

TRATAMIENTO DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO

Asunto tan manido como las causas de divorcio, que son las más frecuentes en el fuero eclesiástico, parece que no debiera dar lugar a un estudio que pudiera interesar a los entendidos y ejercitados en tales materias. Sin embargo, como a nuestro consultorio han llegado de diversos provisoratos, y también de sacerdotes particulares, variadas consultas sobre este punto, juzgamos que no carecerá de interés, aun para los avezados a estos asuntos, un estudio sobre algunos puntos que pueden ofrecer duda.

I. DIVORCIO

Divorcio viene de la palabra latina *diverto*. La significación etimológica declárala el jurisconsulto romano GAYO por estas palabras: "*Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est; vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium*" (1). En cuanto que los cónyuges, que por el divorcio se separan, en cierta manera se enajenan en los afectos, o en cuanto por la enajenación de los afectos se separan entre sí, o porque cada uno se va por su lado (2).

No nos parece ocioso traer a colación la etimología de la palabra divorcio, de *diversitate mentium* o *alienatione affectuum*, porque alguna causa de divorcio se nos ha presentado en cuyo escrito de demanda se hace constar que los cónyuges viven y han vivido en perfecta armonía, queriéndose y estimándose mutuamente sobremanera y sin la menor querella del uno contra el otro. Si hubiéramos de fijarnos solamente en esta significación etimológica del divorcio, desde el principio habría de rechazarse tal demanda.

Mas el significado etimológico no siempre coincide con el jurídico.

Existe gran variedad en los autores para designar el divorcio con una palabra adecuada. Ya en el *Código de Hammurabi*, muchos siglos anterior a Jesucristo, descubierto en Mesopotamia (1901 y 1902) se le designa con un término equivalente a *libelo de repudio* (3).

(1) *Digesto*, lib. 23, tit. 2, leg. 2.

(2) FERRARIS, *Bibliotheca canonica...*, verb. *Divortium*, n. 5.

(3) *Coder Hammurabi*, n. 137-143 (Institutum Biblicum. Romae, 1910).

Con este mismo vocablo se le significa en las *leyes de Moisés*: “*Si acceperit homo uxorem et habuerit eam et non invenerit gratiam ante oculos eius propter aliquam foeditatem, scribet libellum repudii et dabit in manu illius et dimittet eam de domo sua*” (4). Este libelo de repudio, que podía dar el marido a su mujer cuando le desagradaba por alguna fealdad, disolvía el vínculo matrimonial, como se lo echó en cara Jesucristo a los fariseos al abolirle: “*Dicunt ei: quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii et dimittere? Ait illis: Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras... Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam... et alteram duxerit, moechatur...*” (5).

En el *Nuevo Testamento* encuéntrase las palabras *discessus* (apartamento), *dimissio* (despido) para significar el divorcio (6).

En el *Derecho romano* era frecuentísimo el uso de la palabra *divorcio*, el cual, sin duda, tenía un sentido único, a saber: la perfecta y perpetua disolución del vínculo matrimonial; pues la mera *séparación* de lecho y habitación era ajena a las antiguas leyes romanas. Y así, en el *Digesto* (lib. 24, título 2, ley 1) se dice: “*Dirimitur matrimonium divortio, morte...*”

En el *Derecho civil moderno* de aquellas naciones que admiten la disolución del vínculo matrimonial suele reservarse la palabra *divorcio* para designar la disolución de este vínculo; y el vocablo *separación*, para significar la disociación de los cónyuges en cuanto al lecho, mesa y habitación, subsistiendo el vínculo.

En *España*, donde el *Derecho civil* no admite la disolución del vínculo matrimonial sino sólo por la muerte de uno de los cónyuges, suele llamarse *divorcio* la mera separación de los cónyuges. Así, la sección 4 del título 4 del libro 1 del Código se intitula “*Del divorcio*”; y el alcance de esta palabra se define a continuación en el artículo 104: “*El divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados.*”

En las *Decretales*, el título 19 del libro 4 lleva la inscripción o rúbrica “*De divortiiis*”. ¿En qué sentido toma esta palabra? En un sentido *lato* y *genérico*, según aparece por el texto de sus nueve capítulos, abarcando como tres especies de divorcio: a) La verdadera disolución del vínculo matrimonial por el privilegio paulino (cap. 8). b) La mera separación de lecho y habitación (caps. 2, 4-7); y c) La declaración de nulidad del matrimonio inválido (cap. 3).

