivían separados, y si el cónyuge al que competía la acción hubiera sido requerido judicialmente por el otro para que reanudara la vida conyugal o interpusiera la demanda, la

-----  
 (1). Ley de Divorcio, Cap. II, artº. previo: Tienen capacidad para pedir el divorcio por motivos diversos los cónyuges - que sean mayores de edad.

(2). C. civil, artº. 45. Esta prohibido el matrimonio: 1º. Al menor de edad que no haya obtenido la licencia. (Este artículo recibió nueva redacción por la Ley de 24 de abril de 1.958. Vid. C. civil vigente)

la prescripción volvía a correr desde la fecha del requerimiento (1).

Como es lógico, la reconciliación ponía término al juicio de divorcio, y debía de ser comunicada al Juez que estaba entendiendo del caso. En este supuesto el matrimonio continuaba su existencia normal, como si no se hubiera intentado la disolución, pero en los casos en que la demanda se hubiera fundado en el mutuo disenso, la reconciliación impedía que se pudiera intentar de nuevo por la misma causa hasta que hubieran transcurrido dos años desde que aquella tuvo lugar. Por las causas legítimas del artículo tres de la Ley podía instarse nuevamente cualquiera que hubiera sido el tiempo transcurrido desde que se produjera la reconciliación (2).

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº.7º.: No se podrá ejercitar la acción pasados seis meses desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda, o cinco años desde que el hecho se realizó, salvo los casos de adulterio, en los que el plazo de la prescripción se fija en diez años y los atentos de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquellos, que no prescribirán. Cuando se funde en alguna de las causas 4ª, 5ª, 6ª, 8ª, 12 y 13, podrá ejercitarse la acción mientras subsista el estado de hecho que la motiva.

Los plazos de prescripción a que se refiere el párrafo anterior no corren mientras los cónyuges vivan separados. Si el cónyuge a quien corresponde la acción de divorcio fuere requerido judicialmente por el otro para que restablezca la comunidad de vida o interponga la demanda, volverán a correr los plazos desde la fecha en que el requerimiento se verifique.

Cuando se funde en la causa número once será necesario que hayan transcurrido tres años desde la condena.

(2). Ibid. artº.9º.: La reconciliación pone término al juicio de divorcio. Los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del Juez que entienda en el litigio. Cuando la solicitud de divorcio estuviese fundada en el mutuo disenso de los cónyuges, la reconciliación impedirá que vuelvan a intentarlo sin justa causa hasta después de transcurridos dos años.

La limitación que establecía el artículo noveno respondía a la conveniencia de evitar que por frivolidad, algunos cónyuges intentaran el divorcio y se reconciliaran como si el matrimonio fuera un juego.

Efectos del divorcio en cuanto a los cónyuges. La sentencia firme de divorcio disolvía el matrimonio y ofrecía la posibilidad de que los antiguos esposos pudieran contraer nupcias nuevamente. Sin embargo, esta libertad tenía ciertas limitaciones. El declarado culpable estaba obligado a esperar un año desde que la sentencia hubiera sido firme. El declarado inocente podía contraer otro matrimonio inmediatamente después del divorcio, aunque para la mujer existía la limitación de tener que esperar a que transcurrieran trescientos-un días desde la diligencia de separación, para evitar, si hubiera quedado embarazada, la confusión de la paternidad - la turbatio sanguinis de los romanos. En este caso, la ley remitía expresamente al artículo 45-2º del Código civil. Como es natural, la limitación no tenía lugar si el divorcio se fundaba en el mutuo disenso o había sido basado en el abandono culpable durante un año, la ausencia del cónyuge durante dos años, la impotencia permanente o la separación libremente consentida durante tres años, pues en tales casos, por la ausencia de cópula entre los casados, no puede haber confusión de paternidad. Es de resaltar que el plazo señalado

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº.10º.: Por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, aunque el culpable solo podrá contraerlo transcurrido un año desde que la sentencia fué firme. La mujer sin embargo, quedará sujeta a la prohibición del número 2º del artículo 45 del Código civil, debiendo empezar a contarse el plazo de los trescientos un días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya declarado en virtud de alguna de las causas 5ª, 6ª, 10ª o 12ª o por el mutuo disenso.

a la mujer como espera, se contaba desde la diligencia de separación y no desde la firmeza de la sentencia de divorcio, por lo que a partir de ésta, el plazo era menor, ya que corría el tiempo durante el cual se substanciaba el pleito.

Puede parecer extraño que la Ley no impusiera espera a la mujer en el caso de divorcio por mútuo disenso. Sin embargo, ello no tiene nada de particular, puesto que si es tuviera encinta, sería difícil que los esposos convinie- ran en el divorcio o, en el caso de hacerlo, el cónyuge in- teresado tomaría las medidas necesarias para conservar la paternidad, salvo que voluntaria y conscientemente, renun- ciara a ella, o no le compitiera, como podría ser el caso de que el hijo fuera de otro hombre y no interesara recu- rrir al divorcio por adulterio.

Como la opinión es mudable, autorizaba la Ley a que pu- dieran casarse entre si de nuevo los cónyuges divorcia- dos, en cualquier tiempo. Se excluía a los que por dos ve- ces hubieran sido declarados culpables de prostituir a la mujer o de conato de corromper a los hijos ó de pros- tituir a las hijas (1).

Efectos del divorcio en cuanto a los hijos. Los hijos han sido siempre el pretexto de los anti divorcistas pa-  
ra oponerse cerradamente a la admisión de esta institu-  
-----

(1). Ley de Divorcio, artº.11º. Los cónyuges divorciados que no hubiesen celebrado otras nupcias podrán contraer matrimonio entre si en cualquier tiempo. Se prohíbe con- traer nuevo matrimonio a los declarados culpables dos ve- ces por la causa 3ª ( del artículo 3º)

ción en nuestra Patria. Sin embargo, la Ley los tiene en cuenta y se preocupa de dotarles de la protección y asistencia precisas. Por ello la disolución del matrimonio no eximía a los padres de obligaciones para con ellos(1).

Se dejaba al arbitrio judicial determinar la forma en que el cónyuge que no los conservaba en su poder debía de cumplirlas. En los casos en que el obligado tuviera bienes inmuebles, había de garantizar sus obligaciones con una hipoteca sobre ellos y si careciera de aquellos o no fueran suficientes, quedaba a la discreción del Juez proveer lo necesario para la garantía (2). Además de esta protección, los hijos conservaban todas las ventajas que les otorgaban las leyes, o las que pudieran haberles concedido los padres u otras personas, si bien habían de ejercitarse en los mismos casos en que pudieran haberlo hecho de no haber habido divorcio. El divorcio, pues, ni ampliaba ni restringía ventajas; se les conservaban las que tuvieran (3).

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº.12: La disolución del matrimonio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos. El juez fijará la forma en que el padre o madre que no los conserve en su poder deberá contribuir al cumplimiento de aquellas. Son aplicables a este supuesto las disposiciones del artículo 31.

(2). Ibid.artº.31: El alimentista puede exigir la constitución de hipoteca especial sobre los bienes inmuebles del obligado a dar alimentos, suficiente a garantizar el cumplimiento de la obligación. Si el obligado careciese de bienes propios en que constituir la hipoteca o fueran insuficientes, el juez determinará, según las circunstancias, las garantías que haya de prestar.

(3). Ibid.artº.13º: Los hijos conservan todos los derechos y ventajas que les están asegurados por las leyes, por sus padres o por otras personas; pero no podrán ejercitarlos sino en los mismos casos en que podrían hacerlo, de no haber mediado el divorcio.

Para la custodia de los menores de edad, el artículo catorce de la Ley daba preferencia al acuerdo establecido por los padres y aprobado por el Juez, aunque esto sólo se admitía en los divorcios fundados en el común-disenso y en las causas legítimas de adulterio, bigamia, enfermedad, impotencia, condena de privación de libertad y separación de hecho. No se admitía cuando el divorcio se fundara en tentativa de prostitución o corrupción de la mujer o de los hijos, el desamparo de la familia, el abandono culpable, la ausencia, el atentado a la vida del cónyuge o de los hijos o por faltar a los deberes propios del matrimonio, ya que representaba un peligro evidente que los hijos estuvieran a cargo del cónyuge culpable. Tampoco se admitía el convenio cuando el divorcio se hubiera fundado en la existencia de enfermedad mental, pues ello implicaba una imposibilidad evidente (1).

Si no se hubiera convenido nada entre los padres, en los supuestos en que tal cosa era posible, los hijos se ponían al cuidado del cónyuge inocente, y si eran culpables ambos o no lo era ninguno, el Juez determinaba en la sentencia, atendida la conveniencia de los hijos, en poder de cual debían de quedar o si les nombraba tutor.

De no haber dispuesto otra cosa la sentencia, los menores de cinco años quedaban siempre al cuidado de la-

---

(1). Ley de Divorcio, artº.14: Disuelto el matrimonio por cualquiera de las causas primera, segunda, novena, décima, undécima y duodécima o por el mutuo disenso, podrán los cónyuges acordar en poder de cuál de ellos han de quedar los hijos comunes, menores de edad. Este acuerdo necesitará la aprobación del Juez.

madre (1).

El régimen en cuanto a los hijos podía ser modificado si alguna causa grave, o la salud, la educación o la administración de sus bienes lo aconsejaba, con lo que se salía al paso de que una madre disoluta o un mal padre pudieran estar, paradójicamente, encargados de la custodia o educación de los hijos (2).

La patria potestad era atribuida al cónyuge en cuyo poder quedaban los hijos. El que no los tenía en su poder conservaba el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determinaba el Juez, que tenía que garantizar este derecho. Sin embargo, no podía representarlos ni usufructuar sus bienes. La Ley introducía una innovación en el ordenamiento jurídico. El artículo 154 del Código civil atribuye la potestad al padre y en su defecto a la madre. El artículo 70 del mismo Código, sobre ejecutoria de nulidad, no habla de privación de la potestad, indicando que los hijos varones mayores de tres años (hoy siete) quedaban al cuidado del padre y las hijas al de la madre, si de parte de ambos hubo buena fé. El artículo 73 del citado Código, sobre ejecutoria de se-

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº.15: A falta de acuerdo quedarán los hijos en poder del cónyuge inicante. Si ambos fueran culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil. Si la sentencia no hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso los hijos menores de cinco años.

(2). Ibiid. artº.16: El régimen establecido conforme a los dos artículos anteriores podrá ser modificado en virtud de causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos.

paración, otorga la potestad y protección de los hijos al cónyuge inocente. La innovación a que se ha hecho referencia, consiste en que siendo el divorcio un acto que rompe el vínculo, produce, en el caso de la patria potestad - los mismos efectos que la separación, la cual no daba lugar a la extinción del mismo (1).

El cónyuge que había sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad los recobraba a la muerte del otro cónyuge si no había sido declarado culpable de la tentativa de prostitución, desamparo de la familia o atentado contra la vida de los hijos comunes (2).

El que el cónyuge divorciado que tenía la guarda de los hijos contrajera matrimonio, no afectaba al ejercicio de la patria potestad que le fué atribuída (3).

-----  
(1). Vid. artículos 70, 73 y 154 del Código civil.

(2). Ley de Divorcio, artº.17: El cónyuge que hubiese sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad, los recobrará a la muerte del otro cónyuge, excepto si hubiera sido declarado culpable del divorcio fundado en las causas tercera, cuarta o en el atentado contra la vida de los hijos del matrimonio. En estos casos podrá recobrarla mediante declaración judicial. (Esta disposición debería haberse insertado despues de la norma que otorga la patria potestad al cónyuge en cuyo poder quedaban los hijos).

(3). Ibid. artº.19: El hecho de contraer segundas nupcias el cónyuge divorciado, en cuya guarda hubiesen quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, no será por si solo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole. Esto no obstante, el juez podrá determinar lo contrario a virtud de instancia de parte y cuando a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge binubo sobrevengan motivos que racionalmente justifiquen esta resolución. En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuese contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre binubos perderá la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda.

En cuanto a la legitimidad de los hijos, como el Código civil presume legítimos a los nacidos antes de los trescientos días siguientes a la disolución de matrimonio o a la separación, la Ley determinaba que el momento a partir del cual había de contarse este plazo era el de la diligencia judicial de separación de los cónyuges (1).

De los efectos del divorcio en cuanto a los bienes del matrimonio. La disolución del vínculo llevaba aparejada, lógicamente, la disolución de la sociedad conyugal (2), por lo que desde el momento de la firmeza de la sentencia, cada uno de ellos podía exigir la liquidación y separación de sus bienes y de la comunidad conyugal, adquiriendo la libre disposición de los propios y la de la porción que le correspondía de los bienes gananciales (3). Consecuentemente, la sentencia de divorcio había de anotarse, en cuanto a los derechos reales e inmuebles, en el Registro de la Propiedad, y cuando fuera procedente, en el Registro Mercantil, para proporcionar la correspondiente publicidad (4).

-----  
(1). Código civil, artículo 108.

(2). Ley de Divorcio, artº.21: La sociedad conyugal queda disuelta por la sentencia firme de divorcio, en virtud de la cual cada uno de los cónyuges puede exigir la liquidación y separación de sus bienes.

(3). Ibid. artº.22: Tanto el marido como la mujer adquieren la libre disposición y administración de sus bienes y los que por liquidación de la sociedad conyugal se les adjudique.

(4). Ibid. artº.23: La demanda de divorcio y la sentencia firme en que se decreta se deberán anotar o inscribir, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda en cuanto a los bienes inmuebles y derechos reales, pertenecientes a la sociedad conyugal. También se anotará la demanda y se inscribirá la sentencia en el Registro Mercantil en los casos que proceda.

Si los divorciados contraían nuevo matrimonio entre sí, los bienes volvían a regirse por las reglas anteriores a la separación, sin perjuicio de lo hecho mientras los patrimonios estuvieron separados. De todas maneras, se imponía en tales casos la obligación de que antes de contraer nuevo matrimonio determinaran notarialmente - los bienes que aportaban nuevamente los contrayentes, - los cuales constituían el capital propio de cada uno, - que se reputaban siempre nueva aportación aunque total o parcialmente fueran los mismos que había antes de la disolución y liquidación practicadas por causa del divorcio (1).

El divorcio no autorizaba a los cónyuges para ejercer los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos, pero ocurrido el óbito, podían reclamarlos, salvo si habían sido declarados culpables (2).

-----  
(1): Ley de Divorcio, artº.24: Cuando los cónyuges divorciados contrajeran nuevo matrimonio entre sí volverán a regirse los bienes por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ella se hubiese ejecutado legalmente. Antes de contraer el segundo matrimonio harán constar los contrayentes, por escritura pública, los bienes que nuevamente aportaren, y éstos serán los que constituyan, respectivamente, el capital propio de cada uno. En el caso de este artículo se reputará siempre nueva aportación, la de todos los bienes, aunque en todo o en parte sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de divorcio.

(2). Ibid.artº.25: El divorcio no autoriza a los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos, pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquél caso salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

De los alimentos. El cónyuge culpable venía obligado a prestar alimentos al inocente si éste carecía de medios (1). Tales alimentos eran diferentes de los que había de prestar se a los hijos que el alimentista tuviera a su cargo. Si los dos fueran inocentes, la posibilidad de exigirse alimentos era recíproca. Claro es que este derecho solo podría hacerse efectivo cuando hubiera bienes o medios económicos, porque de otro modo la exigencia es inoperante. El derecho a la percepción se extinguía por los siguientes motivos: 1º, por la muerte del alimentista; 2º, por contraer éste nuevo matrimonio y, 3º, por vivir en concubinato. Al redactarse esto se pensó esencialmente en la mujer, pero tales supuestos podrían extenderse también al hombre. Si la mujer se casaba de nuevo, o vivía en concubinato con otro varón, se creaba una relación dentro de la cual se presumía que había de encontrar solución el problema del mantenimiento y por lo tanto ya no necesitaría ayuda de quién venía obligado a hacerlo por imperativo legal. Aparte de estas consideraciones, aún cabrían otras sobre los posibles abusos que podrían darse en el caso de que la obligación no cesara por una de aquellas dos razones.

La obligación alimentaria se transmitía a los herederos de quién había de prestarlos, quedando a salvo siempre la legítima cuando fueran forzosos, lo que significaba que la obligación afectaba a los tercios de mejora y libre disposición (2). La previsión del artículo treinta de la Ley de que los alimentos aumentarían o disminuirían según las necesidades del alimentista, en lo que se refería a la primera parte

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº. 28, cit.

(2). Ibid. artº. 29.: El derecho a los alimentos cesará por la muerte del alimentista, por contraer éste nuevo matrimonio o vivir en concubinato. La obligación del que haya de prestarlos se transmite a sus herederos, dejando a salvo la legítima cuando sean herederos forzosos.

no dejaba de ser una declaración de buenas intenciones, porque para que tuviera efectividad era necesario que el obligado se encontrara en condiciones de hacer frente a las exigencias (1). En este aspecto, la plenitud de igualdad de los cónyuges pasa necesariamente por la emancipación económica de ellos, particularmente la de la mujer, que en la generalidad de los casos estará siempre en la imposibilidad de hacer efectivos los derechos económicos de una ley de divorcio.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, el alimentista podía compeler al obligado a constituir hipoteca de sus bienes a su favor, para cubrirse de la posible mala fé de éste. A esta garantía podía añadir el juez, discrecionalmente, otras (2).

No era infrecuente, como no lo es ahora, que el cónyuge obligado a alimentar a la esposa y a los hijos incumplía la obligación. Para prevenir tal situación, la Ley prevenía una pena de tres meses a un año de prisión o multa de quinientas a diez mil pesetas para el obligado, cuando durante tres meses consecutivos, con mala fe, dejaba de hacer las aportaciones a que venía obligado, tanto si se trataba de los del cónyuge como de la de los descendientes, sancionándose, en todo caso, con la pena de prisión si

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº.30: Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la situación económica del cónyuge obligado a satisfacerlos.

(2). Ibid. artº.31: El alimentista puede exigir la constitución de hipoteca especial sobre los bienes inmuebles del obligado a dar alimentos, suficiente a garantizar el cumplimiento de la obligación. Si el obligado careciese de bienes propios en que constituir hipoteca o fueran insuficientes, el juez determinará, según las circunstancias, las garantías que ha de prestar.

había reincidencia (1).

Supletoriamente a lo previsto en esta materia, la Ley hacía una remisión expresa al título IV, libro 1º del Código civil "de los alimentos" (2).

De la separación de personas y bienes. Curiosamente, - la tan denostada por los sectores mas conservadores Ley de Divorcio incluía un apartado que permitía la separación de personas y bienes, contemplada en el Código civil como separación de lecho, mesa y habitación, que no suponía ruptura del vínculo, con lo que las personas adictas a las normas canónicas de la Iglesia podían remediar con aquella el infortunio de su vida matrimonial.

Por ello, el artículo 34 autorizaba a pedir "la separación de personas y bienes sin rotura del vínculo: 1º por consentimiento mutuo; 2º por las mismas causas que el divorcio; 3º cuando la diferencia de mentalidad o costumbre de los cónyuges u otra causa análoga, que no implicara culpabilidad de uno de ellos, produjera honda perturbación en las relaciones matrimoniales (3).

Los dos primeros motivos estaban basados en el mismo

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº.32: El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio, judicialmente aprobado o de resolución judicial, y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas. La reincidencia se castigará en todo caso con pena de prisión.

(2). Código civil, artículos 142 a 153. Artº.33 de la Ley.

(3). Ley de Divorcio, artº.34: Se puede pedir la separación de personas y bienes sin rotura del vínculo: 1. Por consentimiento mutuo; 2, por las mismas causas que el divorcio; 3, cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres o mentalidad entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos. En este caso podrá pedir la separación cualquiera de los cónyuges.

criterio que los del divorcio, pero el tercero comprendía causas que eran mas bien privativas de la separación. El ejercicio de la acción de separación se acomodaba al de la acción de divorcio regulada en los artículos siete, ocho y nueve de la Ley, y correspondía al cónyuge inocente optar entre ambas acciones (1).

Pero como se ha señalado, los efectos de la separación (2) en cuanto a los casados, solo producía la suspensión de la vida común y no posibilitaba nuevo matrimonio por lo mismo que persistía el vínculo. El resto de los efectos de ella eran los señalados para el divorcio en los artículos 10 al 33 de la Ley.

Esta separación podía convertirse en divorcio cuando existiendo sentencia firme de aquella, los cónyuges, de común acuerdo, lo pidieran transcurridos dos años, o transcurridos tres años a petición de cualquiera de ellos (3)

Podían pedir la separación de los incapacitados, sordomudos y locos su tutor con autorización del Consejo de familia. Esta separación podía convertirse en divorcio a petición del cónyuge sano transcurridos tres años

-----  
(1). Ley de Divorcio, artº.35: El ejercicio de la acción de separación esta sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo II de esta Ley. Corresponde al cónyuge inocente optar entre ambas acciones.

(2). Ibid, artº.36: La separación sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados. En cuanto a los bienes del matrimonio, a la guarda de los hijos y a los alimentos, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de esta ley.

(3). Ibid, artº.37: Se dictará sentencia de divorcio a petición de los dos cónyuges, transcurridos dos años a contar desde la fecha de la sentencia de separación y a petición de cualquiera de ellos cuando hubiesen transcurrido tres años.

desde la sentencia firme de separación (1).

Procedimiento. La competencia objetiva en las causas de separación y divorcio estaba atribuida al Juez de Primera instancia. El fuero territorial era el del domicilio conyugal, si lo había, o el lugar donde se encontrara el demandado, o su última residencia si no tuviera domicilio fijo. Aunque la Ley no lo dijera, la duplicidad de domicilios quedaría excluida por aplicación de la norma del artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil (2). La competencia era examinada de oficio por el propio juez y no se admitía modificación de ella por las partes (3).

Una vez que la demanda había sido admitida, tanto en los casos de separación como de divorcio, mientras duraba la substanciación del pleito la mujer recuperaba su capacidad para regir su persona y bienes aunque para la enajenación de éstos o su gravamen necesitaba la autorización judicial que le era otorgada si había justificado previamente la necesidad y utilidad del acto. Con--

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº.38: Por los inhabilitados, a tenor del artículo 213 del Código civil, podrá pedir la separación su tutor, con la autorización del consejo de familia. Esta separación no podrá motivar la sentencia de divorcio a que se refiere el artículo 37, sino transcurridos tres años y a petición del cónyuge capaz.

(2). Ley de Enjuiciamiento civil, artº.64: El domicilio de las mujeres casadas que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan.

(3). Ley de Divorcio, artº.40: El Juez examinará de oficio su propia competencia. Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo establecido en el artículo anterior. El artº. 39 disponía que será juez competente para conocer en las causas de separación y divorcio el de Primera instancia del lugar del domicilio conyugal. Los que no tuvieran domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de la última residencia, a elección del demandante.)

servaba el marido la administración de la sociedad conyugal, pero no podía hacer tampoco actos de enajenación o gravamen sobre ellos sin contar con la conformidad de la esposa o, en defecto de esta, la autorización judicial.

En el terreno personal, el Juez adoptaba, durante la substanciación del pleito, las medidas de separación de los cónyuges en todo caso, señalando domicilio a la mujer. Se abandonaba ya entonces la expresión "depósito" con que se designaba el acto judicial de librar a la mujer del domicilio conyugal. Hasta el 24 de abril de 1958 no se suprimió aquella del título IV del libro III de la Ley de enjuiciamiento civil.

Los hijos comunes hasta los cinco años se ponían al cuidado de la madre y los mayores de esta edad al cuidado del padre, aunque era posible que el Juez modificara esta norma general si había un acuerdo de los cónyuges en otro sentido o la autoridad judicial estimaba la existencia de justa causa que lo aconsejara. Se señalaban alimentos a la mujer, cuando procedía, y a los hijos en todo caso, si quedaban bajo la guarda de la madre y se proveía lo necesario para impedir que el marido pudiera perjudicar a la mujer en la administración de sus bienes o de los de la comunidad conyugal. Todo ello se tramitaba en piezas separadas como incidentes. Estas medidas eran análogas a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil para los casos de separación previstos hasta aquél momento por el Código civil, si bien la Ley incorporaba la novedad de las medidas de seguridad en relación con los bienes. La diligencia de separación de los cónyuges que se producía con la designación de domicilio a la esposa, marcaba el comienzo del plazo a que se refería el artículo 20 de la Ley, en relación con el 108 del Código civil, sobre la legitimidad de los hi-

jos , y a la espera que imponía a la esposa el artículo diez de la misma Ley, en relación con el artículo 45-2º del mismo Código (1).

De la defensa por pobre, que está reconocida en la Ley de Enjuiciamiento civil, se ocupaba el artículo 42, disponiendo que se substanciaría como incidente, sin que pudiera detener el curso de los autos principales, los cuales se tramitaban, provisionalmente, sin exacción de derechos (2).

Del procedimiento de divorcio por causa justa y de la separación. Este tipo de juicios se substanciaba por el procedimiento del juicio ordinario de menor cuantía, con la modificación de que no era preciso el acto previo de conciliación, y la ampliación del plazo para comparecer el demandado

-----

(1). Ley de Divorcio, artº.41.: Interpuesta y admitida la demanda de separación o divorcio, adoptará el Juez mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: 1º, separar a los cónyuges en todo caso; 2º, Señalar domicilio a la mujer; 3º, poner los hijos de cinco años al cuidado de la madre; los mayores de esta edad, al cuidado del padre. El Juez podrá sin embargo, proceder de modo distinto en virtud de causa justa o por acuerdo de los cónyuges , ratificado a presencia judicial 4º, Señalar alimentos a la mujer cuando proceda y a los hijos que no queden en poder del padre; 5º, dictar las medidas necesarias para evitar que el marido perjudique a la mujer en la administración de sus bienes, si le correspondiese, o en la de los bienes de la sociedad conyugal. Para la ejecución de estas disposiciones y para substanciar las cuestiones e incidencias, se formarán piezas separadas.

(2). Ibid.artº.42: Cuando se solicite la defensa por pobre tanto por el actor como por el demandado, se substanciará este incidente en pieza separada, sin detener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos.

(Es evidente la intención de este precepto, de impedir que cualquiera de los cónyuges pudiera obstaculizar o retrasar la marcha del pleito, y de que la posible falta de medios se convirtiera en un obstáculo)

en el pleito y contestar la demanda, que se fijaba en veinte días (1).

Esta materia -nulidad y separación- se tramitaba antes de la Ley -y se tramita despues de su abrogación- por los cauces del juicio ordinario de mayor cuantía, regulado en los artículo 483 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil. La modificación obedeció a que el juicio de menor cuantía, por no ser ni escrito ni oral en su totalidad, permite una mayor inmediación de las partes y del Tribunal. El emplazamiento se hacía por la copia de la demanda.

La Ley ampliaba también los plazos para comparecer y contestar la demanda. El juicio de mayor cuantía ofrece una dualidad de plazos -nueve días para comparecer y veinte para contestar- mientras que en el de menor cuantía el término de nueve días es único para comparecer y contestar.

En cuanto a la posible ampliación de los plazos, la Ley señalaba. Si es cierto que la Ley de Enjuiciamiento civil es taxativa al determinar un plazo común, la práctica, en cambio, ha interpretado que es improrrogable el de comparecer, pero prorrogable el de contestar, por lo que se ofrecía la posibilidad de que si el demandado comparecía en tiempo podía obtener, si la solicitaba, una ampliación para contestar, prórroga que se le debía de conceder siempre sin exceder

-----  
(1). Ley de Divorcio, artº.43.: Las demandas de separación y de divorcio se substanciarán por los trámites procesales - que se fijan en el capítulo III del libro II, título II de la Ley de Enjuiciamiento civil, salvo las modificaciones que se establezcan en esta Ley. Para interponer la demanda no será necesario intentar previamente el acto de conciliación. El plazo para comparecer y contestar la demanda y proponer, en su caso, la reconvencción, será de veinte días.

de la mitad de aquél, por lo que podía contarse con un plazo total de treinta días, tiempo que daba margen suficiente para preparar correctamente el pleito.

A la demanda, que había de formularse de acuerdo con la norma del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil (1), había de acompañarse necesariamente el documento que justificase el domicilio conyugal, o la residencia, en su caso, para que pudiera determinarse la competencia (2).

El Ministerio Fiscal era parte en todas las incidencias cuando existían menores o ausentes incapacitados, sin perjuicio de que se les nombrara defensor que los representara (3).

La postulación procesal había de hacerse mediante Procurador de los Tribunales y estar dirigida por Abogado, norma necesaria por dos razones: la primera, porque la actuación de profesionales que no sea la personal de los propios interesados, evita los inconvenientes de los actos pasionales de éstos en el órgano jurisdiccional; la segunda, porque la intervención de aquellos proporciona las debidas garantías de la

-----

(1). Ley de Enjuiciamiento civil, artº. 524.: El juicio ordinario principiará por demanda en la cual, expuestos sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, se fijará con claridad y precisión lo que se pida, y la persona contra quien se propone la demanda. También se expresará la clase de acción que se ejercite cuando por ella haya de determinarse la competencia.

(2). Ley de Divorcio, artº. 44.: Entre los documentos que deben acompañar a la demanda figurarán los que justifiquen el domicilio conyugal o en su caso, la residencia.

(3). Ibid. artº. 45.: El Ministerio Fiscal será parte en el juicio principal y en todas las incidencias que puedan presentarse, cuando existan menores o ausentes incapacitados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil. (Este en su primer párrafo dice que "siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él).

correcta dirección del asunto. Además, puesto que quien no tuviera medios económicos podía pedir el nombramiento de representante y de Abogado de oficio, se evitaba una posible desigualdad del litigante menos poderoso frente al más fuerte (1).

La reconvencción o contrademanda tenía que hacerse al mismo tiempo y en el mismo escrito en que se hiciera la contestación a la demanda. Como motivos de reconvencción solo podían aducirse los comprendidos en el artículo tercero de la Ley -las causas legítimas de divorcio- y la demanda había de contestarse en el plazo improrrogable de diez días, plazo que resultaba ampliado en relación con el que señalaba para este trámite el juicio de menor cuantía, que era solamente de cuatro días (2).

Otras características especiales de este juicio de divorcio eran que la confesión judicial y el allanamiento no podían ser fundamento de una sentencia condenatoria. Si en el proceso ordinario el reconocimiento o conformidad del demandado con la pretensión del demandante producía la extinción de la relación procesal, en el juicio de divorcio era necesaria la cognición oficial plena para la sentencia que procediera (3).

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº.46.: Las partes deberán comparecer asistidas de procurador que las represente y abogado - que las dirija. La demanda se redactará según las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil.

(2). Ibid.artº.47.: Si se hubiera formulado reconvencción el actor contestará dentro del plazo improrrogable de diez días. No se admitirá reconvencción que no estuviera fundada en alguna de las causas establecidas en el artículo tercero.

(3). Ibid.artº.48.: La confesión y el allanamiento a la demanda no bastarán por sí solos para fundamentar una sentencia condenatoria. Los parientes y domésticos de los esposos pueden ser oídos como testigos.

Era así mismo una especialidad el hecho de que se admitiera el testimonio de los parientes o criados, los cuales podían ser tachados al amparo de los números 1º y 2º del artículo 660 de la ley de Enjuiciamiento civil. La admisión expresa de tales testigos obedecía a que se pensaba que eran las personas más indicadas para testimoniar sobre la vida de los cónyuges, la cual pueden conocer de forma más directa por la convivencia.

El pleito se recibía a prueba por término de diez días dentro del cual había de proponerse toda y practicarse en el término de veinte días, ambos plazo improrrogables.

Si las partes renunciaban expresamente a este trámite se procedía al envío de los autos a la Audiencia sin más trámite (1). Pero si se hubiera abierto el trámite, el juez dentro de los diez días siguientes hacía un resumen razonado de las practicadas y un informe sobre la cuestión de derecho, y elevaba todo ello a la Audiencia (2). Este informe del Órgano judicial sustituía a la vista oral - que después de la prueba tiene lugar en el juicio ordinario de menor cuantía, a tenor del artículo 701 de la ley de Enjuiciamiento civil, por lo que representaba una modificación las de las leyes sustantivas y procesales ordinarias por la especial de divorcio. Ello obedecía a que la decisión o sentencia era pronunciada por un Órgano colegiado superior, que era la Audiencia, en lugar de serlo por el mismo juez que intervino en el pleito, que asumía aquí el papel de instructor del asunto.

-----  
 (1). Ley de divorcio, artº. adicional al artículo 48.

(2). Ibid. artº. 49. Cerrado el periodo de prueba, procederá el juez dentro de los diez días siguientes a hacer un resumen razonado de las practicadas y un informe sobre la cuestión de derecho.

Recibido el pleito en la Audiencia y transcurrido el término del emplazamiento hecho a las partes, se presentaran o no, el Secretario hacía un extracto de los hechos, alegaciones y pruebas, en el plazo improrrogable de diez días; se ponía éste de manifiesto con los autos por término de cinco días, también improrrogables, a cada una de las partes, para instrucción y por otro término igual y para lo mismo se pasaban al magistrado ponente, quien ya instruido proveía declarando concluso el pleito, citándose a las partes para sentencia y señalando la vista para los diez días siguientes. Estas vistas gozaban de preferencia sobre las de otros asuntos aunque estos hubieran estado conclusos antes. El día anterior a la vista había de serles entregado a cada uno de los magistrados del tribunal una copia del extracto hecho por el Secretario (1).

Si la moral o el decoro lo exigían, de oficio o a instancia de parte podía disponer el órgano jurisdiccional que la vista de la causa de separación o divorcio se celebrase a puerta cerrada. La sentencia había de ser dictada en el plazo de cinco días (2).

Pronunciada la sentencia, podía ser apelada ante el Tribunal Supremo. La clase del recurso era el de revisión por : incompetencia de jurisdicción; violación de las formalidades esenciales del juicio que causaran indefensión, o injusticia notoria. El trámite se hacía presentando escrito de apelación ante la Sala que hubiera dictado la sentencia, en el plazo improrrogable de diez días desde la fecha de su notificación personal a las -

(1). Ley de Divorcio, artº.50.

(2). Ibid.artº. 51 y 52.

partes, las cuales eran nuevamente emplazadas ante el Tribunal Supremo, una vez que éste había recibido los autos desde el Tribunal inferior, por término de diez días si la causa provenía de la Península, de quince si de Baleares y de veinte si de las Islas Canarias. Recibidos los autos y perseguido en forma el recurrente, se instruía a las partes y al ponente y se señalaba vista para el mes siguiente, y una vez celebrada aquella se dictaba sentencia en el término de diez días (1).

El juez tenía facultades para dictar en cualquier situación del pleito, provisionalmente, aquellas medidas referentes a la determinación del domicilio de la mujer, señalamiento de alimentos, custodia de los hijos y otras análogas que por la urgencia no pudieran esperar a la terminación del pleito, para evitar los posibles trastornos de todo tipo que una larga espera pudiera deparar (2).

Podía ocurrir que la parte demandante fundara su petición de divorcio en una sentencia firme en los casos de adulterio, bigamia, atentado contra la vida del otro o condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años. En estos supuestos era suficiente acompañar la demanda con una copia fehaciente de tal sentencia, de la cual el juez daba traslado al demandado y si éste no reconvenía o alegaba excepción bastante para oponerse a la acción, previa audiencia del Ministerio Fiscal citaba el Juez, sin más, para sentencia ante la Audiencia, lo que significaba que la sentencia firme de los Tribunales era suficiente para determinar un divorcio en tales casos (3).

-----  
(1). Ley de Divorcio, artº. 53.

(2). Ibid. artº. 54.

(3). Ibid. artº. 55.

En los supuestos de separación, una vez que se hubiera obtenido la sentencia declarándola, podían solicitar la declaración de divorcio los cónyuges que no se hubieran reconciliado, transcurridos dos años desde la fecha de la sentencia, si lo hacían de común acuerdo, o de tres años si la petición se hacía unilateralmente (1). En estos casos también el juez, probados aquellos extremos, citaba a las partes para sentencia ante la Audiencia, con lo que la separación se transformaba en divorcio sin nueva instrucción (2).

Los recursos contra las resoluciones de los jueces de Primera Instancia se dan en un solo efecto, es decir, no suspenden la ejecución de ellas y se tramitaban ante la Audiencia (3). En los casos de apelación de resoluciones sobre alimentos, por imperativo del artículo 1.615 de la ley de Enjuiciamiento civil, párrafo primero, si la sentencia los denegare, la apelación será en ambos efectos, y si los concedía, lo será en un solo efecto.

Procedimiento en caso de separación o divorcio por mutuo disenso. En los supuestos de separación o divorcio por mutuo disenso las partes habían de comparecer en persona ante el juez competente, asistidas de procurador y de abogado que las represente y defienda (4)

-----  
 (1 y 2). Ley de Divorcio, artº56: Obtenida una sentencia de separación y transcurrido el tiempo a que se refiere el artículo 37 sin que hubiese mediado reconciliación, los cónyuges podrán solicitar la declaración de divorcio, y el juez, probados estos extremos, citará sin mas a las partes para sentencia ante la Audiencia correspondiente.

(3). Ibid. artº.57: Los recursos de apelación que se entablen contra resoluciones de los jueces de primera instancia en esta materia, serán admisibles en un solo efecto y se tramitarán ante la Audiencia provincial respectiva.

(4). Ibid, artº.58: En los casos de separación o de divorcio por mutuo disenso, los cónyuges deberán comparecer ante juez competente en la forma prevenida en el artículo 46.

De esta comparecencia se levantaba acta en la que que daba constancia de las manifestaciones de las partes y dentro de los tres días siguientes se citaba de nuevo a cada uno de los cónyuges por separado y se investigaba a través de un interrogatorio escrupuloso, la existencia de una verdadera voluntad de separación o de divorcio, invitándoles a ratificarse (1). Si se producía la ratificación, el juez decretaba la separación y determinaba la si tuación de los hijos, la de los bienes, se señalaban los a limentos y se decidía sobre las demás cuestiones a tenor del artículo 41 de la Ley si no hubiera habido convenio entre las partes que mereciera la aprobación judicial. De todo ello se levantaba acta que era firmada por todos (2)

Con aquella ratificación bastaba para que el juez decretara la separación. Sin embargo, si se había solicitado el divorcio, las partes eran citadas a nueva comparecencia para seis meses después, con el fin de que manifestaran si persistían en su propósito de divorciarse (3).

-----  
 (1). Ley de Divorcio, artº 59: Se levantará acta de la comparecencia y de las manifestaciones hechas por los interesados. Dentro de los tres días siguientes citará a nueva comparecencia a cada uno de los cónyuges por separado e investigará mediante un interrogatorio escrupuloso la existencia de una auténtica y sincera voluntad de separación o de divorcio, e invitará a las partes a ratificarse.

(2). Ibid. artº. 60: Ratificados los cónyuges, el juez decretará su separación y adoptará las disposiciones provisionales relativas a las personas y bienes de los mismos y de los hijos y pensiones alimenticias, en su caso, conforme a los convenios de los interesados que aprobare y, en su defecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de esta Ley. De todo ello se levantará acta que será firmada por el juez, los cónyuges y por el actuario.

(3). Ibid. artº. 61: Si se hubiera pedido la separación se decretará, desde luego, después de la ratificación. En caso de haberse solicitado el divorcio, el juez citará a las partes a nueva comparecencia seis meses después para que manifiesten si persisten en su propósito de divorciarse.

Si había una nueva ratificación se levantaba acta firmada también por los cónyuges y se les citaba a comparecer seis meses después. Si en esta ocasión persistían en su voluntad de divorciarse, se dictaban las medidas oportunas en cuanto a los cónyuges, los hijos y los bienes cuando procediera, aplicando el contenido de la Ley (1).

Si alguna de las partes dejaba de acudir a una de las comparecencias, no por ello se decretaba la rebeldía. Se la tenía por desistida y se anulaba lo actuado (2).

Los supuestos de separación, por lo mismo que no producía mas que la suspensión de la vida en común, era decretada en los casos de mútuo disenso, una vez que se había producido la ratificación a presencia judicial. Pero los casos de divorcio exigían un trámite mas largo y metuculoso que culminaba al cabo de un año, tiempo superior al que llevaba la tramitación de un divorcio fundado en causa legítima, lo que era garantía de que la ruptura del matrimonio por mútuo consentimiento no se contemplaba con frivolidad.

-----  
 )1). Ley de Divorcio, artº.62: Transcurridos los seis meses a que se refiere el artículo anterior, si los intersados se ratifican en su voluntad de divorciarse se levantará act. circunstanciada de las manifestaciones hechas, que firmarán los cónyuges, y se les citará para nueva y última comparecencia seis meses mas tarde. Si los cónyuges comparecen esta tercera y última vez y manifiestan su voluntad definitiva de divorciarse, el juez decretará las medidas oportunas respecto de los hijos, del cónyuge, en su caso, y de los bienes, de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

(2). Ibid.artº. 63: La falta de asistencia sin justa causa a alguna de las comparecencias a que se refiere el artículo anterior se intrepretará como desistimiento y producirá la nulidad de lo actuado.

Una vez firme la sentencia, se comunicaba de oficio al Registro Civil en que constaran las inscripciones de matrimonio y de nacimiento de los cónyuges (1).

Reglas transitorias. Dada la naturaleza de los intereses que regulaba, era lógico permitir que pudieran acogerse a la nueva Ley situaciones creadas con anterioridad a su promulgación. En consecuencia se dictaba una regla que establecía la aplicación de la Ley aunque el hecho en que se fundara la acción de divorcio o separación hubiera tenido lugar antes de la promulgación. Se aplicó, pues, el principio de retroactividad (2).

Por la misma razón había que dársela a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley que permitía que los cónyuges que a la promulgación de ella estuvieran separados por sentencia firme a la que el Código civil reconociera efectos civiles, convirtieran la separación en divorcio, si no optaban, como la misma Ley les facultaba, por ir directamente al divorcio por mutuo disenso o alegando alguna de las justas causas del artículo tercero "aunque fuera la misma que hubiese motivado la separación" (3).