Los *canonistas anteriores al Código canónico* aplican el término *divorcio* bien a la disolución del vínculo (*divorcio perfecto*), bien a la mera separación

(4) *Deuteronomio*, 24, 1.

(5) *MAT.*, 19, 7-9.

(6) *MAT.*, 19, 9; 1 *Cor.*, 7, 10.

ción de los casados en cuanto al lecho, mesa y habitación (*divorcio imperfecto*). Mas ya en el fuero eclesiástico se acostumbra a dar nombre distinto a cada una de aquellas tres especies de divorcio contenidas en el título 19 del libro 4 de las *Decretales*; llamándose *disolución del vínculo* a la verdadera y real cesación del mismo por muerte, por dispensa del matrimonio rato y no consumado, sea por la profesión solemne de uno de los cónyuges, sea por especial concesión del Romano Pontífice (cánn. 1.118 y 1.119), o por el privilegio paulino (can. 1.120); *separación*, a la disociación de los casados en cuanto al lecho y habitación, perseverando el vínculo; *declaración de nulidad*, al acto por el cual la autoridad competente manifiesta autoritariamente que tal matrimonio contraído fué inválido, es decir, no produjo vínculo conyugal.

La palabra *divorcio* no se halla en el *Código canónico actual*, el cual intitula el capítulo 10 del título 7 del libro 3 con el rótulo general "*De separatione coniugum*", y le subdivide en dos artículos: I. *De dissolutione vinculi*. II. *De separatione tori, mensae et habitationis*. Para la declaración de nulidad tiene el título 20 del libro 4, "*De causis matrimonialibus*".

Sin embargo, todavía después del Código el P. VIDAL, en la acomodación a él de la insigne obra del P. WERNZ "*Ius Decretalium*", con el nuevo nombre "*Ius Canonicum*" (t. V, "*Ius Matrimoniale*"; pars V, "*De separatione coniugum*"), intitula el capítulo 1 "*De divortii seu de coniugum separatione*", tomando estos términos en sentido lato y genérico: "*De dissolutione vinculi matrimonii*" (art. 1). "*De separatione a toro et cohabitatione*" (art. 2).

En el extranjero, donde la ley civil admite la disolución del vínculo matrimonial, la palabra *divorcio* tiene un sentido siniestro: la atentada y criminal disolución del vínculo conyugal. En cambio, en España, donde ésta no se admite por el Derecho civil, suele entenderse *divorcio* la mera separación de los cónyuges. Y aun en nuestro lenguaje eclesiástico la palabra *divorcio* la reservamos para significar la mera separación.

Causas de divorcio, pues, entendemos las de mera separación de los cónyuges, en contraposición a las *causas de nulidad de matrimonio* y de *dispensa del matrimonio rato*.

En tal sentido las entendemos en el presente trabajo.

2. HISTORIA

¿Qué procedimiento se seguía en el derecho anterior para las causas de divorcio?

Según el modo de hablar de las *Decretales*, los doctores solamente di-

sertaban sobre el divorcio *por sentencia del Juez o por propia autoridad privada* (7).

En el fuero eclesiástico español se observaba este procedimiento:

1.º Ante el Juez municipal se promovía el acto de conciliación pedido por la parte inocente.

2.º Si resultaba inútil el intento de conciliación, el Juzgado expedía el correspondiente certificado, y con él el Procurador de la parte inocente presentaba la demanda de divorcio al Provisorato.

3.º El Provisor, antes de admitirla, practicaba una pequeña información, en la que declaraban varios testigos presentados por la parte demandante, para cerciorarse de si la demanda era frívola o si tenía siquiera *fumum boni iuris*, apariencia de buen derecho. Si de esta información resultaban indicios de causa de divorcio, el Provisor, con vista del Fiscal, decretaba la admisión de la demanda.

4.º Se citaba a la parte contraria, para que contestase, y se entablaba el pleito según los trámites de los juicios ordinarios de mayor cuantía.