En los pleitos pendientes ante tribunales civiles, podía optar el demandante, en el término de diez días, después del traslado que había de dársele-comunicación que le hacía el tribunal-, por el divorcio vincular que regulaba la Ley, o por la continuación del procedimiento iniciado. En el primer supuesto se comenzaba nuevo procedimiento de acuerdo con las disposiciones de la Ley;

-----  
(1). Ley de Divorcio, artº.64.

(2). Ibid. Regla transitoria 1ª.

(3). Ibid. Regla transitoria, 2ª.

en el segundo la sentencia era de separación, con suspensión de la vida en común -aplicación del artículo 36 de la Ley- y posibilidad de transformar la separación en divorcio -de acuerdo con lo que autorizaba el artículo 37 de la misma Ley.

Las sentencias dictadas por los tribunales eclesiásticos con anterioridad a la vigencia de la ley, en causas cuyo fallo hubiera sido de separación perpetua o indefinita y que hubieran obtenido validez civil no necesitaban de nuevos requisitos para su total eficacia. Quedaban excluidas de esta validez los supuestos de fallos de separación temporal (1).

Decretada la separación de los bienes de acuerdo con el capítulo 6º, título 3º, libro 4º del Código civil, la mujer podía pedir que se liquidaran y se le entregaran los bienes propios y la porción de los gananciales que le correspondieran, si el marido tenía todavía la administración, rigiendo entre los cónyuges lo que respecto a los bienes disponen los artículos veintiuno a veintisiete -del capítulo 3º de la Ley.

Comprendía también la regulación de las cantidades que los secretarios de juzgado, Audiencia y Tribunal Supremo habían de percibir - doscientas, ciento cincuenta y trescientas pesetas, respectivamente- en las que estaban comprendidos los derechos de los oficiales de Sala. Los procuradores podían percibir ciento setenta y cinco, ciento veinticinco y doscientas pesetas, según la instancia, por el orden citado arriba. La tramitación en el juzgado comprendía dos periodos: uno desde la demanda hasta el recibimiento a prueba y otro desde este momento hasta el envío de los autos a la Audiencia. Los derechos de los se

-----  
(1). Ley de Divorcio, Regla transitoria, 3ª.

cretarios y procuradores habían de ajustarse a sus respectivos aranceles, sin que pudieran exceder de los señalados antes, en los casos en que en la Audiencia o en el Tribunal Supremo los interesados desistieran del asunto o se reconciliaran. En los incidentes sólo se podían exigir la mitad de los derechos que marcaran los aranceles.

Atraía, por fin, a la competencia exclusiva del Estado toda la materia sobre divorcio y separación a partir - del 4 de noviembre de 1.931, mediante las siguientes disposiciones:

- a). no producían efectos civiles las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos después del Decreto del Gobierno de la República de 4 de noviembre de 1.931.
- b). Los pleitos de divorcio (separación) fallados por los Tribunales eclesiásticos entre el 4 de noviembre anterior y la entrada en vigor de la Ley, habían de someterse a revisión por los Tribunales civiles competentes, que podían tener en consideración las causas consignadas en la Ley y en base a ellas decretar el divorcio vincular. Los Tribunales civiles podían tener en cuenta las pruebas practicadas por los eclesiásticos si a su juicio habían mediado las debidas garantías para los litigantes.
- c). Las pruebas practicadas en los juicios pendientes en los Tribunales eclesiásticos en los que aún no hubiera recaído sentencia, podían ser tenidas en consideración por los Tribunales civiles, si hubo garantías para los litigantes, cuando aquellos litigios se sometieran a esta jurisdicción (1).

-----  
(1). Ley de Divorcio, Regla transitoria, 4ª.

Por último, la disposición final derogaba cuantas disposiciones se opusieran a la Ley (1).

3. Derogación -abrogación- de la Ley de Divorcio. El nuevo Estado surgido de la guerra civil de 1.936, había anunciado desde un principio "la derogación de la legislación laica devolviendo así a nuestras leyes el sentido tradicional, que es el católico". Este párrafo de la exposición de motivos de la ley de la Jefatura del Estado de 23 de septiembre de 1.939 (2), determinaba la orientación en la materia matrimonial, consecuencia del carácter confesional católico que aquél adoptaba, devolviendo la jurisdicción a los Tribunales de la Iglesia.

"Por tanto-seguía la exposición de motivos- derogada/ la ley de Matrimonio civil (3) y puestas en vigor, si quiera sea de modo transitorio, las disposiciones del título-4º, libro 1º del Código civil, no podía quedar en periodo de nueva suspensión (4) la ley de 2 de marzo de 1.932, --siendo necesaria ya una derogación explícita de la misma por tratarse de ley distinta de la mencionada de Matrimonio civil y radicalmente opuesta al profundo sentido religioso de la sociedad española". Y mediante un artículo único se derogaba la Ley de Divorcio de 1.932 (5).

-----  
(1). Ley de Divorcio, disposición derogatoria.

(2). Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 5 de octubre de 1.939, nº.278.

(3). Ley de 2 de marzo de 1.938.

(4). Decreto de 2 de marzo de 1.938, que suspendió los pleitos de separación y divorcio.

(5). Ley de 23 de septiembre de 1.939, artº. único: queda derogada la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1.932 y las disposiciones complementarias de la misma, cuando vigen te en la materia las disposiciones del Código civil.

Comprendía dicha ley derogatoria siete disposiciones transitorias. En la primera se disponía que las Audiencias declararían nulas, a instancia de parte, las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales civiles, a tenor de la ley que se derogaba, respecto de los matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores (1).

Las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la ley que se derogaba y en que uno o ambos cónyuges se hubieran divorciado al amparo de ella pero se hallaran ligados canónicamente a otra persona, se entendían disueltas para todos los efectos civiles "mediante declaración judicial solicitada a instancia de cualquiera de los interesados" (2).

Eran causas bastantes para pedir la nulidad del divorcio o la disolución del nuevo matrimonio civil "el deseo de cualquiera de los interesados de reconstituir su legítimo hogar, o simplemente el de tranquilizar su conciencia de creyentes" (3).

Como la nulidad de los divorcios y la disolución de los matrimonios civiles podían solicitarla cualquiera de los interesados, se abrió con esta disposición el portillo para que los avisados o resentidos pudieran molestar al cónyuge inocente, cuando hubo divorcio por causa legítima, pues en los casos de mutuo disenso, el problema

-----  
(1). Ley de 23 de septiembre de 1.939, disp.trans.1ª:

(2). Ibid. disp.trans.2ª.

(3). Ibid. disp.trans.3ª.

no se planteaba. "La nulidad, según la sentencia de 14 de enero de 1.956, había de referirse no solo a la parte dispositiva de la sentencia firme recaída en el proceso civil, sino a sus fundamentos y aún a todos los trámites del litigio, porque sería absurdo estimar que anulado el fallo, pudieran continuar teniendo virtualidad y eficacia en el futuro cualquier actuación, premisa del fallo-anulado, de una jurisdicción cuya competencia en la materia expresamente se rechazaba" (1).

Para los matrimonios civiles no se establecía nada, - por lo que los divorcios dictados en relación a ellos - por los Tribunales conservaban su eficacia, al amparo de la irretroactividad de las leyes del artículo 3º del Código civil (2)

No obstante, se declaraban nulas todas las actuaciones judiciales practicadas en pleitos de separación y divorcio por funcionarios al servicio de la llamada "dominación roja" (3).

Los hijos de los matrimonios entre divorciados, en el caso de haberse solicitado la disolución de éstos, quedaban bajo la potestad de aquél cónyuge que ellos conviniere y a falta de acuerdo, se estaría a lo que el Juez acordara (4). Por concesión de la ley, tales hijos gozarían de la condición que tuvieran al ser declarada la di

(1). Castán, Derecho civil español común y foral, pg. 672, edición 1.961.

(2). En la redacción del título preliminar del Código civil dada por el Decreto 1.836/74, de 31 de mayo, la irretroactividad se menciona en el nº. 3 del artículo 2.

(3). Ley de 8 de mayo de 1.939, artº. 6º. Vease también la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1.959.

(4). Ley de 23 de septiembre de 1.939, disp. trans. 4º.

solución; es decir: serían legítimos cuando su nacimiento hubiera tenido lugar en una relación jurídico matrimonial legítimamente contraída.

A reintegrar la eficacia de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos se aplica la transitoria 5ª, respecto de las sentencias de aquellos que hubieran declarado la nulidad de un matrimonio, y de los Rescriptos pontificios de disolución de matrimonio rato y no consumado, que hubieran sido pronunciadas u otorgadas durante la vigencia de la Ley de Separación o divorcio, o con posterioridad a ella (1). Con esto se sanaban las sentencias o rescriptos que hubieran sido dictadas u otorgados en el periodo de tiempo comprendido entre el Decreto de 2 de marzo de 1.938, que suspendió los pleitos de divorcio, y la ley de 23 de septiembre de 1.939, en que se abrogaba la Ley de Divorcio.

Los interesados venían obligados a inscribir tales sentencias y rescriptos en el Registro civil en el plazo de seis meses desde la promulgación de la ley.

Se prohibía que cualquier cónyuge divorciado por sentencia firme con arreglo a la Ley derogada pudiera contraer nuevo matrimonio con tercera persona, mientras subsistiera el vínculo canónico. La prohibición afectaba a los que habiendo celebrado segundas uniones civiles se consideraran civilmente viudos, mientras no se declarara la nulidad del matrimonio canónico que había contraído primeramente (2).

-----

(1). Ley de 23 de septiembre de 1.939, disp.trans.5ª.

(2). Ibid. disp.trans.6ª.

Las diligencias incidentales -medidas provisionales- del artículo 68 del Código civil, acordadas dentro del procedimiento de la Ley que se derogaba, podían seguir surtiendo efecto si se ratificaban en el juzgado correspondiente en el plazo de un mes a contar desde la publicación de la ley derogatoria y se admitían las demandas a que se refiriera el artículo 67 del Código civil (1).

Posteriormente, de acuerdo con lo que disponía la ley de 23 de septiembre de 1.939, dictó normas procesales sobre competencia y procedimiento para el ejercicio de las acciones que aquella concedía. Tales fueron la Ley de 26 de octubre de 1.939 y Orden del mes de diciembre del mismo año; Decreto de 24 de junio de 1.940; Orden de 7 de enero de 1.941; Decreto de 1 de enero de 1.942 y Ley de 17 de julio de 1.945.

4. Legislación vigente. La legalidad vigente en España no acepta la disolución del vínculo matrimonial por divorcio. Se reconoce la invalidez en sus dos formas de inexistencia cuando el matrimonio se ha celebrado con ausencia de algún requisito fundamental -ausencia de consentimiento- y nulidad, cuando el matrimonio se ha contraído con algún impedimento dirimente (2). Las causas de nulidad son las enumeradas en el artículo 101 del Código civil (3) y el ejercicio de la acción viene regulado por el artículo 102 del mismo Código (4).

La separación de los cónyuges no rompe el vínculo sino que suspende la vida en común de los casados y modifi

-----  
(1). Ley de 23 de septiembre de 1.939, disp.trans.7ª.

(2). Código civil español, arts. 83 y 84, en relación con el artículo 101.

(3). Ibid. artº.101.

(4). Ibid. artº.102.

ca el régimen paterno-filial y económico del matrimonio, según el artículo 104, en relación con el 73, del Código civil. Esto por lo que se refiere al matrimonio civil.

El artículo 42 del mismo Código establece el reconocimiento de que existen dos clases de matrimonio: el canónico, que habrá de contraerse necesariamente cuando al menos uno de los contrayentes profese la religión católica; el civil, que se autoriza cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa aquella religión.

Hay pues, una nulidad y una separación canónicas que surten efectos en el derecho civil. A la jurisdicción ordinaria del Estado corresponde adoptar o determinar las medidas provisionales (1) y promover la inscripción y ejecutar en todo lo demás relativo a los efectos civiles, las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica sobre separación o nulidad de matrimonios (2).

5. Tendencias actuales. Las Cortes españolas en su reunión plenaria del día treinta y uno de octubre de 1.978 aprobaron en proyecto de Constitución que fué sometido a referéndum de la Nación por Decreto 2.560/78, de tres de noviembre. Celebrado éste con resultado aprobatorio, la Constitución - fué promulgada por el Rey Juan Carlos I el día 29 de diciembre de 1.978. La disposición derogatoria deja sin efecto, - entre otras, las disposiciones que el anterior régimen consideraba leyes fundamentales, el Fuero de los Españoles, que

(1). Código civil español, arts. 67 y 68, en relación con los artículos 81 del mismo Código, (antes XXIV, 2, del Concordato con la Santa Sede) y 1.886, 1.892 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(2). Ibid. art. 82 (antes XXIV, 3, del Concordato)

fué promulgado por Ley de 17 de julio de 1.945. El artículo 2 del Fuero (1) declaraba que "el matrimonio es uno e indisoluble", lo cual estaba en perfecta armonía con los principios que informaban la tendencia triunfante en la contienda civil de 1.936-1.939.

El nuevo texto legal fundamental, la Constitución de 1.978 dispone en su artículo 32, párrafo 2, que "la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos" (2).

El reconocimiento de los derechos de los ciudadanos trae consigo la necesidad de modificar la legislación restrictiva vigente para dar entrada en el orden jurídico español a la disolución del vínculo por medio del divorcio.

Hay que reconocer que este tema apasiona a amplios sectores de la población y ha levantado la inevitable polémica - entre los divorcistas y los anti divorcistas, pero el precepto constitucional que se refiere a las causas de separación y disolución tiene que desembocar, necesariamente, en el establecimiento de un procedimiento de disolución del matrimonio por divorcio.

La mayor parte de los países admiten este tipo de disolución matrimonial. Austria antes de 1.945 y Portugal antes de 1.975, lo admitían para todos excepto para los católicos, pero desde estas fechas se acepta para todos los ciudadanos.

Lo rechazan en absoluto España (hasta ahora) Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Paraguay, Estado del Vaticano, San Marino, Andorra, Quebec, Terranova y Filipinas.

-----  
(1). Fuero de los Españoles, artº.22.

(2). Constitución española de 1.978, artº.32, de la sección 2ª: De los derechos y deberes de los ciudadanos.

Lo admiten en general por causas determinadas que impliquen faltas graves (divorcio sanción) Inglaterra, Holanda, Honduras, Portugal e Italia desde 1.970.

Otros lo admiten también en general aunque los hechos en que se funde no constituyan falta (divorcio remedio), Alemania, Suiza, Estados Unidos.

El divorcio por mutuo consentimiento esta admitido en Francia, Bélgica, Portugal, Uruguay, México, Ecuador, Venezuela, Guatemala, Santo Domingo, Nicaragua, Perú, Cuba desde 1.976 y algunos países de los Estados Unidos (hay que tener presente que la legislación estadounidense no es uniforme).

Uruguay admite el divorcio por voluntad unilateral de la mujer y la Unión Soviética, antes de la reforma de 1.944, por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges.

Por voluntad unilateral del marido lo admiten los países que siguen el derecho hebraico antiguo, los de derecho islámico y los que se rigen por el derecho romano o germánico - (1).

En España se ha presentado por el Gobierno un proyecto de ley de modificación del Código civil, en el que se desarrolla el precepto constitucional del artículo 32. Dentro del Partido en el poder se manifestaron dos tendencias: una partidaria de hacer una ley especial de divorcio como hiciera la II República; otra que prefería modificar el Código civil para evitar, se dice, una confrontación. De acuerdo con el texto del proyecto, ha triunfado la segunda de las posturas, que representa el triunfo de los sectores más conservadores, como se sabe, poco propicios a una modificación profunda de esta materia.

De todos modos, parece que el Estado atrae a su competencia la regulación de la materia matrimonial, aunque se reconoce

-----

(1). Castán, Derecho común civil y foral, p.839. Ed. de 1.976

validez al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico (1) para cuya inscripción en el Registro civil bastará con la simple presentación de la certificación eclesiástica del matrimonio (2). Aunque se omite mencionar a la Iglesia católica, la referencia que se hace al Derecho canónico indica que la forma religiosa de que habla el número segundo del artículo 51 del Proyecto del Gobierno como "legalmente prevista" es la de esta confesión, con exclusión de cualquier otra.

La Ley de libertad religiosa (3) pese a la exigencia de que los contrayentes habían de acreditar el abandono de la confesión católica o declarar expresamente que no pertenecían a ella, fué un portillo por donde muchos españoles pudieron contraer nupcias civilmente. Desde la promulgación de la Constitución, ya ni esto es necesario, pues el artículo 16-2 de la misma establece que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias". La proliferación de matrimonios civiles ha sido creciente en los últimos tiempos, acentuándose la tendencia que se había iniciado cuando todavía mantenía pleno vigor la legislación restrictiva.

Las limitaciones anteriores no disminuyeron el número de matrimonios rotos. La disolución de facto por el mutuo consentimiento tenía lugar mediante pactos privados otorgados ante Notario, y la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1.975, vino a resolver el problema de la comunidad conyugal, pues autorizó el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales

(1). Proyecto del Gobierno, artº.60.

(2). Ibid.artº.65.

(3). Ley 44/67, de libertad religiosa, de 28 de junio. Artº. 32-2 y 3.

Aunque la Constitución no lo disponga expresamente, hay que considerar derogadas las disposiciones que se opongan al artº. 16-2 de la Ley fundamental.

les y la disolución de la sociedad de gananciales, lo que en numerosas ocasiones servía para la separación total de los cónyuges desavenidos. Si se regula privadamente el régimen de visita, alimentos y situación de los hijos, se disuelve la sociedad conyugal y se apartan uno de otro los cónyuges de común acuerdo para constituir, muchas veces, nuevas uniones estables, se puede uno preguntar que eficacia puede tener una prohibición del divorcio.

6. Proyecto Subnamental de divorcio. El Partido en el Gobierno ha optado, como se ha indicado antes, por la reforma del título IV del libro primero del Código civil. El Proyecto consta de 66 artículos -del 42 al 107, ambos inclusive- número igual que el que tiene actualmente, agrupados en cuatro capítulos y subdivididos estos en nueve secciones, de las cuales tres pertenecen al primer capítulo y seis al cuarto. Los capítulos primero y tercero no tienen secciones.

De la separación judicial tratan los artículos 86 al 89, ambos inclusive, de la sección 3ª del capítulo 4º, en total -cuatro artículos. De la disolución del matrimonio tratan los artículos 90 a 94 de la sección 4ª del mismo capítulo, es decir, otros cuatro artículos. La sección 5ª regula los efectos comunes de la nulidad -a la que se refieren los artículos 79 a 85 inclusive- separación y divorcio, y la sección 6ª contiene normas de derecho internacional privado en materia de separación y divorcio (1).

La separación que aquí se prevé no es la contemplada en la Ley de Divorcio de la II República, remedio al que podían acudir quienes por sus convicciones religiosas no aceptaban

-----  
(1). Proyecto de Ley para la Reforma del Código civil en materia de matrimonio y sus causas de disolución, aprobado en la reunión del Consejo de Ministros del día 25 de enero de 1980 para su remisión a las Cortes.

la disolubilidad del vínculo, que podía, eventualmente, convertirse en divorcio, sino el paso previo para obtener éste. No es una regulación accesoria, como allí, sino previa. Habrá que transitar esta senda para obtener el divorcio.

La separación judicial. La separación podrá decretarse a solicitud de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de separación o a petición de ambos, o de uno con el consentimiento del otro - es decir, de mutuo acuerdo- cuando "transcurrido el primer año de matrimonio exista quiebra profunda e insuperable de la comunidad conyugal" (1).

Hay que destacar, como nota que sorprende, que según el texto del artículo 86-2 del Proyecto no se podrá intentar la separación antes del año desde la celebración del matrimonio, por lo que los cónyuges que se desavenjan antes de ese plazo no tienen más remedio que esperar. Pero también -y esto raya en el absurdo- habrá de esperarse un año aunque la causa de la ruptura sea una de las graves que el propio Proyecto señala.

Las causas legales de separación se recogen en el artículo siguiente, agrupando en cuatro apartados todas las posibles. El Código civil las recoge en el artículo 105, si bien resultarán substancialmente modificadas.

En el apartado primero se comprende el abandono injustificado del hogar, las relaciones sexuales extraconyugales (que no podrán invocarse cuando exista separación de hecho conve

(1). Proyecto del Gobierno, artº 86.: Podrá decretarse la separación: 1º. A petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de separación. 2º. A petición de ambos cónyuges, o de uno con el consentimiento del otro, cuando, transcurrido el primer año de matrimonio, exista quiebra profunda e insuperable de la comunidad conyugal.

nida por los dos, o impuesta por el demandante), la conducta injuriosa o cualquier otra violación grave de los deberes conyugales. Abarca, pues, este apartado, los números primero, segundo y cuarto del artículo 105 del Código civil, substituyendo "adulterio" por "relaciones sexuales extraconyugales".

El apartado segundo refiere como causa cualquier violación grave de los deberes respecto de los hijos, fórmula amplia en la que caben desde la corrupción de los hijos o la prostitución de las hijas del número cinco del artículo 105 del Código vigente, hasta faltar a los deberes que impone la paternidad.

No se menciona ahora la violencia ejercida sobre el otro cónyuge para obligarle a cambiar de religión, que no parece ya motivo de separación, a no ser que esto se incluya en la conducta injuriosa.

La causa tercera propuesta es la pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años, en vez de reclusión mayor (que comprende de 20 años y un día a treinta años) según el apartado sexto del artículo 105 del Código civil.

Y como causa cuarta el Proyecto considera el alcoholismo, la toxicomanía o perturbaciones mentales, siempre que el interés de la familia exija la suspensión de la convivencia, y no pueda esperarse razonablemente el restablecimiento(1)

-----  
 (1). Proyecto del Gobierno, artº. 87.: Son causas de separación 1º. El abandono injustificado del hogar, las relaciones sexuales extraconyugales, la conducta injuriosa o cualquier otra violación grave de los deberes conyugales. No podrán invocarse como causa las relaciones sexuales extraconyugales si existe previa separación de hecho convenida por ambos o impuesta por el demandante. 2º. Cualquier violación grave de los deberes respecto de los hijos comunes. 3º. La condena a pena de privación de libertad por tiempos superior a seis años. 4º. El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés de la familia exija

La parquedad, o ambigüedad, de las causas de separación referidas en el Proyecto, teniendo en cuenta que ella está concebida como antesala necesaria del divorcio, contrasta con la enumeración casuística de los motivos de divorcio de la ley de 1.932 y del proyecto socialista preparado para esta legislatura.

Por otro lado, algunas previsiones están faltas de lógica como ocurre en los casos de toxicomanía, alcoholismo, o perturbación mental, en los que podrá denegarse la separación "si puede esperarse razonablemente el restablecimiento", lo que significa que el cónyuge perjudicado habrá de padecer resignadamente los inconvenientes y riesgos de las aficiones o desequilibrios del otro, o proveerse como sea de una prueba de irrecuperabilidad o, finalmente, interrumpir de facto la convivencia, sin protección especial de la ley.

En esta clase de normas es conveniente, como garantía de los derechos de los cónyuges, llegar al máximo detalle posible en la enumeración de las causas legítimas de separación o divorcio, no tanto por la misma razón de los intereses en juego, cuanto porque con ello se consigue una mayor seguridad jurídica.

La separación produce la suspensión de la vida en común de los casados -declaración que hace también el artículo 104 del Código civil- y cesa la posibilidad de que uno de ellos pueda vincular los bienes del otro por actos de administración (1).

-----  
la suspensión de la convivencia y no pueda esperarse razonablemente el restablecimiento.

(1). Proyecto del Gobierno, artº.88: La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados. Además, cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

La reconciliación deja sin efecto el procedimiento de separación y lo que en el mismo se haya acordado, menos en lo relativo a las medidas que hubieran sido adoptadas en relación con los hijos, las cuales se mantendrán cuando existan razones que lo justifiquen. De la reconciliación tendrán que dar cuenta los reconciliados al juez que entienda o haya entendido en el litigio (1)

De la disolución del matrimonio.

El matrimonio se disolverá por la muerte de uno de los cónyuges y por el divorcio (2). El artículo 52 del Código civil vigente determina que "el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges". Se introduce, pues, mediante la reforma propuesta, en la legislación española, el divorcio como medio de ruptura del vínculo matrimonial, si bien limitadamente. Veamos como se articula esto.

Las causas de divorcio previstas son tres:

Primera. El cese efectivo y continuado de la convivencia durante dos años como mínimo desde la admisión de la demanda de separación fundada en causa legal.

Este supuesto exige: a) que haya resolución firme estimatoria de la demanda de separación; b) que el divorcio se apetea por el cónyuge que demandó, es decir, por el que no incurrió en causa legal de separación.

-----  
 (1). Proyecto del Gobierno, artº.89: La redonciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante serán mantenidas las medidas adoptadas en relación con los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

(2). Ibid.artº.90: El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Esta primera causa de divorcio exigirá, por lo tanto, la existencia de una separación previa, que se convertirá en divorcio si lo quiere el cónyuge inocente (aunque aquí se eluda el empleo de los términos culpable e inocente, la realidad es que se tropieza con ellos en el Proyecto en numerosos casos).

Segunda. El cese efectivo de la convivencia durante dos años sin interrupción desde la admisión de la demanda de separación planteada de mútuo acuerdo, o por un cónyuge y consentida por el otro.

En este supuesto ha de darse: a) que haya resolución firme estimatoria de la demanda de separación; b) que el divorcio sea pedido por ambos cónyuges.

Es decir, que también exige esta causa la existencia previa de la separación judicial, que se convertirá en divorcio si lo piden los dos. Uno solo no es suficiente.

Tercera. El cese efectivo de la convivencia durante cuatro años ininterrumpidos, contados: a) desde la separación de hecho de los cónyuges, consentida por ellos; b) Desde la firmeza de la separación judicial y, c) desde la separación de hecho si el que solicita el divorcio acredita que al iniciarse ésta, el otro estaba incurso en causa legal de separación (1).

-----  
 (1). Proyecto del Gobierno, artº.91: Son causas de divorcio:  
 1º. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos desde la admisión de la demanda de separación, fundada en haber incurrido un cónyuge en causa legal, siempre que el divorcio sea pedido por el otro, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda.  
 2º. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos desde la admisión de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos y consentida por el otro, siempre que el divorcio sea pedido por ambos, una vez firme la resolución judicial de separación.

3º. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al

Las causas primera y segunda -de separación unilateral y bilateral, respectivamente- imponen tres tipos de limitaciones: una formal, que es la exigencia del proceso de separación previo; dos, temporal, el transcurso de dos años desde la interposición de la demanda; tres, substantiva, que hace depender el divorcio del cónyuge a quien no le sea imputable causa legal de separación, o de la voluntad concordada de ambos cónyuges.

La situación creada por la legislación vigente, prohibitoria de la disolución del matrimonio por divorcio era artificial. La ley iba por un lado y la realidad social por otro. Por eso, ya que no era posible divorciarse se ha recurrido frecuentemente, cuando se producía la quiebra del matrimonio, a separaciones de facto, documentadas unas veces de forma privada y otras mediante pactos ante Notario, ya como convenios familiares reguladores del régimen de alimentos y guarda de los hijos, concediéndose los cónyuges facultades de disposición y de señalar libremente el domicilio, ya utilizando el mecanismo de las capitulaciones matrimoniales del artículo 1.315 del Código civil después de su modificación por la ley 14/1.975, de 2 de mayo, en las cuales, además de la separación de los bienes se solía proveer lo relativo a los alimentos, domicilio, guarda de los hijos, etc. Parece encontrarse aquí la razón de ser de la causa tercera, que toma como punto de referencia el cese efec-

-----  
menos, cuatro años ininterrumpidos: a) desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho; b) desde la firmeza de la separación judicial, o, c) cuando -- quien pide el divorcio acredita que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa legal de separación.

tivo de la convivencia durante cuatro años ininterrumpidos aunque dilata excesivamente el tiempo, lo cual irá en detrimento de una mayor claridad en las relaciones sociales y familiares, puesto que no evitará, durante ese tiempo, situaciones ambiguas de muchas parejas y de su prole.

El apartado a) permitirá el divorcio por mutuo consentimiento al cabo de cuatro años de separación voluntaria de hecho. No se dice si después de esta prueba puede pedir el divorcio cualquiera de los cónyuges, o por analogía con la causa segunda habrá de darse también en este caso la petición de ambos, o por el consentimiento -tácito o expreso -- del otro. Por la lógica que preside el Proyecto parece que será necesario este último supuesto.

El apartado b) es una medida correctora de las causas - primera y segunda, puesto que permite a los cónyuges, hayan incurrido o no en causa legal, consienta o no el otro, pedir el divorcio transcurridos cuatro años desde la firmeza de la separación judicial. Claro que la corrección se hace ampliando los plazos de espera, que en este caso serán los cuatro años añadidos al tiempo que tarde en tramitarse la demanda, dictarse la sentencia y ser ésta firme, sin contar el alargamiento temporal si se produjera un recurso de casación (1).

El apartado c), por fin, permite el divorcio unilateral después de cuatro años de separación de hecho si quien lo pide acredita que en el momento de iniciarse aquella, el otro estaba incurso en causa legal de separación, aunque no se ha ya instado ésta.

Además de estas barreras, existe un escollo en el que puede estrellarse la nave del divorcio. En efecto, el juez podrá

-----  
(1). Proyecto del Gobierno, Disposición adicional 2ª-4ª, in fine: El recurso de casación sólo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la Ley.

denegarlos si ocasiona perjuicios graves a los hijos o al otro cónyuge (1). Esta norma, que parece pertenecer mas bién al plano ético, plantea serios problemas en el plano jurídico por su misma indeterminación. ¿A qué perjuicios se relaciona? Si se dan los supuestos legales de separación y la comunidad conyugal esta "en quiebra profunda" ¿qué otros modos pueden aconsejar impedir el divorcio?. Por otro lado ¿por qué se entrega al arbitrio del juez lo que debe de estar dentro de la esfera de decisión exclusiva de los directamente afectados por su fracasado matrimonio?. Esta norma hay que considerarla como negatoria de los derechos de la persona y es contraria al principio de seguridad jurídica que persigue el Derecho y su presencia en el texto del proyecto es censurable porque involucra al Estado, a través de su jurisdicción, en las contiendas conyugales y coacciona a los individuos. El juez sólo podrá denegar el divorcio cuando no se den las condiciones que la misma ley señale expresamente, con toda claridad.

Distingue el Proyecto los efectos de la reconciliación, según la fase en que se encuentre el divorcio: si no ha habido aún sentencia, la reconciliación extingue la acción y subsiste el matrimonio; si se dictó sentencia disolviéndolo, no tiene aquél efecto sanatorio, es decir, no se restituye el matrimonio, si bien el divorcio no impide que los divorciados contraigan entre sí nuevo matrimonio (2).

-----  
 (1). Proyecto del Gobierno, artº.92: El juez podrá denegar el divorcio si ocasiona perjuicios graves a los hijos o al otro cónyuge.

(2). Ibid. artº.93: La acción de divorcio se extingue por la reconciliación. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos, si bien el divorcio no impide que los divorciados contraigan entre sí nuevo matrimonio.

Con intención parecida a la del artículo primero de la Ley de 1.932 se prevé en el Proyecto (1) que la disolución surtirá efectos civiles desde la firmeza de la sentencia, cualquiera que hubiera sido la forma y la fecha en que se contrajo el matrimonio, es decir, que podrán disolverse tanto los que se contrajeron bajo la forma civil como bajo la canónica.

De los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio.

Los efectos de la nulidad, separación o divorcio serán determinados por el juez por medio de la propia sentencia o en el trámite de ejecución de ésta si los cónyuges no hubieran llegado a un acuerdo aceptado por el órgano jurisdiccional. La nueva regulación substituirá a las medidas provisionales adoptadas al admitirse la demanda, en relación con los hijos, la vivienda común y las cargas del matrimonio y garantías que sean precisas, las cuales quedarán si efecto por el hecho mismo de la sentencia. Las medidas definitivas no son, sin embargo, inamovibles y podrán ser modificadas cuando ocurra alguna alteración substancial de las circunstancias (2).

Se ha huído de utilizar las expresiones "culpable" e "innocente". No obstante el concepto subsiste en la mente del

-----  
 (1). Proyecto del Gobierno, artº.94: La disolución del matrimonio por divorcio producirá efectos civiles a partir de la sentencia firme que lo decreta, cualquiera que sea la forma y la fecha de la celebración.

(2). Ibid.artº.95: En la sentencia de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de la misma, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges, concretará las medidas que hayan de substituir a las adoptadas provisionalmente, al admitirse la demanda, en relación con los hijos, la vivienda común y las cargas del matrimonio, y las cautelas o ga--

legislador cuando habla de "mala fe" o de "buena fe. El Código civil utiliza estos conceptos en los casos de nulidad. Una prueba de la equivalencia con que se usan aquellos, la tenemos en el texto del artículo 96 del Proyecto, cuando dice que la mala fe se da "cuando la quiebra del matrimonio aparece determinada por la grave infracción de los deberes conyugales o paternos", que podrá pedir que se declare "el cónyuge que no cometió las infracciones". Ahora bien, la declaración por el juez dependerá del resultado de la valoración que haga de la conducta total de ambos cónyuges, y podrá abstenerse de declararla (1).

También proveerá el juez sobre el cuidado y educación de los hijos. Las medidas las tomará atendiendo al beneficio de ellos y con su audiencia si tuvieren el suficiente juicio.

En cuanto a la patria potestad, en general no se privará de ella mas que cuando en el proceso se revele causa legal para ello. Con esto se remite la cuestión a los artículos 169 y siguientes del Código civil

Pero aunque no con el automatismo del artículo 73-2 del Código civil, podrá concederse el ejercicio de la patria potestad, de forma total o parcial, al cónyuge de buena fe, o temporal o permanentemente, a uno u otro.

-----  
 rantías respectivas, o determinará las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado entonces ninguna medida. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren substancialmente las circunstancias.

(1). Proyecto del Gobierno, artº.96: En los casos de separación o divorcio solo se declarará la buena o mala fe cuando la quiebra del matrimonio aparezca determinada por la grave infracción de los deberes conyugales o paternos y lo solicite el cónyuge que no cometió la infracción. El juez apreciará la conducta total de ambos cónyuges y podrá, en consecuencia, abstenerse de hacer tal declaración.

Y en cuanto al sostenimiento de la prole, también decidirá el juez que contribución ha de aportar cada uno y que medidas cautelares procede tomar para garantizar la prestación )1).

El uso de la vivienda familiar y de sus enseres correg ponderará a los hijos y al cónyuge en cuya guarda queden. Na turalmente con las debidas compensaciones. En el caso de no haber hijos, el uso podrá concederse temporalmente por el juez al cónyuge no titular, si no hubiera sido declarado de mala fe o su interés fuera el mas necesitado de pro tección.

Para disponer de la vivienda y bienes de uso ordinario será necesario que consientan ambas partes o que haya una autorización judicial (2).

Este precepto no tiene antecedentes en nuestro Derecho y viene determinado por el hecho de que muchos hogares es tan asentados en viviendas de propiedad familiar. A la vis ta de esta realidad, el proyecto socialista de ley de di-- vorcio prevé en su artículo 14 que en defecto de acuerdo

-----  
(1). Proyecto del Gobierno, artº.97: Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos y tras oírles, si tuvieran el suficiente juicio. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa le-- gal para ello. Podrá también acordarse, caundo así conven- ga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total- o parcialmente por el cónyuge de buena fe, o que el cuida- do de ellos corresponda a uno u otro, temporal o permanen- temente.

(2). Ibid.artº.98: El uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde, mediante las adecuadas compensaciones, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular si no hubiese sido declarado de mala fe y su interés fuera el mas necesitado

entre las partes, el juez determinaría a cual de ellos y - por cuanto tiempo podrá seguir utilizando la vivienda que hubiesen compartido, y en el caso de que fuera bien privativo del cónyuge a quien no se hubiera concedido la patria potestad, el otro habría de satisfacer la renta que el juez señale (1). La norma del Proyecto del Gobierno es confusa. De aquí que no sea posible saber si cuando habla de "titular" se está refiriendo al de un contrato de arrendamiento o a un titular dominical. La cuestión es delicada, pero no es asunto en que pueda darse rienda suelta a la sensibilidad, sino mas bien establecer las reglas que permitan la protección del interés del mas débil - que será el de los hijos como ajenos a las disputas conyugales- pero sin incidir en situaciones a cuyo amparo puedan producirse abusos o la injusta privación a uno de los cónyuges de sus bienes propios.

También es ambigua la expresión "mediante adecuadas compensaciones", que puede valer tanto en el caso de que la vivienda sea un bien ganancial, como bien privativo, o referirse a los objetos de uso ordinario.

El cónyuge sobre quien recaiga la declaración de mala fe perderá lo que el otro u otra persona en consideración a éste, le hubiera donado o prometido. Queda sujeta esta privación a la voluntad del donante o promitente, pero si ejercita esta facultad, él no podrá conservar lo recibido - del de mala fe o en consideración a éste, ni reclamar lo que

-----  
de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

(1). Vid. nota en p.

le hubiera prometido. Como principio general se establece la no devolución o exigencia de lo que se hubiera dado o prometido, pero el de buena fe tiene la facultad de pedir la devolución de lo que él hubiera dado, en cuyo caso está obligado, por su parte, a reintegrar a su vez lo recibido y a no reclamar lo prometido. Con esta disposición se impide el enriquecimiento de éste (1).

La sentencia firme producirá la disolución de la sociedad de gananciales, pero el cónyuge declarado de buena fe podrá beneficiarse del régimen de participación, en tanto que el declarado de mala fe no podrá hacerlo de las ganancias obtenidas por su consorte (2). Como se ha expuesto en otro lugar, la consideración de la buena o mala fe tiene a qué la misma finalidad beneficiosa o sancionadora que la inocencia o culpabilidad en el Código civil y en la ley de 1.932.

(1). Proyecto del Gobierno, artº.99: A voluntad del otorgante respectivo, perderá el conyuge declarado de mala fé lo que hubiere sido dado o prometido por el de buena fé o por otra persona en consideración a éste. Pero el contrayente de buena fé que reclame tal pérdida no podrá conservar lo que hubiese recibido del de mala fé, o en consideración a él, ni reclamar en su día lo que se le hubiese prometido.

(2). Ibid. artº.100: La sentencia firme producirá respecto de los bienes del matrimonio, los mismos efectos que la disolución por muerte. Pero si solo uno de los cónyuges hubiese obrado de buena fé, podrá optar por aplicar en la liquidación las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fé no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

El artículo 1.417 del Código civil dispone que la sociedad de gananciales concluye al disolverse el matrimonio o al ser declarado nulo. En la situación todavía vigente, la disolución sólo puede tener lugar por la muerte, conforme al artículo 52 del mismo Código. Por ello se equiparan los efectos del divorcio a los de aquella. Este mismo artículo 1.417 niega la participación en los bienes gananciales al cónyuge que por su mala fe hubiese sido causa de la nulidad -y por virtud del Proyecto, del divorcio.

Introduce el Proyecto una figura nueva que llama "pensión vitalicia", la cual se reconoce a favor del cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico injustificado en relación con la posición del otro". Se trata de una norma protectora de la mujer -aunque en los términos en que aparece redactada será aplicable también al varón cuando concurren en él las condiciones que el Proyecto exige- como se desprende de la mención que hace a "la dedicación pasada y futura a la familia" (1).

En otro orden de cosas, pese a que se dan una serie de pautas para que el juez pueda basar su resolución, lo cierto es que si no existe convenio entre los cónyuges -lo cual se prevé también- declaraciones tales como la determinación de las bases para actualizar la pensión y garantías para su efectividad quedarán, en la generalidad de los casos, en el plano de las buenas intenciones.

La fórmula "desequilibrio económico injustificado" es tan vaga que a pesar de que el juez ha de tener en cuenta la responsabilidad de cada cónyuge en el divorcio, la salud, la edad y las aptitudes para el trabajo, la duración del matrimonio, la dedicación a la familia, el tiempo de convivencia, -

(1). Proyecto del Gobierno, art.º 101: El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico injustificado en relación con la posición del otro cónyuge, tiene derecho a una pensión vitalicia que se fijará teniendo en cuenta: 1º. Los hechos que hubieren determinado el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos. 2º. La edad, salud y cualificación profesional. 3º. La dedicación pasada y futura a la familia. 4º. La duración del matrimonio y la convivencia conyugal. 5º. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 6º. El convenio de los cónyuges. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. La obligación de pago de la pensión se extingue por contraer el acreedor nuevo matrimonio, vivir maritalmente con otra persona o llevar vida notoriamente deshonestamente.

y los medios económicos y las necesidades de uno y otro, se convertirá este precepto en un semillero de discordias si se aprueba así.

Como es lógico, si el beneficiario contrae nuevo matrimonio, vive maritalmente con otra persona o lleva una vida "notoriamente deshonesta", pierde el derecho a la pensión vitalicia. El beneficio de esta pensión se hace extensivo a los casos de nulidad, tanto en la declarada por los Tribunales civiles, como por los Tribunales eclesiásticos. (1).

Pero el cónyuge acreedor podrá optar, en cualquier momento, por la entrega de un capital efectivo, en substitución de la pensión (2) y como no se dice cómo se ha de cuantificar éste, se supone que el Proyecto prevé que será establecido de común acuerdo entre los divorciados.

El derecho a la pensión - y se supone que el de obtener la entrega de un capital- no se extingue con la muerte del deudor, ni le afectarán las variaciones de fortuna o necesidades -del beneficiario, debe entenderse- y goza de preferencia sobre el derecho de pensión o alimentos de que puedan ser acreedores los sucesivos consortes de del obligado al pago (3).

-----  
 (1). Proyecto del Gobierno, artº.102: El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá también el derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior si, por la convivencia marital, la sentencia provoca situaciones análogas.

(1). Ibid. artº.103: El cónyuge acreedor puede optar, en cualquier momento, por la entrega de un capital en efectivo en substitución de la pensión.