5.º Admitida la demanda, el Notario expedía una certificación de haberse admitido, para que el Juez civil de Instrucción dictase las medidas convenientes sobre el depósito de la mujer, cuidado de los hijos, alimentos y administración de bienes (8).

Se ve, pues, que en el fuero eclesiástico español, antes del actual Código canónico, el divorcio se fallaba por la vía judicial, no por la administrativa.

Claro es que también se admitía la separación por autoridad privada, al menos por causa de adulterio; pero ésta no surtía los efectos jurídicos de la fallada por sentencia judicial.

3. DISCIPLINA VIGENTE

El Código canónico menciona tres procedimientos para el divorcio: a) Por autoridad privada (*propria auctoritate*). b) Por sentencia judicial (*iudicis sententia*); y c) Por decreto del Ordinario del lugar (*auctoritate Ordinarii loci*) (cánn. I.130-31).

(7) OJETTI, *Synopsis rer. moral.*, tom. 2, *Divortium* (Romae, 1911). GASPARRI, *De Matrim.*, n. 1.363 y sigs. (Parisii, 1904).

(8) MUNIZ, *Procedimientos Eclesiásticos*, II, 522.

4. DIVORCIO POR PROPIA AUTORIDAD

Divorcio por adulterio. Por propia autoridad puede establecerse el divorcio cuando el motivo de la separación es el adulterio de uno de los cónyuges. En tal caso el cónyuge inocente tiene siempre derecho a separarse por propia autoridad privada, con tal que el adulterio reúna las condiciones exigidas por el canon 1.129, a saber, que sea:

1. *Verdadero*, es decir, acto carnal consumado de uno de los cónyuges con persona de distinto sexo que no sea su propio consorte.

Al adulterio se equipara la sodomía y la bestialidad, según el sentir más común de los doctores con SANTO TOMÁS: "*Propter vitium contra naturam potest procedi ad divortium; sed tamen non fit ita mentio de ipso (in Evangelio), tum quia est passio innominabilis, tum quia rarius accidit, tum quia non ita causat incertitudinem prolis*" (9).

2. *Cierto*. La prueba más ordinaria de él es la presunción veheméntísima o por conjeturas que engendren una certeza moral del acto consumado. No bastan ósculos, tactos torpes u otras libertades obscenas. Si hubo cópula, se presume perfecta (10).

Como ejemplo de presunciones veheméntísimas se señalan: si se sorprenden hombre y mujer a solas en lugar y horas sospechosas, como en el *mismo lecho*, o *nudus cum nuda* (11); si el hombre frecuenta casas de prostitución.

3. *Formal*, o cometido a sabiendas y voluntariamente. No habrá lugar al divorcio si la esposa es violada por otro hombre a la fuerza, o si uno de los cónyuges tiene coito perfecto con otra persona creyendo que es su propio consorte. Requiere conocimiento y deliberación precisos para cometer tal delito, ya que este divorcio supone delito, y, por tanto, culpa mortal y precedente.

4. *No permitido por la otra parte*. Aunque el otro cónyuge le consienta, no por eso deja de ser adulterio, según la proposición 50, condenada por Inocencio XI: "*Copula cum coniugata, consentiente marito, non est adulterium.*" Pero el adulterio consentido por el otro cónyuge, según doctrina probable (12), no es pecado contra la justicia: "*Scienti et volenti non fit iniuria*". Verbigracia, si la esposa, en su enfermedad, dice al ma-

(9) *Supplem.*, q. 62, art. 1 ad 3 et 4.

(10) S. Cong. del Concilio 18 mar. 1893: *Acta S. Sedis*, 26, 14.

(11) S. THOMAS, *Ibid.*, art. 3 ad 4.

(12) VERMEERSCH, *Theol. Mor.*, tom. 4, *De castit.*, n. 34.

rido: "Puedes satisfacer tu concupiscencia fuera de casa, con tal que lo hagas sin escándalo ni daño de tercero."

5. *No ocasionado por el otro cónyuge.* Por ejemplo, negándole arbitraria y constantemente el débito conyugal, con lo cual engendra discor- dias entre sí, o disponiendo las cosas para sus fines personales egoístas de tal suerte que la otra parte caiga en el adulterio, o instigándole a cometerle, o prostituyendo el marido a su esposa.