(3). Ibid. artº.104: El derecho a la pensión no se extingue por la muerte del deudor, ni se modificará por las variaciones de fortuna o de las necesidades. Tiene preferencia sobre el derecho de pensión o alimentos que tengan los sucesivos consortes del deudor.

De todo esto se desprende que el verdadero caracter de la pensión vitalicia es el de una indemnización que normalmente habrá de pagar el esposo a la mujer, independientemente de que haya o no culpabilidad - o como dice el Proyecto, buena o mala fé. Naturalmente que esto será válido en los casos en que haya bienes sobre los cuales pueda cargarse la obligación, salvo que la imposibilidad de pagar la pensión vitalicia sea un pretexto para denegar el divorcio. Parece que el derecho de alimentos debiera bastar en los casos en que uno de los divorciados los necesite. Con las salvedades del caso, recuerda esto las sanciones patrimoniales introducidas en el Derecho romano por Valentiniano III y Teodosio II y confirmadas por Justiniano, como medio de disuadir a los cónyuges de divorciarse.

El derecho de alimentos sólo lo tendrá el cónyuge declarado de buena fé si no ha solicitado el divorcio, ni contraído despues nuevo matrimonio o convivido maritalmente con otra persona. Los alimentos se integrarán en la pensión vitalicia, pero si en lugar de ésta se optara por un capital, entonces, como derecho irrenunciable, recuperarán aquellos su entidad independiente (1)

A diferencia de lo que ocurrirá con la pensión vitalicia

-----

(1). Proyecto del Gobierno, artº.105: El cónyuge declarado de buena fé que no hubiera solicitado el divorcio, ni contraído despues nuevo matrimonio o convivido maritalmente con otra persona, conservará también el derecho de alimentos. La pensión por divorcio comprenderá, en su caso, lo que por alimentos corresponda. Si el acreedor optare por la entrega de un capital, se hará excepción de lo que como derecho de alimentos es irrenunciable. A la muerte del deudor pierde el otro cónyuge el derecho de alimentos, pero puede optar, a su elección, a un complemento de la pensión o a una cantidad alzada en la cuantía que corresponda por equidad, según las circunstancias y habida consideración a los derechos legitimarios que tendría como cónyuge supérstite de no haberse decretado el divorcio.

a la muerte del deudor pierde el alimentista su derecho. No obstante aún se le reconoce a éste facultad para optar por exigir o un complemento de la pensión o una cantidad alzada cuyo importe se fijará atendiendo a las circunstancias y a los derechos legitimarios que habría tenido de no haberse producido el divorcio. Al cónyuge declarado de mala fe no se le reconoce el derecho a la pensión vitalicia, pero si a una compensación equitativa por el menoscabo de sus posibilidades profesionales como consecuencia de su dedicación a la familia y a la casa (1).

Está clara la intención de gravar con pesadas cargas económicas a uno de los cónyuges -dada la estructura social del país, del varón- y es plausible la protección que se le dará al otro -normalmente, la mujer- si bien el órgano jurisdiccional tendrá una delicada labor que llevar a cabo, -con un instrumento que confía demasiadas cosas a su arbitrio.

#### Disposición transitoria.

Con esta disposición se pretende que puedan contraer matrimonio los que se divorciaron al amparo de la Ley de divorcio de 1.932, facultad que les estaba vedada por la disposición transitoria sexta de la Ley de 23 de septiembre de 1.939 (2).

-----  
 (1). Proyecto del Gobierno, artº. 106: El cónyuge divorciado declarado de mala fe no tiene derecho a pensión, pero si a lo que por equidad correspondía como compensación a su dedicación a la familia y sus trabajos en la casa y al consiguiente menoscabo de sus posibilidades profesionales.

(2). Ibid. Disp. Transitoria: Los divorciados por sentencia firme, al amparo de la ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 podrán contraer nuevo matrimonio, salvo si la sentencia fué anulada judicialmente.

Disposición adicional segunda.

El proyecto de modificación del título IV del libro primero del Código civil, relativo al matrimonio, tiene, además de la disposición transitoria mencionada antes, dos disposiciones adicionales y una derogatoria. De las adicionales interesa aquí la segunda, que establece el procedimiento en lo relativo a las causas de nulidad, separación y divorcio. A ella nos referimos.

Estarán sometidos a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios españoles, por el principio de la personalidad, las causas de separación, nulidad o divorcio de los cónyuges de nacionalidad española. También entenderán de tales causas, cuando el matrimonio haya tenido su última residencia en España, o el demandado tenga en ella su residencia habitual, o cuando el demandante tenga en España su domicilio y es español o siendo extranjero lleva cinco años de residencia en el país (1).

La competencia funcional corresponde a los Jueces de primera instancia del último domicilio conyugal o, en su defecto, el que corresponda de los de Madrid.

Las medidas provisionales mientras dura el proceso, se adoptarán por el mismo juzgado de entienda del asunto principal, en pieza separada (2).

-----  
 (1). Proyecto del Gobierno, Disp. adicional 2ª-1: Los Tribunales españoles serán competentes para conocer de las demandas de separación y divorcio en cualquiera de los siguientes casos: 1º. Cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española; 2º. Cuando el matrimonio haya tenido su última residencia habitual común en España. 3º. Cuando el demandado tenga en España su residencia habitual. 4º. Cuando el demandante esté domiciliado en España y sea español o siendo extranjero, llevare en ella cinco años de residencia

(2). Ibid., Disp. adicional 2ª-2: Imperativamente será juez competente para las causas de nulidad, separación o divorcio del de primera instancia correspondiente al último domici-

Queda excluida la competencia de los Tribunales civiles españoles en las cuestiones planteadas en relación con los matrimonios canónicos si la controversia está todavía pendiente de resolución de un órgano eclesiástico, por demanda anterior, lo que no será óbice para que se pueda solicitar de la jurisdicción civil ordinaria la determinación de las medidas provisionales (1). Se encuentra aquí una nueva muestra de que el Estado no ha atraído por completo a su esfera de competencia toda la cuestión matrimonial, pues la acción de la jurisdicción civil queda supeditada a la de la Iglesia católica en los supuestos en que se haya instado an te éstos con anterioridad un proceso. Sin embargo, la disposición que se comenta acepta la interpretación en el sentido de que si no se ha instado la intervención de los órganos de la Iglesia, podrá tramitarse ante los juzgados civiles la causa de separación, nulidad o divorcio, aunque la forma del matrimonio haya sido la canónica.

Las causas matrimoniales se substanciarán por el trámite de los incidentes (2) si bien se modifica el plazo común

-----  
 lio conyugal y, en su defecto, el que corresponda de los de Madrid. Las medidas procedentes tras la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, se adoptarán, en pieza separada, por el mismo juzgado al que corresponda el conocimiento de la causa principal.

(1). Proyecto del Gobierno, disp. adicional 2ª-3: Los Tribunales no podrán conocer una controversia sobre matrimonio celebrado en forma canónica mientras la misma cuestión esté pendiente ante un órgano eclesiástico por demanda anterior de una de las partes, pero cualquiera de ellos podrá solicitar ante el juez competente, con arreglo a las normas anteriores, los efectos y medidas correspondientes a la admisión de la demanda.

( La imposibilidad de introducir la causa en los tribunales civiles puede, además, bloquear la tramitación de una separación enderezada al divorcio al menos durante el tiempo que tarde en pronunciarse la decisión de la jurisdicción canónica)

(2). Ley de enjuiciamiento civil, arts. 741 al 761.

para proponer y practicar la prueba, que se fija ahora en treinta días.

El recurso de casación se admitirá solo cuando lo interponga el Ministerio Fiscal en interés de la ley, es decir, únicamente a efectos de formar jurisprudencia, pues la sentencia que dicte aquí el alto Tribunal no alterará la ejecutoria ni afectará al derecho de las partes, por lo que en cuanto a éstas ninguna trascendencia puede tener tal recurso, que no dilatará la efectividad de la separación (1). Se piensa que no es acertado excluir de la casación este tipo de procesos, porque da lugar a una merma de las garantías procesales que nunca estarán más justificadas. No cabe duda de que en esto era más acertada la Ley de 1.932, que no solo preveía este recurso, sino su rápida tramitación también dado el tipo de intereses en juego.

Las resoluciones de los tribunales eclesiásticos en las causas de nulidad de matrimonios celebrados con arreglo a la forma canónica tendrán eficacia civil mediante un procedimiento sumario ante el juez civil, el cual, antes de dictar el auto para la ejecución, oír al Ministerio Fiscal. Si éste, o la parte que no fué parte en el proceso canónico se oponen a la efectividad, o surge cuestión sobre la buena o

-----  
 (1). Proyecto del Gobierno, dispendicional 2ª-4: Los procesos de separación y divorcio se substanciarán y decidirán con arreglo a las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil para los incidentes, con la única salvedad de que el periodo común para la proposición y práctica de la prueba será de treinta días. El recurso de casación sólo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la ley.

El artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone que el término común para proponer y ejecutar la prueba no podrá bajar de diez días ni exceder de veinte.

mala fe de los cónyuges o sobre los efectos civiles, se seguirá entonces la tramitación ordinaria por el cauce de los incidentes (1).

Cuando los cónyuges se separen de mutuo acuerdo -artículo 86-2 del Proyecto- a la demanda habrá de acompañarse el convenio, el cual regulará, por lo menos los siguientes aspectos: a) con quién quedarán los hijos comunes, el ejercicio de la patria potestad y comunicación y estancia de los hijos con el que no viva con ellos; b) atribución del uso de la vivienda familiar; c) pensiones alimenticias y modo de contribuir a las cargas, con un plan de actualización; d) liquidación de la sociedad conyugal.

Si la separación es solicitada unilateralmente, el que promueva la misma presentará una propuesta de convenio sobre las mismas bases, para que el otro preste su consentimiento si la estima aceptable. No obstante, tanto en uno como en otro caso, el juez podrá rechazar las propuestas de convenio si las considera dañosas para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, permitiéndose que los interesados presenten nueva propuesta.

Esto es un arma de doble filo, pues si bien es conveniente, y hasta justo, que los intereses de los menores sean protegidos para evitarles los daños que pudieran ocasionarles unos padres desapresivos o irresponsables, atentos exclusi-

-----  
 (1). Proyecto del Gobierno, disp. adicional 2ª-6: Cuando la separación sea solicitada al amparo del número 2 del artículo 86 del Código civil, deberá acompañarse a la demanda, para su aprobación judicial, el convenio regulador de la separación, que versará sobre: a) La persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a patria potestad, el ejercicio de ésta y la comunicación y estancia de los hijos con el cónyuge que no viva con ellos. b) La atribución del uso de la vivienda familiar. c) La contribución a las cargas del matrimonio, en particular, pensiones alimenticias y bases para su actualización. d) La liquidación del régimen económico del matrimonio. Si es uno solo de los cónyuges --

vemente a satisfacer sus deseos egoistas, puede producirse una suplantación de la voluntad de las partes, cuya limitación sólo deberá estar justificada si se aprecia maquinación o engaño por parte de uno de los cónyuges hacia el otro, mas que fijarse en un posible perjuicio, aunque éste se matice con el calificativo de grave.

El Proyecto lleva al divorcio por consentimiento mutuo a través de un camino de rodeo. Será el juez quien, en acto de ejecución de sentencia de separación obtenida al amparo del artículo 86-2, acordará el divorcio por la causa segunda del artículo 91 (1).

En los casos de separación bilateral y posterior divorcio, el juez se asegurará de que el consentimiento de los cónyuges y los pactos que regulen sus efectos es real y no esta viciado, que no hubo interrupción del cese de la convivencia y que no ocasiona graves perjuicios a los hijos, pues en tales casos podrá denegarlo (2).

-----  
 quien promueve la separación, presentará una propuesta de convenio sobre los mismos extremos, a la que habrá de prestar consentimiento el demandado. El Juez mediante resolución motivada, podrá denegar la aprobación del convenio si la estima dañosa para los hijos sujetos a patria potestad o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. En este caso, los cónyuges podrán someter a la consideración del juez nueva propuesta.

(1). Proyecto del Gobierno, disp. adicional 2ª-7: El juez acordará el divorcio, a petición de ambos cónyuges, por la causa segunda del artículo 91 del Código civil, en acto de ejecución de sentencia de separación judicial fundada en el número dos del artículo 86.

(2). Ibid. 2ª-8: Tanto en los trámites de separación como de divorcio, a que se refieren los dos números anteriores, el juez, antes de dictar resolución, deberá asegurarse de que el consentimiento de cada cónyuge a la separación o divorcio y a las condiciones reguladoras de sus efectos es real y no adolece de vicio, de que en el caso del divorcio no se interrumpió el cese de la convivencia conyugal y de que no ocasiona graves perjuicios a los hijos.

#### Juicio crítico del Proyecto del Gobierno.

Aparte de otros defectos, se nos ocurre señalar tres que consideramos importantes. Uno es, naturalmente, el camino que ha de recorrerse para obtener el divorcio bilateral o por mú tuo consentimiento. Ha de obtenerse primero la separación - por común acuerdo, pero "no antes de transcurrido un año desde la celebración del matrimonio" y aún han de esperarse dos años para obtener el divorcio, en ejecución de la sentencia de separación. Esto significa que no podrá haber divorcio bi lateral antes de tres años, en el caso mas favorable, lo cual, contrasta con la tramitación que establecía la Ley de 1.932 en la que contando con la comparecencia inicial -después de la cual se decretaba la separación de los cónyuges- y los dos periodos de seis meses cada uno para otras tantas comparecencias, destinadas a comprobar la persistencia en el deseo de divorciarse, no se tardaba mas de catorce meses en conseguirse el divorcio consensual. Y en cuanto al divorcio unilateral, baste decir que podía tenerse en tres meses y medio si no se apelaba al Tribunal Supremo, y en cinco meses y medio, si se apelaba.

Pero además, el ejercicio del derecho o, si se quiere, la autonomía de la voluntad de las partes queda en el Proyecto mediatizada a que "exista quiebra profunda e insuperable de la comunidad conyugal", lo cual nos sitúa también en realidad ante un divorcio causal, del que queda excluido todo pronunciamiento sobre la mala fe.

Otro defecto es la amplia facultad que se concede al juez para denegar el divorcio "si ocasiona perjuicios graves a los hijos o al otro cónyuge". En los casos de divorcio causal resultaría anómalo que se denegara aquél, manteniendo la exigencia de un matrimonio inviable por concurrir alguna, o varias de las causas que, a través de la separación, pueden llevar al divorcio. En los casos de mú tuo acuerdo, el manteni-

miento del matrimonio se haría en contra de la voluntad de los cónyuges. Claro es que si bien podrá denegarse el divorcio, se podrá, en cambio, conceder la separación, con lo que se resolverán los casos de imposible convivencia, pero subsistirá el vínculo y con él la imposibilidad de que se pueda contraer nuevo matrimonio. Esta facultad judicial debe eliminarse puesto que objetivamente no añade ninguna garantía para el matrimonio o para los hijos y en cambio amplía el margen de discrecionalidad hasta límites que están en contradicción con la claridad y seguridad jurídicas, que en pocos casos es tan necesaria como en las cuestiones matrimoniales.

En tercer lugar se considera más acertado que sea un órgano colegiado y no unipersonal el que decida las controversias en los divorcios causales, y que sea posible llegar al más alto tribunal, como se establecía en la Ley de 1.932- y propone el proyecto socialista.

7. Proyecto socialista de ley de divorcio. La minoría socialista formada por el Partido Socialista Obrero Español tiene preparado un proyecto de ley de divorcio que sigue las líneas y hasta reproduce en parte la ley de divorcio de la II República. Este consta de cuarenta y cinco artículos. Los cinco primeros se refieren a los efectos generales que produce el divorcio -la disolución del matrimonio, la legitimación para pedirlo y sus clases (bilateral o por mutuo consentimiento y unilateral o por justa causa) y las causas que pueden fundar el unilateral. Los restantes artículos se distribuyen en cuatro apartados o epígrafes, el segundo de ellos dividido a su vez en tres subepígrafes con las siguientes denominaciones: 1º De los efectos del divorcio. 1) En cuanto a las personas de los cónyuges, artículos 6 al 12; 2) En cuanto a los bienes del matrimonio, artículos trece y catorce; 3).

En cuanto a los alimentos, artículos 15 al 21. 2º Del procedimiento de divorcio, disposiciones generales, artículos 22 al 28 3º Del procedimiento de divorcio por mutuo disenso, artículos 29 al 34, y, 4º Del procedimiento de divorcio por causa justa, artículos 35 al 45.

El Proyecto socialista ha eliminado todo el contenido del capítulo IV de la Ley de Divorcio relativo a la separación de personas y bienes, que ahora no se tiene en cuenta, limitándose, como es lógico, tan solo al divorcio, pues la separación es desde esta posición una figura atípica que la propia Ley de Divorcio acogió con espíritu conciliador.

La comparación de los textos de la Ley de 1.932 y del Proyecto socialista ofrece las siguientes particularidades:

Los artículos 1 y 2 del Proyecto son iguales que los de la Ley, con la leve modificación de aquél suprime la mención "de los Tribunales civiles" y añade "fecha" cuando se refiere a la celebración (1). El artículo 2 establece dos clases de divorcio: el que pueden pedir los cónyuges de común acuerdo y el que puede solicitar uno de ellos basándose en las causas que se especifican (2).

El artículo 3 del Proyecto desarrolla el repertorio de causas justas. La primera transcribe la número doce de la Ley en cuanto que la separación de hecho durante un año es motivo de divorcio. La Ley exigía tres años. La mención que se hace de "la firmeza de la sentencia" parece referirse a una sentencia de separación cuya regulación hay que pensar que el Proyecto supone que regulará el Código civil, y en este aspecto

-----  
 (1). Proyecto socialista, artº.1: El divorcio, decretado por sentencia firme en los términos de la presente ley, disuelve el matrimonio cualesquiera que hubiesen sido la forma y fecha de su celebración.

(2). Ibid. artº.2: Podrán solicitar el divorcio ambos cónyuges de común acuerdo o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en esta ley.

refunde el contenido del artículo 37 de la Ley que autorizaba a dictar sentencia de divorcio a petición de los cónyuges transcurridos dos años si lo hacían los dos, y tres años, si lo hacía uno solo(1).

La no consumación del matrimonio de la causa segunda, es nueva, aunque el caso estaba incluido en la primera parte de la causa octava de la Ley, ya que la no consumación del matrimonio es una violación grave de los deberes matrimoniales. En la legalidad vigente es una causa de nulidad del matrimonio (2).

La causa tercera hace mención de la esterilidad para procrear. En la Ley lo era la impotencia sobrevenida en el matrimonio. En uno y otro casos el precepto es incompleto, pues debe de contemplar los dos tipos de impotencia, la inhabilidad para el coito y para engendrar (3).-

La causa cuarta del Proyecto es la octava de la Ley, que en la segunda parte se refería a la conducta que produjera perturbación en las relaciones familiares (4).

-----  
 (1). Proyecto, artº.3,1: El transcurso de un año desde la firmeza de la sentencia o desde la separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida.

(2). Ibid, artº.3,2: La Falta de consumación del matrimonio a partir del año de su celebración.

(3). Ibid., artº.3,3: La esterilidad de uno de los cónyuges antecedente al matrimonio e ignorada por el otro, así como la esterilidad sobrevenida con posterioridad al matrimonio cuando no exista descendencia común. En ambos casos, la acción no podrá ser ejercitada hasta que hayan transcurrido tres años desde la celebración del matrimonio. (Este era el plazo dado por Justiniano en la Novela 22,6. El Código del mismo emperador señalaba dos años).

(4). Ibid.3,4. La conducta o situación personal de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insoportable o muy difícil para el otro cónyuge o para los hijos la continuación de la vida en común. (Al hablar de los hijos, ha debido distinguirse entre relaciones matrimoniales y familiares)

La causa quinta incorpora el adulterio, que estaba en la causa primera de la Ley, si bien ahora se le llama quebrantamiento de la fidelidad conyugal. Tal vez sería mas acertado señalar el adulterio, puesto que "fidelidad conyugal" es un concepto mas amplio que comprende aquél, pero no se agota en él. Esta refunde la septima de la Ley, limitando a tres años el plazo de ejercicio de la acción-- (1).

La toxicomanía y el alcoholismo de la causa sexta es nueva, aunque podía considerarse también incluida en la octava de la Ley (2).

La causa séptima del Proyecto es, con ligeras variaciones de redacción, igual que la del mismo orden de la Ley, referidas al atentado contra la vida de un cónyuge o de los hijos (3).

La bigamia se trata en la causa octava del Proyecto como en la segunda de la Ley (4)

Al desamparo de la familia se refiere la causa novena. Su texto es mas escueto que el de la Ley, la cual mencionaba que el desamparo había de ser sin justificación (5)

-----  
(1). Proyecto, artº.3,5: El quebrantamiento de la fidelidad conyugal no consentido ni perdonado. En todo caso, la acción solo podrá ejercitarse dentro de los seis meses a partir del momento en que se tuvo conocimiento de ello y nunca despues de transcurridos tres años.

(2). Ibid.artº.,3,6: El alcoholismo y la toxicomanía.

(3). Ibid.artº.3,7: Los malos tratamientos de obra y las injurias graves reiteradas así como las acciones que puedan poner en peligro la vida del otro cónyuge, de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges.

(4). Ibid.artº.,3,8: La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges.

(5) Ibid.artº.,3,9: El desamparo de la familia.

El abandono del cónyuge o de los hijos es la causa décima del proyecto. La mención de éstos es una innovación respecto de la causa quinta de la Ley, si bien esta exigía que el abandono fuera "culpable" (1).

Que uno de los cónyuges desaparezca durante un año es la causa once, equivalente a la sexta de la Ley, aunque ésta exigía el transcurso de dos años, contados desde la sentencia de separación -cuando la hubiera- o desde la declaración judicial de la ausencia. El proyecto no dice que sea necesaria dicha declaración pero se supone que si lo será y que el plazo se computará desde el momento en que esta tenga lugar y sea firme (2).

La causa doce es nueva. Sin embargo, la negativa a procrear o al acto conyugal podrían considerarse incluidos en la causa octava de la Ley (3).

Por fin, la causa trece habla de la inducción a la prostitución del cónyuge o de los hijos. Su correlativa era la tercera de la Ley, que se refería a la simple tentativa tanto de prostitución como de corrupción (4).

No se mencionan en el proyecto las causas novena, once y trece de la Ley, referida la primera al caso de enfermedad venérea; la segunda, a la pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años, y, la tercera, a la enajenación mental, las cuales, por su especificidad merecerían ser tenidas en cuenta.

-----  
 (1). Proyecto socialista, artº. 310: El abandono durante un año del cónyuge o de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges.

(2). Ibid. artº., 3, 11: La desaparición sin noticias de uno de los cónyuges durante un año.

(3). Ibid. artº., 3, 12: La negativa permanente a la procreación o al acto conyugal.

(4). Ibid. artº., 3, 13: La inducción a la prostitución del cónyuge, de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges.

El artículo cuarto del proyecto parece innecesario ya que en realidad, todas las causas a que se refiere el tercero, o producen la ruptura de la vida conyugal, o dan lugar al deterioro de la paz doméstica. Si se ha querido salvar con él la omisión de cualquiera otra causa no enunciada en el artículo anterior, lo cierto es que con él se posibilita el divorcio unilateral sin causa, con solo alegar el que lo solicite que se ha producido la ruptura o el deterioro de la paz doméstica. Su misma generalidad destruye la delimitación que se persigue establecer con el repertorio de causas justas de divorcio, pues cualquiera de los cónyuges puede instarlo con base en este artículo (1).

En el artículo quinto del proyecto se trata de la legitimación. Están legitimados los dos cónyuges para pedir el divorcio por haber transcurrido un año desde la sentencia firme de separación o desde la separación de hecho. Para las restantes causas sólo lo estará aquél a quien no le sean imputables (2).

Desde el punto de vista de la legitimación se plantea una contradicción entre los artículos cuatro y cinco. Si el divorcio por ruptura o deterioro de la paz doméstica puede pedirse por cualquiera de los cónyuges "con independencia de que concurren algunas de las causas del artículo anterior", el cónyuge al que le pueda ser imputable alguna de tales causas puede saltarse la prohibición implícita en sentido contrario accionando al amparo del artículo cuatro.

-----  
 (1). Proyecto socialista, artº.4: Con independencia de que concurren algunas de las causas recogidas en el artículo anterior, el divorcio podrá ser solicitado por cualquiera de los cónyuges cuando exista ruptura de la vida conyugal o deterioro de la paz doméstica.

(2). Ibid.artº.5: Cualquiera de los cónyuges estará legitimado para ejercitar la acción de divorcio de la causa 1ª del artículo 3. En las restantes causas de dicho artículo solo estará legitimado el cónyuge a quien no le sean imputables.

El proyecto suprime el derecho del interdictado a solicitar el divorcio que le reconocía el artículo seis de la Ley y tampoco regula, como hacía el artículo siete de ésta, el ejercicio de la acción, ni se determina si la sentencia debe de contener pronunciamiento de culpabilidad del cónyuge que hubiere dado lugar al divorcio, ni se hace referencia a la posible reconciliación de los cónyuges, como precisaba el artículo nueve de aquella.

#### De los efectos del divorcio.

##### 1. En cuanto a las personas de los cónyuges.

El artículo sexto del proyecto declara, como lo hacía el décimo de la Ley, que por sentencia firme de divorcio los cónyuges quedan en libertad de contraer matrimonio, pero sin señalar plazos ni tener en cuenta el artículo 45-2º del Código civil sobre la espera de trescientos un días que debe de guardar la mujer, aunque por analogía y supletoriamente deberá observarse lo que éste dispone (1).

También omite el proyecto el artículo once de la Ley, que autorizaba a los divorciados a contraer nuevo matrimonio entre sí, pero vedándose a los declarados culpables dos veces por tentativa de prostitución.

El artículo siete del proyecto es igual que la primera parte del doce de la Ley. La facultad que el segundo párrafo le éste atribuya al juez para determinar cómo el cónyuge que no conserve en su poder los hijos habrá de cumplir sus obligaciones para con ellos, se regula en el párrafo 2º del artículo ocho del proyecto (2). Por tanto hay que suponer -

-----  
 (1). Proyecto socialista, artº.6: Por la sentencia firme de divorcio los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio.

(2). Ibid.artº.7: El divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

que la intención es que sea el juez el que provea sobre tal extremo, o, al menos, quien apruebe el eventual convenio entre los cónyuges.

En el artículo ocho del proyecto se refunden los artículos 12, 14 y 15 de la Ley, con la novedad de que el juez podrá determinar que la patria potestad sea compartida y la posibilidad de que este mismo órgano, de oficio o a instancia de parte, pueda oír el dictamen de peritos (1).

No se tiene en cuenta el artículo trece de la Ley que concedía a los hijos la conservación de los derechos y ventajas que les reconocen las leyes, bien derivados de sus padres o de otras personas, aunque no pudieran ejercitarlos sino en los casos en que podrían hacerlo de no haber mediado el divorcio.

Los artículos nueve, diez, once y doce del proyecto se corresponden en contenido con los artículos dieciseis, diecisiete, dieciocho, párrafo segundo, y diecinueve, de la Ley, por éste orden, siendo el artículo doce menos completo que su corre-

-----

(1). Proyecto socialista, artº. 8: Los cónyuges podrán acordar a cuál de ellos corresponderá la custodia y el ejercicio de la patria potestad de los hijos comunes a ésta sometidos. Este acuerdo será aprobado o modificado por el juez, quien podrá explorar la voluntad de los hijos.

A falta de acuerdo, el juez decidirá, teniendo siempre en cuenta la conveniencia de los hijos, a cuál de los cónyuges corresponderá la custodia y el ejercicio de la patria potestad sobre éstos o los proveerá de tutor conforme a las disposiciones del Código civil. Fijará también la forma en que el padre o madre que no tenga en su compañía a los hijos deba de contribuir al cumplimiento de sus obligaciones.

El juez podrá determinar también que la patria potestad sea compartida.

En todos los supuestos previstos en los párrafos anteriores, el juez podrá recabar de oficio el dictamen de peritos conforme a las circunstancias del caso y deberá hacerlo a instancia de parte.

(En lo que se refiere al derecho de visita de los hijos, no estaría de más que se arbitraran fórmulas para hacer efectivo un derecho que muchas veces se hace imposible por maniobras del otro cónyuge)

lativo, aunque incorpora la novedad de que el juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciseis años si lo pidieron, previa audiencia de aquellos. La petición parece que habría de ser hecha por los hijos y la audiencia efectuada por los padres (1).

## 2. En cuanto a los bienes del matrimonio.

El artículo trece del proyecto es prácticamente igual que el veintiuno de la Ley: El divorcio disuelve la sociedad conyugal, pero mientras en aquél se determina que procede inmediatamente la liquidación, este se limitaba a reconocer la facultad para pedirla y para hacer la separación de bienes (2).

Se omite en el proyecto lo que sobre la materia de bienes del matrimonio disponían los artículos veintidós y veinticuatro a veintisiete de la Ley, relativos a la adquisición por los divorciados de la libre disposición y administración de los propios y de la porción que les corresponda en los

-----  
(1). Proyecto socialista, artº.9: El régimen de custodia y patria potestad establecido conforme al artículo anterior podrá ser posteriormente modificado por el juez, de oficio o a instancia de parte interesada, en virtud de causas graves y en interés de los hijos.

Ibid. artº.10: El cónyuge que hubiera sido privado de los de rechos inherentes a la patria potestad los recobrará a la muerte del otro cónyuge, salvo que el juez, teniendo en cuenta la conveniencia de los hijos, decida proveerles de tutor.

Ibid. artº.11: Quien no tenga los hijos bajo su custodia con servará el derecho de comunicar con ellos en el tiempo, lugar y forma que determine el juez.

Ibid. artº.12: En caso de ulteriores nupcias del padre o de la madre, el juez podrá conceder la emancipación de los hi-jos mayores de 16 años, si lo pidieron, previa audiencia de aquellos. Cuando el nuevo matrimonio haya sido contraído en régimen distinto del de separación de bienes, se nombrará ju-dicialmente un gestor del patrimonio de los menores.

(2). Ibid. artº.13: La sociedad conyugal queda disuelta por la sentencia firme de divorcio, procediéndose inmediatamente a su liquidación.

gananciales, que no por obvio debiera dejarse de citar; del régimen de los bienes cuando los divorciados vuelven a contraer matrimonio entre sí; del ejercicio de los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos; de si pueden o no reclamarse las donaciones o promesas y las condiciones que deben concurrir para ello, o qué ocurre con las disposiciones de los artículos 834, 1.374 y 1.420 del Código civil. Y si todo ello puede estar referido a situaciones diferentes del divorcio, convendría que la nueva ley confirmara o excluyera expresamente lo que deba mantener su vigor o debiera ser derogado.

En el artículo catorce encontramos la novedad de "la utilización de la vivienda que ambos hubiesen compartido". Pese al ámbito general que puede tener la disposición, se apunta aquí con toda claridad a los casos de viviendas en propiedad, modalidad muy difundida en los últimos tiempos (1).

### 3. En cuanto a los alimentos.

El artículo quince sobre los alimentos persigue el mismo fin que la Ley en el artículo veintiocho, pero teniendo ahora en cuenta una serie de circunstancias que el juez habrá

-----  
 (1). Proyecto socialista, art.º 14: En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, la sentencia determinará cual de ellos y por cuanto tiempo podrá seguir utilizando la vivienda que ambos hubiesen compartido. Para esta decisión se tendrán en cuenta las necesidades de los cónyuges y la existencia de los hijos sometidos a patria potestad, incluso en el caso de que la vivienda fuese bien privativo del cónyuge al que no se le hubiese confiado la patria potestad de los hijos. En este último supuesto, el cónyuge a quien no pertenezca la vivienda satisfará al otro la renta fijada por el juez en la sentencia. Cesará el derecho a la ocupación de la vivienda del otro cónyuge transcurrido el plazo señalado por el juez, salvo prórroga judicialmente concedida, o cuando concurran circunstancias que, apreciadas discrecionalmente por el juez, así lo justifiquen.

de tener en cuenta, todas las cuales pueden resumirse en las posibilidades de desenvolvimiento del cónyuge. Se ha prescindido de exigir la prestación de los alimentos al cónyuge culpable o responsable del divorcio. Claro es que con este régimen, puede darse el caso de que el cónyuge al que se le pueda imputar alguna de las causas de divorcio se beneficie además de los alimentos prestados por el cónyuge cuyos derechos se han lesionado (1). Se quiera o no, la existencia de una serie de causas justas de divorcio tiene necesariamente que dar lugar a un responsable de la ruptura de matrimonio, y a un lesionado, - si se quiere eludir los términos culpable e inocente, pero en cualquier caso no puede olvidarse la cuestión de fondo que esa relación bipolar plantea.

El artículo dieciseis del Proyecto puede dividirse - en dos partes: una que supone novedad frente a la Ley, ya que establece que la sentencia determinará la duración de la pensión, es decir, el límite temporal de la misma, atendidas las circunstancias, particularmente la edad, estado de salud y posibilidades de trabajo del alimentista. La segunda parte autoriza al alimentista a pedir--

-----  
 (1). Proyecto, artº.15: En defecto de acuerdo de los cónyuges, aprobado por el juez, la sentencia de divorcio determinará si uno de los cónyuges habrá de pagar, independientemente de su contribución al mantenimiento de los hijos comunes, una pensión alimenticia al otro. Para ello tendrán en cuenta, valorándolos globalmente los siguientes criterios:

1. La edad y el estado de salud de los cónyuges.
2. La cualificación profesional y las posibilidades reales de obtener empleo.
3. La situación económica que tenía el matrimonio, así como la contribución personal y económica de cada cónyuge a la formación del patrimonio familiar.
4. El patrimonio personal e ingresos de los cónyuges divorciados.
5. La duración del matrimonio.
6. La conducta de los cónyuges.

la revisión de la pensión tanto en lo que se refiere a la cuantía como a la duración (1). Por su lado, el artículo diecisiete del Proyecto establece la posibilidad de la actualización de la pensión de acuerdo con las variaciones del índice del coste de vida. Estos dos supuestos los había tenido en cuenta el artículo treinta de la Ley, en líneas generales (2).

Los artículos dieciocho y diecinueve del Proyecto se refieren a lo que resumía el veintinueve de la Ley (3) La obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del alimentista, por contraer éste nuevo matrimonio y por sostener relación estable análoga, pero amplía tales causas con la remisión al Código civil, que aunque no se citan expresamente, son los números 151 y 152, si bien de las que este enumera ha de excluirse la muerte del alimentista que ha sido mencionada separadamente. En cambio se produce la inaplicación expresa del artículo 150 de dicho Código, al determinarse, contra lo que éste dis-

(1). Proyecto, artº.16: La sentencia determinará igualmente si la pensión tiene carácter indefinido, o en caso contrario, el límite temporal de la misma, teniendo en cuenta las circunstancias señaladas en el artículo anterior y en especial la primera y la segunda. Cualquiera de los interesados podrá pedir su revisión, tanto por lo que se refiere a la cuantía como a la duración, cuando alguna de dichas circunstancias haya variado.

(2). Ibid.artº.17: La cuantía de la pensión se actualizará anualmente con arreglo a las variaciones del índice del coste de vida, a menos que el cónyuge obligado acredite que sus ingresos no permiten tal actualización.

(3). Ibid.artº.18: El derecho a los alimentos cesará por las causas establecidas en el Código civil y por contraer el alimentista nuevo matrimonio o sostener relación estable análoga.

Ibid.artº.19: La obligación de pagar alimentos se transmitirá a los herederos de quien haya de prestarlos.

pone, que la obligación de pagar alimentos se transmitirá a los herederos de quien deba prestarlos.

El artículo veinte coincide con el treinta y uno de la Ley: el alimentista puede exigir la garantía del obligado mediante hipoteca sobre los bienes de éste (1).

También se corresponden el artículo veintiuno del proyecto con el treinta y dos de la Ley, aunque aquél suprime la multa que establecía este en caso de incumplimiento por el obligado y la prisión en caso de reincidencia, que se substituye por la sanción del duplo de la sanción si hay retraso, o con el cuádruplo si hay reincidencia (2).

#### Del procedimiento de divorcio: disposiciones generales.

La competencia en materia de divorcio se atribuye al juez de Primera Instancia, en instancia única para los divorcios por consentimiento mutuo, y como instructor en los casos de divorcio por justa causa. El artículo veintidos del proyecto es análogo, en este sentido, al treinta y nueve de la Ley, pero incorpora como novedad la prohibición de sumisión expresa de los cónyuges a juez distinto del que les corresponde. Determina también que el juez examinará de oficio su com-

(1). Proyecto socialista, artº.20: El alimentista podrá exigir la constitución de hipoteca sobre los bienes inmuebles del obligado a dar alimentos, suficiente para garantizar el cumplimiento de la obligación. Si el obligado careciese de dichos bienes o fueren insuficientes, el juez determinará las garantías que haya de prestar.

(2). Ibid. artº.21: El cónyuge divorciado que estuviese obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes en virtud de convenio aprobado judicialmente o de resolución judicial y que culpablemente dejara de pagarla durante dos meses consecutivos, o tres alternos, deberá indemnizar los perjuicios ocasionados al alimentista en cuantía mínima del duplo de las pensiones atrasadas. En caso de reincidencia la indemnización no será inferior al cuádruplo.

petencia, oído el Ministerio Fiscal (1).

El artículo veintitrés sobre la intervención del fiscal - cuando existan menores, ausentes o incapaces, reproduce el cuarenta y cinco de la Ley, omitiéndose, sin embargo, la referencia al artículo 165 del Código civil que entonces se hacía (2).

El artículo veinticuatro del proyecto incorpora parte del cuarenta y el veintitrés de la Ley. Se refieren a la administración de los bienes de la sociedad conyugal, que la conserva el que la tuviera, aunque limitando su capacidad para enajenar, que queda supeditada a la autorización del otro o judicial, y a la posibilidad de anotar la demanda de divorcio en los registros que corresponda (3)

-----  
 (1). Proyecto socialista, artº.22: Será juez competente para la instrucción de los procedimientos de divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será juez competente el del último domicilio o el de la residencia del demandado. Queda prohibida la sumisión expresa de las partes que altere lo establecido en el párrafo anterior. El juez examinará de oficio, oído el Ministerio Fiscal, su propia competencia.

(2). Ibid. artº.23: El Ministerio Fiscal será parte en el juicio sólo cuando existan menores, ausentes o incapacitados  
 ( El artículo 165 del C.civil se refiere al nombramiento de un defensor judicial a los hijos cuando en algún asunto sus intereses sean contrapuestos con los del padre o la madre)

(3). Ibid. Artº.24: Una vez iniciado el procedimiento y durante la tramitación del mismo, el cónyuge que tuviera la administración de los bienes de la sociedad conyugal la conservará, si bien, para enajenar o gravar dichos bienes necesitará la conformidad del otro o, en su defecto, la autorización judicial. Los actos que dicho cónyuge realice en contra de lo dispuesto en el párrafo anterior no perjudicarán al otro cónyuge. Siempre que proceda, la demanda de divorcio por mutuo consentimiento o por causa justa podrán anotarse en los registros que correspondan según la naturaleza de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal.

Admitidas la demanda o petición a trámite del divorcio el Juez ha de adoptar medidas provisionales mientras dura la substanciación del pleito. De ello se ocupa el artículo veinticinco del Proyecto en un texto que reproduce en su conjunto el del artículo cuarenta y uno de la Ley, con las siguientes modificaciones: el domicilio se lo señalará el Juez al cónyuge que conserve la custodia de los hijos; éstos estarán bajo la custodia del que convengan entre ellos, previa aprobación judicial del acuerdo, y a falta de éste, el mismo juez lo determinará. No importan las edades de los hijos a efectos de concederla a uno u otro cónyuge; se cuida de declarar el derecho del que no los tenga en su poder a comunicar con ellos. Los alimentos se señalarán a los hijos y al cónyuge que carezca de bienes o ingresos suficientes. El artículo de la Ley citado, determinaba la guarda de los hijos menores de cinco años a la madre y los mayores al padre, y en el caso de los alimentos los señalaba a la mujer. Se prescinde en la propuesta de que el Juez dicte medidas para evitar que el marido perjudique a la mujer en la administración de los bienes. Aunque no se diga, la ejecución de las disposiciones señalará por el trámite de incidencias (1).

-----  
 (1). Proyecto, artº.25: Admitidas la demanda o petición a trámite, el Juez adoptará, hasta que exista sentencia firme en el pleito, las medidas siguientes:

1. Separar a los cónyuges en todo caso.
2. Señalar, en defecto de acuerdo aprobado por el Juez, a cual de los cónyuges corresponde la custodia de los hijos durante la tramitación del pleito. El cónyuge que no tenga a los hijos bajo su custodia tendrá derecho a comunicar con ellos en el tiempo y forma que el Juez establezca.
3. Determinar el domicilio del que conserve la custodia de los hijos.
4. Señalar en su caso alimentos al cónyuge que no posea bienes propios o ingresos suficientes y a los hijos que queden bajo su custodia.

Si alguno de los cónyuges solicita la defensa por pobre, puede obtener este beneficio sin necesidad de previa justificación si estuviera notoriamente comprendido en alguno de los motivos del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El derecho se lo reconoce el artículo veintiseis del Proyecto, que concuerda, en general, con el cuarenta y dos de la Ley, si bien la ley general procesal exige que se justifique la falta de medios (1).

El artículo veintisiete del Proyecto refunde y simplifica los artículos sesenta y cuatro y veintitrés de la Ley, disponiendo la inscripción de la sentencia firme, de oficio, en el Registro civil; también se anotará en los registros que corresponda, siempre que proceda, si bien no está claro si también de oficio. No se menciona la inscripción en la partida de nacimiento de los cónyuges, como disponía la Ley (2)

La preferencia en la tramitación de los pleitos de divorcio del artículo veintiocho del Proyecto, se corresponde con el cincuenta y uno de la Ley, que establecía esta prioridad en el caso de vista en la Audiencia (3).