6. *No perdonado por su consorte.* Pues el que perdona renuncia a su derecho de separarse.

El perdón puede ser *expreso*, o sea manifestado de palabra o por escrito o por señales, o *tácito*, o contenido en ciertos hechos.

Existe perdón *tácito* si el cónyuge inocente, conociendo el adulterio, prosigue espontáneamente su vida marital con el adúltero; verbigracia, pi- diendo u admitiendo libremente el débito conyugal.

Al perdón no se opone el mero hecho de vivir separados, pues la sepa- ración de hecho puede existir por otras causas, sin que falte el afecto ma- rital. Por el contrario, no es señal suficiente de perdón la mera convivencia en la misma casa, la cual puede existir sin afecto marital.

Hay perdón *presunto de derecho* si el cónyuge inocente, en el término de seis meses, no despide o abandona al adúltero, o no propone contra él legítima acusación.

Esta *acusación* no se entiende la delación del delito al tribunal *en orden al proceso criminal*, para que se le imponga la debida pena; pues en el fuero eclesiástico la acusación criminal se reserva al promotor de la justicia o fiscal (can. 1.934). Significa la petición de divorcio hecha al Juez o al Prelado. Así se entiende en el canon 1.970 la *acusación del matrimonio*, a saber: la petición de declaración de nulidad y la petición de separación de los cónyuges. En el canon 1.971 (§ 1, n. 1) se dice: Son hábiles para *acusar* los cónyuges en todas las causas de *separación* y de nulidad, a no ser que ellos hubieren sido causa del impedimento.

Juzgamos que se presume el perdón si la mujer por otra causa *de hecho*, no *jurídicamente*, se separó del marido, al cual, después de mucho tiempo, acusó de adulterio como cometido durante su ausencia, sin que hubiese he- cho la acusación dentro de los seis meses desde la noticia del adulterio que le achacaba. Porque entonces no se verificaban las palabras del canon 1.129: que despidiese o abandonase al adúltero o propusiese contra él legítima acu- sación en el término de seis meses. Y según esto, en algún caso nos hemos mostrado adversos a la admisión de la demanda de divorcio presentada por la esposa en semejantes condiciones.

La ignorancia del adulterio dentro de los seis meses, si el adulterio es notorio, generalmente no se presume; verbigracia, si el marido notoriamente frecuente casas de prostitución. Si no fué notorio, la ignorancia del mismo en el otro cónyuge se presume, mientras no se pruebe lo contrario (canon 16, § 2). De aquí que si el adulterio fué notorio, generalmente se presume su conocimiento en el cónyuge inocente, mientras éste no pruebe su ignorancia: "*Quid enim si omnes in civitate sciant quod ille solus ignorat?*", dice el jurisconsulto romano ULPIANO (13).

La presunción de perdón, si dentro de los seis meses desde la noticia del adulterio el cónyuge inocente no despidió al adúltero, o no le abandonó, o no propuso contra él acusación, es *praesumptio iuris simpliciter*, que admite prueba en contrario (can. 1.826). Cede ante la verdad demostrada y carece de fuerza si, verbigracia, el inocente probare que no pudo despedir, o abandonar, o acusar al culpable, o que ignoró su derecho de divorciarse o de pedir el divorcio.

7. *No compensado* con el adulterio de la otra parte. Si ambos cónyuges son adúlteros, ninguno de los dos puede divorciarse ni pedir el divorcio por causa de adulterio. "*Paria delicta mutua compensatione tolluntur*" (14).

La compensación de los adulterios sólo tiene lugar antes del divorcio o separación; no, si el inocente, después del divorcio, comete a su vez adulterio; éste no estará obligado a admitir de nuevo al consorcio de la vida conyugal al cónyuge adúltero de quien se divorció. Tal es la doctrina más común (15). Porque: a) El adulterio cometido después de la separación no viola el derecho del otro cónyuge, que ya le había perdido por su propio adulterio juntamente con el divorcio; y b) Así lo expresa el canon 1.130: El cónyuge inocente nunca jamás está obligado a admitir de nuevo al adúltero. "*Coniux innocens... nulla unquam obligatione tenetur coniugem adu-terum rursus admittendi ad vitae consortium.*" Las palabras subrayadas niegan la obligación de admitirle con una fuerza absoluta: *en ningún caso*.