-----  
 (1). Proyecto, artº.26: Cuando se solicite, tanto por el actor como el demandado, la defensa en beneficio de pobreza, el Juez deberá habilitar de pobreza a quien lo solicite, sin necesidad de previa justificación siempre que estuviera notoriamente comprendido en alguno de los casos mencionados en el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento civil y presentare declaración jurada y circunstanciada de tales extremos.

(2). Ibid.artº.27: La sentencia firme de divorcio se comunicará de oficio al Registro Civil y, siempre que proceda, se anotará en los registros que corresponda según la naturaleza de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal.

(3). Ibid.artº.28: En todo caso, los procesos regulados por la presente Ley se tramitarán con preferencia a los demás procedimientos civiles.

Del procedimiento de divorcio por mutuo disenso.

El artículo veintinueve del Proyecto socialista es equivalente al artículo cincuenta y ocho, en relación con el cuarenta y seis de la Ley. La comparecencia por escrito de las partes ante el juez en los casos de divorcio por mutuo disenso, podrá hacerse ahora personalmente por los cónyuges o asistidos de procurador y letrado, mientras que la Ley exigía la presencia de éstos también en estas causas (1). No será necesario exponer las causas por las que se insta el divorcio consensual.

Admitida la petición, dentro de los tres días siguientes se citará a los cónyuges por separado para que se ratifiquen. En esto concuerdan los artículos treinta del Proyecto y cincuenta y nueve de la Ley, aunque en aquél no se dice que el juez investigará mediante un interrogatorio escrupuloso la verdadera voluntad de divorcio. Se elimina también la mención a la separación que esta contenía (2).

Los artículos treinta y uno del Proyecto y sesenta de la Ley, disponen lo mismo en cuanto a las medidas que debe adoptar el juez una vez hecha la ratificación (3).

-----  
 (1). Proyecto socialista, artº.29: El procedimiento de divorcio por mutuo disenso se iniciará mediante petición por escrito a la que podrá adjuntarse el proyecto de convenio si lo hubiere. Los cónyuges comparecerán ante juez competente por sí mismos o mediante Procurador asistidos o no de letrado.

Las partes podrán guardar silencio sobre las causas del divorcio.

(2). Ibid.artº.30: Una vez admitida la petición, dentro de los tres días siguientes, se citará a nueva comparecencia a cada uno de los cónyuges por separado para que se ratifiquen en la misma.

(3). Ibid.artº.31: Ratificada la petición, el juez decretará la separación y adoptará las medidas provisionales relativas a las personas, bienes y alimentos de los cónyuges y de los hijos, según el proyecto de convenio o, en su caso, según lo dispuesto en la presente Ley.

Transcurridos tres meses desde la comparecencia de ratificación, el artículo treinta y dos del Proyecto dispone una nueva citación para tres meses mas tarde, despues de la cual, si hay nueva ratificación, se decretará el divorcio. El artículo sesenta y uno de la Ley señalaba el plazo de la segunda citación en seis meses (1).

Según el artículo treinta y tres del Proyecto, la resolución de las causas de divorcio por mútuo disenso serán dadas por el Juez de Primera Instancia, lo que concuerda con la última parte del artículo sesenta y dos de la Ley. Se omite, sin embargo, la tercera y última citación tambien para seis meses mas tarde, que disponía éste, antes de la resolución judicial, con lo que el plazo para obtener el divorcio por mútuo consentimiento queda reducido ahora a algo mas de tres meses en lugar del año que determinaba la Ley. Contra la resolución decretando el divorcio, cabe la apelación ante la Sala de lo civil de la Audiencia territorial (2).

La falta de asistencia de una de las partes a una de las comparecencias se interpretará como desistimiento. En ello hay concordancia entre el artículo treinta y cuatro del Proyecto y el sesenta y tres de la Ley (3).

-----  
 (1). Proyecto, artº.32: El Juez citara a los cónyuges a nueva comparecencia una vez transcurridos tres meses desde la primera. Si los cónyuges se ratifican de nuevo en su voluntad de divorciarse, el Juez decretará el divorcio por mútuo disenso y adoptará las medidas sobre los cónyuges hijos y bienes y alimentos previstas en el convenio que hubiere aprobado o, en su caso, en la presente Ley.

(2). Ibid. artº.33: La resolución del Juez de 1ª Instancia que ponga fin al procedimiento por mutuo disenso, será apelable en ambos efectos ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial correspondiente, de acuerdo con los plazos y normas establecidos para la apelación de los incidentes.

(3). Ibid. artº.34: La falta de asistencia sin justa causa a alguna de las comparecencias antes mencionadas se interpretará como desistimiento y dará lugar al archivo de las actuaciones.

Del procedimiento de divorcio por causa justa.

Por lo que se refiere a las demandas de divorcio por justa causa, se tramitarán por los cauces del juicio ordinario de menor cuantía. El artículo treinta y cinco del Proyecto no contiene la ampliación del plazo para comparecer y contestar la demanda que establecía el artículo cuarenta y tres de la Ley, con el que concuerda en lo restante. Tanto en uno como en otro se elimina la necesidad de acto previo de conciliación (1).

Las partes deberán comparecer en este procedimiento presentadas por procurador y asistidas de letrado, en lo cual coinciden los artículos treinta y siete del Proyecto y cuarenta y seis de la Ley (2).

Se admite el testimonio de personas que el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil consideran inhábiles o recusables por razón de parentesco, interés, secreto profesional o dependencia, y precisamente porque esta cualidad les hace ser mejores conocedores de los problemas de la intimidad familiar. En esto coinciden también el artículo treinta y siete del Proyecto y el párrafo segundo del artículo cuarenta y ocho de la Ley. No se dice en aquél nada en cuanto a los efectos del allanamiento y de la confesión, que antes no podían ser base para una sentencia. Habrá que pensar que ahora sí lo serán (3).

-----  
 (1). Proyecto, artº.35: Las demandas de divorcio se substanciarán por los trámites procesales del juicio de menor cuantía, salvo las modificaciones que establece la presente Ley. No será necesario el acto de conciliación previo.

(2). Ibid.artº.36: Las partes deberán comparecer mediante procurador y asistidas de letrado. La demanda se redactará según las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil.

(3). Ibid.artº.37: Los testigos a que hacen referencia los apartados 1-2-3 y 4 del artº.1.247 del Código civil y artº.660 de la Ley de enjuiciamiento civil podrán ser oídos, valorando el juez su testimonio en conciencia.

Los autos del Juez que causen perjuicio definitivo o denieguen una prueba, autoriza el artículo treinta y ocho del Proyecto a apelarlos ante la Audiencia Provincial. No se establece si lo serán en uno o en ambos efectos, determinación que formulaba el artículo cincuenta y siete de la Ley, que admitía la apelación en general, en un solo efecto (1).

Los artículos treinta y nueve, cuarenta y cuarenta y uno del Proyecto refunden los números cuarenta y nueve, cincuenta y cincuenta y dos de la Ley, con las siguientes modificaciones: concluido el periodo de prueba, y hecho por el Juez el resumen razonado de ella, los autos se envían a la Audiencia provincial, con emplazamiento a las partes por cinco días. Durante los tres días si a la providencia en que se tenga a las partes por personadas, podrán las partes pedir la celebración de vista. Si no pidieran vista, transcurridos cinco días podrán las partes formular escrito de conclusiones. Esto representa una innovación, porque el cincuenta de la Ley disponía que recibidos los autos en la Audiencia, se hubieran o no personado las partes, el Secretario había de hacer un extracto que se ponía de manifiesto a las partes, para instrucción, por cinco días, y por otro periodo igual para instrucción del ponente; la vista se celebraba de todos modos, sin necesidad de petición de parte, y podía ser a puerta cerrada si lo solicitaban alguno de los interesados o se disponía de oficio cuando la moral o el decoro lo exigieran. El Proyecto en esto exige la solicitud de autos o de oficio cuando la sala lo esti-

(1). Proyecto, artº.38: Contra los autos del Juez que causen perjuicio definitivo o denieguen una prueba se dará recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

me oportuno. La Sala dictará sentencia dentro de los cinco días siguientes a la vista o a la providencia de conclusión del pleito (1).

Los artículos cuarenta y dos y cuarenta y tres del Proyecto refunden el artículo cincuenta y tres de la Ley, pero en lugar de señalar los motivos como hacía este, se remiten aquellos a lo que la Ley de Enjuiciamiento civil dispone sobre la casación. Las modificaciones que introduzca el Proyecto, no obstante aquella remisión, son las de exigir que el recurso se interponga dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, con lo que se reduce a la mitad el plazo que señala el artículo 1.700 de la Ley procesal, y que marcaba también la Ley.-- Se reduce también al plazo de formalización del recurso,

-----  
 (1). Proyecto, artº.39: Concluido el periodo de prueba, el Juez, en el plazo de los diez días siguientes, procederá a hacer un resumen razonado de la prueba y un informe sobre los fundamentos de derecho. Cumplido el trámite anterior, se remitirán los autos a la Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes por término de cinco días. Dentro de los tres días siguientes a la providencia en la que se tenga a las partes por personadas podrá cualquiera de éstas solicitar la celebración de vista. Transcurrido el plazo referido sin que ninguna de las partes hubiese solicitado la celebración de vista, aquellas dispondrán de un plazo común de cinco días para formular por escrito sus conclusiones.

Ibid.artº.40: Evacuado por las partes el anterior trámite se dará traslado para instrucción al Magistrado ponente por término de cinco días. Cumplido este término, la Sala, dentro de los quince días siguientes, celebrará la vista si alguna de las partes lo hubiere solicitado. La vista será a puerta cerrada cuando lo pidan ambas partes o la Sala lo estime oportuno.

Ibid.artº.41: La Sala dictará sentencia dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la vista si la hubo o de la providencia de conclusión del pleito.

para lo que las partes cuentan con quince días en lugar de los cuarenta que señala el artículo 1.716 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Ahora bien, estamos, en la regulación de estos artículos, ante una modificación importante, porque lo que la Ley determinaba era la posibilidad de un recurso de revisión por tres causas taxativamente señaladas, en tanto que el Proyecto se acoge al recurso de casación (1).

Los artículos cuarenta y cuatro y cuarenta y cinco del Proyecto incorporan dos novedades. El primero que el acuerdo de las partes en un proceso de divorcio por justa causa convierte la causa en divorcio por mútuo disenso, y si no se llega a una sentencia en éste, puede proseguirse el anterior. Este caso es diferente de la posible reconciliación del artículo nueve de la Ley, a la que el Proyecto no se refiere. El segundo es la condena en costas al cónyuge cuyas pretensiones fueran denegadas, -

-----  
Proyecto, artº.42: Contra la sentencia se podrá interponer recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo por los motivos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento civil.

El Recurso se interpondrá mediante escrito presentado en la Sala que dictó la sentencia dentro del término de cinco días, contados a partir del día siguiente al de la notificación. Se remitirán los autos al Tribunal Supremo, emplazándose a las partes para que en el término de quince días comparezcan formalizando el recurso por escrito. Una vez concluido el trámite anterior, se dará traslado a la otra parte del escrito de formalización del recurrente para que lo conteste en igual plazo.

Ibid:artº:43:Recibidos los autos y formalizado el recurso y su contestación, se señalará, previa instrucción del Magistrado ponente por cinco días, fecha y hora para la vista dentro de los treinta días siguientes al término anterior. Celebrada la vista se dictará sentencia en el plazo de diez días.

aunque el Tribunal puede disponer otra cosa si hay razones fundadas (1).

-----  
(1). Proyecto, artº.44: Si durante la tramitación del pleito se llega a un acuerdo por las partes, se suspenderá el procedimiento de divorcio por justa causa, siguiéndose el establecido para el divorcio por mutuo disenso ante el Juez competente. Si en éste no se llega a sentencia firme, las partes podrán instar la continuación del procedimiento suspendido.

Ibid. artº.45: Las costas del pleito serán a cargo del litigante cuyas pretensiones fuesen desestimadas, salvo en los casos en que el Tribunal, con motivos fundados, dispusiera otra cosa en la sentencia.

## CONCLUSIONES.

Primera. La antropología y la historia han aportado datos sobre las diversas estructuras que ha tenido la familia en las diferentes épocas, en la cual se han manifestado variadas formas de parentesco.

En lo que alcanza el conocimiento histórico de la relación hombre-mujer es posible descubrir que lo que denominamos matrimonio ha sufrido profundas transformaciones a través del tiempo, cambiando la posición relativa de los cónyuges dentro de aquél, desde una situación de completa subordinación de la mujer al marido, hasta la igualdad plena entre ambos que reconoce el derecho moderno occidental. Es un largo camino recorrido, protagonizado fundamentalmente por la paulatina emancipación de la mujer.

Las formas romanas de matrimonio ofrecen reminiscencias de la primitiva compra de la mujer por el marido. No otra interpretación puede darse a la adquisición de la manus o potestad marital, por éste en la *confarreatio*, la *coemptio* o el *usus*, todas las cuales tienen de común -aunque sean "formales" o "imaginarios"- el ser actos jurídicos enderezados a la adquisición de "bienes patrimoniales".

La situación de la mujer en la familia -*in loco filiae*- es característica de su falta de libertad, por mucha que fuera la importancia social que se le quisiera dar. Expuesta al poder omnímodo del pater familias, éste podía prescindir de ella repudiándola -aunque hubiera de alegar o tener algún motivo- mientras que a ella no se le reconocía paralelo derecho de repudio.

Los romanos habían reconocido ya que aunque el Derecho civil negaba a los esclavos la cualidad de personas todos los hombres eran iguales por el Derecho natural (1). El re-

-----

(1). Ulp. D.50,17,32

conocimiento de este hecho evidente había sido ignorado durante siglos por los sistemas de organización sociopolítica y jurídica, que establecieron diferencias de hombre a hombre según su posición en la sociedad y aún entre el hombre y la mujer dentro de una misma clase, y de ahí que la mujer se encontrase supeditada al varón en el matrimonio

Los griegos conocieron la posibilidad de que las mujeres repudiaran también a los maridos. En Roma se manifestaron tendencias liberadoras centradas fundamentalmente en el campo especulativo y filosófico con escasa repercusión en el plano práctico, dificultada su difusión general por la estratificación y la rigidez de la organización estamental existente. No obstante, con la lentitud propia de todo proceso de transformación social, el principio de libertad ganó terreno y el divorcio como medio de disolver el matrimonio se fué generalizando.

Cifrándonos a Roma, que en la cultura occidental comparte con Grecia el fundamento de ésta, el divorcio o ruptura del matrimonio estuvo siempre admitido, bien como facultad exclusiva del marido, bien como facultad de ambos esposos. La argumentación en contra de esta realidad que se manifiesta a partir de los datos histórico-literarios, descubren el intento de justificar la actitud antiodivorcista, que no encuentra correspondencia en el concepto del matrimonio y en las formas de vida romanos.

Segunda. La facilidad de divorcio que se observa en el último periodo de la República no hay que atribuirlo -a nuestro juicio- a la simple degradación de las costumbres, sino a la profunda modificación de la sociedad como consecuencia de las guerras civiles y exteriores que afectan a Roma. Augusto reguló cuestiones matrimoniales sin menoscabo de la tra-

dicional libertad de divorcio a que se había llegado, pues las leyes Iuliae estaban orientadas a fortalecer el crecimiento de la población y a preservar a la clase dirigente.

El comienzo de las restricciones del divorcio coincidió con la extensión de las ideas cristianas y la oficialidad del Cristianismo, otorgada por Constantino. Los emperadores posteriores a éste -salvo Juliano- acentuaron las limitaciones o trabas, supeditándole a la existencia de una "causa grave", aunque sin llegar a prohibirle. El proceso culminó con Justiniano, que le admitió en la primera parte de su reinado y le prohibió completamente al final.

La actitud de Justiniano osciló desde la admisión del divorcio, con el respeto a la libertad que siempre disfrutaron los romanos y la renovación del rechazo de los pactos que le excluyeran o sancionaran, hasta su proscripción.

La indisolubilidad del matrimonio se introdujo como consecuencia de la sacralización del contrato matrimonial.

Tercera. La Reforma modificó el status existente hasta entonces. Al oponerse Lutero al Papa, puso fin a la hegemonía del Derecho canónico, a través del cual se había expresado jurídicamente el matrimonio como sacramento indisoluble, y con ello el poder civil, allí donde el movimiento reformista triunfó, recuperó la jurisdicción en materia matrimonial, separándose en el contrato de matrimonio los caracteres civil y sacral, abriéndose la posibilidad para la regulación de la disolución del matrimonio por medio del divorcio, a lo que contribuyó decisivamente Grocio incluyendo el matrimonio en el ámbito de intereses del Derecho de gentes, con lo que resultaba disoluble desde el ángulo del Derecho Natural racionalista. A partir de Grocio, pues, se desarrolló un derecho matrimonial que aceptó el divorcio frente a la postura tradicional reafirmada por el Concilio de Trento.

Cuarta. En el siglo XVI la Reforma; en el siglo XVII la formulación de Grocio; en el siglo XVIII el paso hacia adelante que representa la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamados por la Revolución Francesa el 26 de agosto de 1.789. Antes se había especulado en los planos religioso y filosófico; ahora se desciende al terreno más particular del individuo y se le reconocen derechos fundamentales, entre ellos el de la libertad. Sin embargo, la aceptación universal -aunque no su práctica- de los derechos fundamentales no se produjo hasta la promulgación de la Carta de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1.948 en cuyo segundo párrafo se dice: " los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los Derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres".

Quinta. La Carta de las Naciones Unidas reconoce como derechos fundamentales del hombre, entre otros, los enunciados en los artículos 16 y 18. El primero dice: "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la Sociedad y del Estado".

El segundo se expresa así: " Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia individual y colectivamente, tanto en público -

como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

Sexta. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre reconoce implícitamente el derecho a disolver el matrimonio, puesto que en el párrafo uno del artículo 16 habla de la igualdad del hombre y de la mujer "en caso de disolución del matrimonio".

Por otro lado se deriva también, a sensu contrario, del párrafo dos del mismo artículo anterior el derecho a disentir, puesto que si "solo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio", se sigue que por el libre y pleno disentimiento deben poder los esposos disolver el matrimonio. En definitiva, está plenamente vigente el principio romano "omne quod ligatur solubile est".

Pero la Declaración Universal de los Derechos del Hombre no crea el derecho sino que se limita a explicitarlo, reconociendo con ello la evidencia que se desprende de la propia naturaleza del hombre, cuya personalidad se trata de poner a cubierto de cualquier opresión o coacción. Y del mismo modo que se puede cambiar de opinión política o de creencia religiosa, puede mudarse en los afectos hacia el otro.

El consentimiento se presta en circunstancias que pueden variar posteriormente. El cumplimiento del contrato matrimonial es la vida íntima de los casados, que no siempre, por desgracia, se desliza sin contratiempos, algunos de tal gravedad que hacen insostenible la vida en común de los casados -razón que impulsó a Justino a derogar la prohibición de divorcio impuesta por su padre- y afectan a la dignidad, libertad y seguridad de los casados, desapareciendo los motivos que sirvieron de base al consentimiento prestado ini

cialmente. El derecho a disolver el matrimonio hay que admitirlo como mal menor, para restaurar la igualdad de derechos de los cónyuges y, paradójicamente, para obtener la tranquilidad de la familia. Las cortapisas para que pueda manifestarse libremente el disentimiento podrían constituir, además de la negación del derecho, la limitación de la libertad personal que proclama como derecho fundamental del ser humano el artículo tres de la misma Declaración Universal de las Naciones Unidas.

Siete. La indisolubilidad del matrimonio en España obedece al concepto que tiene la religión católica del matrimonio - como contrato-sacramento. Pero en el Estado moderno se da una pluralidad de confesiones religiosas y filosóficas que éste, como organización política de la Sociedad, ha de respetar y proteger. Existen, pues, dos planos: el civil, que ha de contemplar la relación de los ciudadanos desde una perspectiva general, legislando de suerte que la ley ampare a todos y cada uno de los individuos, hecha abstracción de sus creencias personales; otro, el confesional o filosófico, que obligará solo a los adeptos de cada filosofía o religión. Bien entendido que en el ámbito civil no puede reconocerse más potestad que la de la ley emanada del pueblo a través de sus órganos legislativos elegidos democráticamente, y que sería contrario a los principios del Derecho político vigente en la Comunidad internacional y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como expresión del Derecho natural de la hora presente, la imposición, por vía exclusiva coactiva, - de una legislación civil que incorporara como norma general la indisolubilidad del matrimonio basada en el dogma de una sola religión, pues ello atentaría contra los derechos de la persona reconocidos en el artículo 18 de la Declaración.

Ocho. Si se tiene en cuenta que el matrimonio ha de surtir

efectos en el ámbito del Derecho civil, en cuanto a éstos han de exigirse por el Estado unos requisitos de fondo y de forma, tanto para la existencia como para la disolución del mismo, que serán independientes de los que en el ámbito privado de cada confesión se exija a quienes además de las normas civiles obligatorias deseen observar los principios o ritos de éstos. El derecho fundamental que enuncia el artículo 18 de la Declaración Universal en cuanto a la libertad, ha de operar - también en el plano confesional, quedando la posibilidad de no rescisión del contrato de matrimonio dentro de la esfera privada de la respectiva confesión o filosofía, sin que estas exigencias particulares puedan trascender al campo del Derecho civil, es decir, no podrán impedir la disolución del matrimonio admitida por el Derecho común.