Este derecho del cónyuge inocente a divorciarse por propia autoridad, a causa del adulterio de su consorte, está autorizado por el mismo Jesucristo, que dice: "*Quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit moechatur*" (MAT., 19, 9). Asimismo le autoriza la ley natural, que en los contratos releva de la obligación a la parte inocente cuando la otra le ha quebrantado: "*Frangenti fidem fides non est servan-*

(13) *Digesto*, lib. 22, tit. 6, leg. 9.

(14) *Decretal.*, lib. 3, tit. 16, c. 7.

(15) S. THOM., *Supplem.*, q. 62, art. 9; SANCHEZ, *De Matrim.*, lib. 10, disp. 9, n. 3; VERMEERSCH, *Epit. Iur. Can.*, II, 441 (1940); CAPPELLO, *De Matrim.*, n. 827.

da" (16). Al que falta a su palabra no hay por qué guardarle fidelidad. Y así dice SAN AGUSTÍN: "*Propterea in causa fornicationis licet uxorem dimittere; quia ipsa esse uxor prior noluit, quae fidem coniugalem marito non servavit*" (17).

Divorcio por otras causas. Asimismo, *por propia autoridad* puede establecer el divorcio el cónyuge inocente cuando la causa de él no es el adulterio, sino otra, como la sevicia o malos tratos, la apostasía, la vida criminal o ignominiosa del otro u otro motivo de los admitidos en el canon 1.131. Pero en estos casos la separación *por autoridad propia* sólo se permite *por excepción*, no como en el caso anterior, a saber: solamente cuando, constandingo con certeza el motivo, exista peligro en la demora para que decrete el divorcio el Ordinario del lugar.

Efecto de este divorcio. Mas ¿qué efecto producirá esta separación o divorcio *propria auctoritate*?

Sólo tiene un valor *moral* en orden a la tranquilidad de la conciencia, a saber: el cónyuge inocente puede *licitamente* separarse. Pero tal separación no tiene propiamente valor *jurídico* o en cuanto a los efectos del derecho; de suerte que, sobre todo si la causa del divorcio es oculta, verbigracia, el adulterio, se expone el inocente a que se le obligue en el fuero externo por la autoridad competente a reanudar la vida conyugal con el culpable, surgiendo un conflicto entre el fuero interno y el externo.

Digo que el divorcio *por propia autoridad* no produce los efectos jurídicos del divorcio decretado *por sentencia del Juez* o *por decreto del Ordinario*. Así, aunque la mujer inocente se separe de su marido *in perpetuum, propria auctoritate*, a causa del adulterio de éste, esa mujer no podrá adquirir domicilio propio, sino que conserva necesariamente el domicilio de su marido (can. 93).

La separación *propria auctoritate* no se considera *legítima* en cuanto a los efectos. Así, la Sagrada Congregación de Sacramentos, en su Instrucción sobre el proceso en las causas de nulidad de matrimonio de 15 de agosto de 1936 (18) (art. 6, § 2), define la separación *legítima* de la mujer en orden al fuero del domicilio, la que se hace, por sentencia del Juez o por decreto del Ordinario, *perpetuamente* o *por tiempo indefinido*.

Uxor a viro in perpetuum vel ad tempus indefinitum separata legitime, id est, per sententiam iudicalem competentis tribunalis ecclesiastici, vel etiam civilis a S. Sede vi concordati recognitam, aut per Ordinarii decretum, non sequitur domicilium viri.

(16) Reg. Iur., 75 in Sexto: "*Frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat.*"

(17) In Ioann., trat. 9, n. 2; MIGNE, *Patrolog. latin.*, 35, 1.459.

(18) *Acta Apost. Sed.*, 28, 315.

Esto mismo había resuelto la Comisión de Intérpretes del Código (14 de julio de 1922): La mujer abandonada maliciosamente por su marido no puede adquirir propio y distinto domicilio, *a no ser que hubiere obtenido del Juez eclesiástico la separación perpetua o para tiempo indefinido.*

Utrum uxor a viro malitiose deserta possit, ad normam can. 93, § 2, obtinere proprium ac distinctum domicilium.