Nueve. El artículo 32 de la Constitución Española de 1.978, recoge el contenido de la norma enunciada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ha sido ratificada por España y obliga por consiguiente en el territorio de la Nación.

Las Cortes han de proceder al desarrollo legislativo del precepto constitucional elaborando la ley o leyes correspondientes. Teniendo en cuenta que ha de respetarse la libertad de la autonomía individual y corregir las situaciones que planteen una convivencia imposible como consecuencia del comportamiento antijurídico de uno de los esposos, la regulación de la disolución del matrimonio ha de comprender el divorcio bilateral o por el mutuo disenso y el divorcio unilateral o causal. Una ley que omitiera la regulación del divorcio por el común disenso incurriría en inconstitucionalidad ya que vulneraría el artículo 10 de la Constitución vigente.

Diez. El matrimonio es un negocio jurídico bilateral consensual que tiene por objeto la vida en común del varón y de la mujer, y por causa, la legitimación de la prole. Ambos, objeto y causa son de especial importancia para la Sociedad y desde este punto de vista el Derecho ha de prestarle atención especial.

Ahora bien: como las demás instituciones jurídicas, está sujeto también a los cambios que imponen las ideas imperantes en la sociedad, es decir, no es inmutable.

Su indisolubilidad era cuestión de "orden público. Este ha sido definido por la jurisprudencia como "aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social de un pueblo y en una época determinada" (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1.966) y de acuerdo con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 6 de abril de 1.979, éste "tiene carácter relativo, ligado a la concepción social y política de cada momento histórico".

Así, ha sido suficiente que en España se operara la modificación de la norma política fundamental de acuerdo con las nuevas corrientes políticas y que se hayan ratificado determinados acuerdos internacionales, para que lo que se tenía por indisoluble pueda ahora disolverse.

Once. La posibilidad legal de disolución del matrimonio por divorcio bilateral responde a la exigencia de respetar la libertad de decisión de la persona humana; la disolución por el divorcio unilateral o causal, responde a la necesidad de proteger la libertad y la dignidad de quienes puedan ser sujetos pasivos del comportamiento antijurídico del otro cón-

yuge.

El divorcio se encuadra, pues, entre los derechos fundamentales de la persona humana.

## BIBLIOGRAFIA

I. Fuentes	pag.		pag.
a) <u>De Derecho romano</u>			
1. <u>Anteriores a la codificación de Justiniano</u>			
- Codex Theodosianus		2. <u>Justinianeas</u>	
3,13,2	101	- Instituciones	
3,16,1	13	1,4,18,4	110
3,16,2	14-102	1,9,1	41
3,16,2,2	14-15	1,11,7	39
- Nov.Theodosianae		- Digesta	
12	15-103	23,2,1	41
		23,2,26	93
- Nov.Valentinianae		23,2,33	88
35,11	16	23,4,5	93
		24,1,32,13	5-88
- Gai Institutiones		24,1,35	86-87-98
1,111	1-4	24,1,57	90
1,112	60	24,1,64	90
1,113	60	24,2,2,pr.	91
1,137	74	24,2,2,1-2	97
		24,2,3	10
- Collatio legum mosaicarum et romanarum		24,2,33	88
4,2	43	24,2,3,3	97
		24,2,4	98
- Ulp.Regulae		24,2,7	97
6,6	94	24,2,9	9-85-86-97
6,10	94	24,2,11	88
6,12	94	24,2,11,1	91
6,13	94	24,3,22,7	19-21-98
16,1	84	24,3,34	90
		24,3,39	93

	pag.		pag.
	93	- Novellae	
24, 3, 44	87	22, pr.	21-105
38, 11, 1, 19	40	22, 1	22
43, 30, 1, 5	93	22, 3	20-22-59
45, 1, 134	89	22, 4	20-23
48, 5, 2, 2	43	22, 5	23
48, 5, 6, 1	89	22, 6	23-98
48, 5, 11, 2	93	22, 7	24
48, 5, 12, 13	89	22, 8	28
48, 5, 27, pr.	89	22, 9	24
48, 5, 30, 5	89	22, 13	28
48, 5, 31, 1	89	22, 14	25
48, 5, 43	86-97	22, 15	26
48, 19, 17	28	22, 16	26-27
48, 22, 6, pr.	28	22, 18	27
50, 16, 240	95	22, 19	27-100
		117, 5	28
		117, 8	29-30
- Codex.		117, 9	30
5, 17, 5	65	117, 10	20-32-105
5, 17, 8, 12	103	117, 11	32-101
5, 17, 8, 4	17	117, 12	31-105
5, 17, 9	17-26-103	117, 13	33
5, 17, 10	17-21-23	123	34
5, 17, 11, 1	18-27	123, 40	35-101
5, 17, 11, 2	18-21-27-105	127, 4	34-98
5, 17, 11, 2 b	93	134	35-56
5, 17, 12	18-27	134, 11	35-99
8, 38, 2	12-41-112	140 pr.	20-36-37
8, 39, 2	5	140, 1	20-38-106
9, 9, 1	43		
9, 9, 34 (35)	98-102		
9, 9, 35 (36)	98		

	pag.		pag.
b) De Derecho moderno		- Código civil español	
- Partidas		103	131
4ª, X, 5	124 /	104	177
		105	183
- Novísima Recopilación		108	151-158
I, I, 13	126	142	155
		150	216
c) De Derecho contemporáneo		151	216
		152	216
- Código civil español		154	150
2	174	165	161
3	174	213	157
32	142	524	161
42	125-128-177	834	141
45	129-130-143-145-159	1374	141
51	133	1420	141
52	142		
56	130	- Código penal	
57	130	449	132
67	129	452	132
68	176	- Ley de Enjuiciamiento civil	
70	140-149-150		
73	140-149-150-177	15	220
75	126	64	157
83,4	129	483	160
83,5	133	524	161
84	130	660	163
92	130	701	163
100	130	1615	166
101	176	- Corpus iuris canonici	
102	176	1012	128
		1143	128

	pag.		pag.
r Leyes, Decretos, Ordenes, Resoluciones		- Leyes, etc.	
R.O. de 17 de abril de 1.872 (Alcubilla, p. 267)	126	Decreto de 2 de marzo de 1.938 sobre pleitos de separación y <u>di</u> vorcio (B.O. 5 octubre 1.938)	172
Ley de Matrimonio civil de 18 de junio de 1.870 (Alcubilla, p.201)	126	Ley de 23 de septiembre de 1.939, derogatoria de la Ley de Divorcio (B.O. 5 octubre 1.939)	172-173
S.T.S. de 28 de octubre de 1.879 (Gaceta 7 diciembre 1.879)	128	Resolución Dirección General Registros y Notariado, de 17 de abril de 1.950 Anuario 1.950	128
Constitución de la II Republica Española de 9 de diciembre de 1.931 (Gaceta de 10 diciembre 1.931)	128	Ley 44/67, de 28 de junio, sobre libertad religiosa. (B.O. 156 de 1 de julio de 1.967)	128-180
Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1.932 (Gaceta 11 de marzo 1.932)	129	Constitucion española de 27 de <u>diciem</u> bre de 1.978 (B.O. 311 de 29 de diciembre de 1.978)	178-180
Ley de Matrimonio civil de 28 de junio de 1.932 (Gaceta 3 julio 1.932)	130		
Ley derogatoria del Matrimonio civil de 12 de marzo de 1.938 (B.O. 21 marzo 1.938)	172		

	pag.		pag.
II. Fuentes literarias		Marcial	
		Epigramas	
Aulo Gelio		6,7	92
Noches Aticas		10,14	92
4,3,2	44-61	10,41	92
10,15	59	205	78
10,23	80	Plauto	
17,21	78	Amphitruo	
Ciceron		925	70-78
Ad Atticum		928	72
1,13,3	64	Casina	
Ad familiares		209	72-76-78
8,7,2	70	Cistellaria	
De domo		266	78
48,125	75	Menaechmi	
De oratore		720	67
1,40,183	73	736	69
1,56,238	74	Mercator	
De re publica		700	69
2,36	6	817	67
Philippicae		820	68-76
2,28,69	64	821	78
Dionisio de Halicarnaso		Miles Gloriosus	
Antigüedades romanas		1276	67
2,25,7	40-44-58-79-92	Stichus	
2,27	67	11	65-67
Ennio		Trinummus	
Cresfonte		266	72
frag.3	66	Truculentus	
		418	70-78

	pag.		pag.
Plinio el Viejo		Tacito	
Historia natural		Anales	
14, 13 (89-90)	43	13, 32	78
Plutarco		Terencio	
Romulo		Hecyra	
6	6-45-61	493	66
22, 3	42-58-64-75-76	654	66
Numa			
3, in fine	6-65-48	Tito Livio	
Quaestiones		1, 58	63
romanae		3, 19	79
14	77	3, 55, 7	75
Polibio		9, 43, 25	61
Historias		Ap. 48	79
6	79		
Pompeyo Festo		Trimalcion	
v. Flammeo	59	Cena	
v. Diffarreatio	59	34, 10	8
San Mateo		Valerio Maximo	
5, 32	19	De dictis et	
Seneca		factis memo-	
De beneficiis		rabilibus	
3, 16, 2	8-71-82	2, 1, 4,	46-61
Suetonio		2, 9, 2	61-78
Augusto		6, 3, 8	79
34, 2	9-83-84-85		

## III. Obras generales, Monografías, Revistas.

Albertario. E.

Corso di diritto matrimoniale e dote.  
Milán, 1.942.

Andreew. M.

Divorce et adultère dans le droit Romain  
classique.  
Revue historique de Droit Français et  
etranger (R.H.). 1.957, p.1 ss.

Alvarez Suarez. U.

El Negocio jurídico.  
Ed. Revista Derecho Privado  
Madrid, 1.954

Accarias. C.

Précis de Droit romain  
Ed. Pichon, Paris, 1.866.

Arias Ramos. J.

Derecho Romano (Apuntes didácticos para  
un curso).  
Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1.951.

Basanof. V.

Les sources chretiennes de la loi de  
Constantin sur le repudium.  
Studi Riccobono, 3, p. 177 ss.  
Ed. G.Castiglia, Palermo, 1.936

Bonfante. P.

Curso di Diritto romano.  
Ed. A. Giuffre, Milán, 1.974

Brini. G.

Matrimonio e divorzio nel Diritto romano.  
Ed. G. Bretschneider, Roma, 1.975 (reedición).

Caes. L.

La terminologie du divorce dans les textes  
juridiques latins et les constitutions  
grecques de Justinien.  
Melanges Van Canwenbergh, p. 167 ss.

La dissolution du mariage sine manu.  
Lovaina, 1.935.

Carney. T.F.

Two notes on Republican Roman Law.  
I Divorce procedure in Rome at the beginning  
of the first century BC.  
A. juridica, 2, 1.959, p. 229 ss.

Caro Baroja. J.

Los pueblos de España.  
Ed. Istmo, Madrid, 1.976.

Castán Tobeñas. J.

Derecho civil español, común y foral.  
Ed. Reus, Madrid, 1.966

Castello. C.

In tema de matrimonio e concubinato nel  
mondo romano.

Ed. A.Giuffr , Milán, 1.940

Cohen. B.

Concerning divorce in Jewish and Roman law.  
Proceedings of the American Academy for  
Jewish research (PAAJR), Nueva York, 1.938.

Jewish and Roman law.

Ed. Seminario de Estudios Judfos.

Nueva York, 1.966.

Corbett. P.E.

The Roman law of marriage.  
Oxford, 1.930.

Daube. D.

Repudium in Deuteronomy.

Studies Blak, 1.969.

Delpini. F.

Divorzio e separazione dei coniugi nel  
diritto romano e nella dottrina de la  
Chiesa sino secolo V.

Turin, 1.956. Rec. Michel J.H. Latomus,  
20, 1.961, p.612 ss.

Dupont. C.

Les constitutions de Constantin et le droit  
privé au debut du IV<sup>e</sup> siecle.

"L'Erma" Bretschneider, Roma, 1.968.

Engels. F.

El origen de la familia, la propiedad privada  
y el Estado.

Ed. Diana, Madrid, 1.932.

Esmeln. E.

Le mariage en Droit canonique.

(ejemplar existente en el Ateneo de Madrid  
sin cubiertas ni guardas).

Flore. G.

Un atto di divorzio.

Studi De Francisci, 1, p. 395 ss.

Fox. R.

Sistemas de parentesco y matrimonio.

Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1.972.

Hernandez-Tejero. F.

El pensamiento jurídico en Valerio Maximo.

Revista de la Facultad de Derecho, de la  
Universidad Complutense, Madrid, vol. XVIII, 49.

Hinojosa Naveros. E.

Historia general del Derecho español.

Madrid, 1.924.

Humbert. M.

Le remariage á Rome.  
Ed. A.Giuffré, Milán, 1.972

Hunter. W.

Roman Law in the order of a code.  
Ed. Colston y Son. Edimburgo.  
Londres, 1.876.

Iglesias

Derecho Romano (Instituciones de Derecho  
privado).  
Ed. Ariel, Barcelona, 1.953.

Jolowicz. H.F.

Roman foundations of modern law.  
Clarendon Press. Oxford, 1.957.

Kaser. M.

Derecho romano privado.  
Ed. Reus, Madrid, 1.968.

Levi-Straus. C.

Estructuras elementales del parentesco.  
Ed. Paidós, Buenos Aires, 1.969.

Longo. G.

Sullo scioglimento del matrimonio per volontà  
del pater familias.  
Bulletino dell'Instituto de Diritto Romano (BIDR) 40,  
1.932, p. 201.

Manresa y Navarro. J.Mª.

Código civil español.  
Ed.Reus, Madrid, 1.956.

Marzo. S. di

Lezioni sul matrimonio romano.  
Ed. "L'Erma", Roma, 1.972 (reimpresión)

Meira. S.A.B.

A legislação romana do divórcio.  
Romanitas, 3, 1.961 (in honorem H.Levy-Bruhl).

Montero. E.

Matrimonio y causas matrimoniales.  
Impta.Saez, Madrid, 1.945.

Morgan. L.H.

La sociedad primitiva.  
Ed. Ayuso, Madrid, 1.970.

Moyle. J.B.

Imperatorum Iustinianorum Institutionum.  
Clarendon Press, Oxford, 1.949.

Orestano. R.

La struttura giuridica del matrimonio romano  
dal Diritto classico al Diritto Giustiniano.  
Ed. A.Giuffrè, Roma, 1.951.

Orestano. R.

La struttura giuridica del matrimonio.  
Bulletino dell' Instituto di Diritto romano  
(BIDR), 47, 1.940, p. 154 y 48, 1.941, p. 88 ss.

Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio  
cristiano e matrimonio romano nell' eta post-  
classica.

Scritti Ferrini, Università de Pavia.  
Milán, 1.942.

Piatelli. D.

Alcune osservazioni sul n° 144 Corpus Papiro-  
rum Judaicarum (CPJ).  
Iura, 18, 1.967, p. 121 ss.

Robleda. O.

El matrimonio en Derecho romano.  
Ed. Universidad Gregoriana, Roma, 1.970.

Rostovzeff. M.

Historia social y económica del Imperio romano.  
Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1.962.

Ripert. G.

Les forces creatrices du droit.  
Ed. Lib. Général de Droit et Jurisprudence.  
Paris, 1.965.

Sciascia. G.

Divorcio e Diritto romano.  
Varietá Giuridiche, 6, 1.956. p.41 ss.

Smith. W.

Smaller history of Rome.  
Ed. G.Routledge y Sons, Londres, s/f.

Solazi. S.

La legge augustea sul divorzio della liberta  
e il diritto civile.  
Bulletino dell'Instituto di Diritto romano  
(BIDR) 51-52, 1.948, p. 327 ss.

In tema de divorzio.  
Bulletino dell'Instituto di Diritto Romano  
(BIDR) 34, 1.925, p. 1 ss.

Schulz. F.

Classical Roman Law.  
Oxford, 1.951.

Schupffer. F.

La famiglia secondo il Diritto romano.  
Ed. F.Sacchetto, Padua, 1.876.

Tarragato. E.

El Divorcio  
Ed. Góngora, Madrid, 1.925.

Volterra. E.

Divorzio della liberta.  
 Studi Riccobono, 3, p. 203 ss.  
 Palermo, 1, 936.

In torno a D. 48, 5, 44 (43).  
 Studi Biondi, 2, p. 123 ss.

Osservazioni sul divorzio nei documenti  
 aramaici.  
 Studi Levi della Vida, 2, p. 586 ss.

Ancora sulla manus e sul matrimonio.  
 Studi Siro Solazi, p. 675 ss.  
 Napoles, 1, 948.

Watson. A.

Rome of the XII Tables. Persons and Property.  
 Ed. Princeton Univ. Press. New Jersey, 1.975.

The law of persons in the later Roman Republic.  
 University Press. Oxford, 1.967.

The divorce of Carvilus Ruga.  
 Revue d'Histoire du Droit (TIDJ)  
 33, 1.965.

Westrup. C.N.

Recherches sur les formes antiques de  
 mariage dans l'ancien Droit romain.  
 Ed. I Kommission Hos Ejnar Munksgaard  
 Copenhagen, 1, 943

Wieacker. F.

Historia del Derecho privado de la Edad  
Moderna.  
Ed. Aguilar, Madrid, 1.957.

Wolf. H.J.

Doctrinal trends in postclassical  
Roman marriage.  
Zeitschrift der Savigny Stiftung (ZSS)  
67, 1.950

Yaron.

Minutiae on Roman divorce.  
Revue d'Histoire du Droit (TIJD)  
28, 1.960 p. 1 ss.

Divortio inter absentes.  
Revue d'Histoire du Droit (TIJD)  
31, 1.963, p. 53 ss.

De divortio varia  
Revue d'Histoire du Droit (TIJD)  
32, 1.964, p. 533 ss.

Sumario

	<u>pag.</u>
I. EL DIVORCIO EN ROMA.	
A. DISOLUBILIDAD E INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO.	
1. Evolución en Roma	1
a) Derecho antiguo y clásico	4
b) Derecho Imperial	12
a') De Constantino a Justiniano	12
b') Justiniano	17
c') Modificación de Justino II	36
B. DISOLUCION POR DIVORCIO	
1. Antecedentes	39
a) Primeros divorcios notables de que se tiene noticia histórica. Análisis crítico	44
b) Supuesta ley de Romulo sobre el repudio	57
2. Derecho antiguo	
a) Periodo de la Republica	63
a') Formas de divorcio	64
b') Causas de divorcio	74
c') El iudicium domesticum	77
b) De augusto a Constantino	82
a') Formas de divorcio	84
b') Causas de divorcio	91
c') El iudicium de moribus	92
c) De Constantino a Justiniano	96
a') Formas de divorcio	96
b') Causas de divorcio	101
c') Abolición del iudicium de moribus	105

## II. EL DIVORCIO COMO INSTITUCION

## JURIDICA MODERNA.

pag.

- |                            |     |
|----------------------------|-----|
| 1. Fundamentación jurídica | 107 |
|----------------------------|-----|

## III. EL DIVORCIO EN ESPAÑA

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Antecedentes  | 122 |
| 2. Intentos de introducción  | 124 |
| 3. Ley de Divorcio de 1.932  | 129 |
| - La culpabilidad  | 138 |
| - Ejercicio de la acción de divorcio                                   | 142 |
| - Efectos del divorcio en cuanto a los cónyuges                        | 145 |
| - Efectos del divorcio en cuanto a los hijos                           | 146 |
| - De los efectos del divorcio en cuanto a los bienes del matrimonio    | 151 |
| - De los alimentos   | 153 |
| - De la separación de personas y bienes                                | 155 |
| - Procedimiento  | 157 |
| - Del procedimiento de divorcio por causa justa y de la separación     | 159 |
| - Del procedimiento en caso de separación o divorcio por mutuo disenso | 166 |
| - Reglas transitorias  | 169 |
| 4. Derogación -abrogación- de la Ley de divorcio de 1.932              | 172 |
| 5. Legislación vigente   | 176 |
| 6. Tendencias actuales   | 177 |
| 7. Proyecto gubernamental de divorcio                                  | 181 |
| - La separación judicial   | 182 |
| - De la disolución del matrimonio                                      | 185 |

	255
	<b>pag.</b>
- De los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio	190
- Disposición transitoria	198
- Disposición adicional segunda	199
- Juicio crítico del Proyecto	204
8. Proyecto socialista de ley de Divorcio	205
- De los efectos del divorcio:	
1- En cuanto a las personas de los cónyuges	211
2- En cuanto a los bienes del matrimonio	213
3- En cuanto a los alimentos	214
- Del procedimiento de divorcio:	
disposiciones generales	217
por mutuo disenso	221
por justa causa	223
IV. CONCLUSIONES	228
BIBLIOGRAFIA.	237