Resp. Negative, nisi a iudice ecclesiastico obtinuerit separationem perpetuam aut ad tempus indefinitum (19).

Lo mismo se diga de los efectos civiles: no los concederá ni reconocerá la autoridad civil a los divorciados sólo por propia autoridad.

5. DIVORCIO POR SENTENCIA DEL JUEZ

En la causa de divorcio *por adulterio*, para que aquél produzca los efectos jurídicos reconocidos por el fuero externo es necesario el proceso judicial, que termina con la sentencia del Juez.

Así lo indica el canon 1.130; el cual, refiriéndose a la separación por adulterio, solamente señala dos vías: la autoridad propia y la sentencia del Juez. “*Coniux innocens, sive iudicis sententia sive propria auctoritate legitime discesserit, nulla unquam obligatione tenetur coniugem adulterum rursus admittendi ad vitae consortium.*”

La razón de exigir en estas causas el procedimiento judicial es que el adulterio da derecho a la separación *absoluta y perpetua*; dada, pues, la gravedad o cuantía de esta causa, es conveniente el procedimiento más severo, cual es el judicial. Además, el crimen de adulterio es de difícil prueba; por lo cual exige una más sutil investigación y rigurosa discusión, como se practica en la vía judicial.

Se dirá: Parece extraño que el derecho permita la separación *por autoridad propia* y no la permita *por autoridad del Ordinario, mediante proceso administrativo.*

Respóndese: Nada tiene de extraño; pues, según dijimos, la separación por autoridad privada, aunque lícita, no produce los efectos jurídicos, como capacidad de la mujer para adquirir domicilio propio e independiente del domicilio del marido, etc. En cambio, la separación por sentencia del Juez o por decreto del Ordinario produce los efectos jurídicos: si se trata de divorcio por adulterio, *perpetuamente*; si por otras causas, sólo *ad tempus definitum vel indefinitum* (can. 1.131).

(19) *Acta Apost. Sed.*, 14, 526.

Se comprende, pues, que el Código *permita* el divorcio *por adulterio propria auctoritate*, ya que no surte los efectos jurídicos, que *exija* el procedimiento judicial, para que produzca tales efectos *in perpetuum*, y que *no admita* el procedimiento administrativo.

6. DIVORCIO POR DECRETO DEL ORDINARIO

Cuando el divorcio se pide por causa distinta del adulterio, el canon 1.131 dice que se establecerá *por autoridad del Ordinario del lugar*; y aun puede establecerse *por autoridad propia*, si hubiese peligro en la demora. Del divorcio por autoridad propia ya escribimos arriba.

La cláusula *auctoritate Ordinarii loci* es un tanto vaga, y podría entenderse que el Ordinario puede pronunciar el divorcio *por sentencia* o *por decreto*; esto es, siguiendo el proceso judicial o el administrativo o gubernativo, según su prudente arbitrio.

Es de importancia la cuestión; porque, en primer lugar, la vía contenciosa o judicial es más larga y dispendiosa para los litigantes; y, además, para pronunciar el divorcio por la vía administrativa es competente el Vicario general, que figura entre los Ordinarios locales (can. 198, § 2); pero no es competente para pronunciarle por la vía judicial, pues el Vicario general, *en cuanto tal*, no tiene potestad judicial (can. 1.573).

En el mismo canon 1.131 (§ 2) dicese: *Causa separationis cessante, vitae consuetudo restauranda est; sed si separatio ab Ordinario pronuntiata fuerit... coniux innocens ad id non obligatur, nisi ex decreto Ordinarii vel exacto tempore.*

Como se ve, en todo este canon sobre el divorcio por causa distinta del adulterio no se menciona la sentencia del Juez; sólo se emplean las frases *auctoritate Ordinarii loci, ab Ordinario, ex decreto Ordinarii*. De donde podría deducirse que en estas causas no se permite el procedimiento judicial, sino sólo el administrativo; en el cual el Ordinario procede, no como juez, sino como gobernante.

Para aclarar este punto se consultó a la Comisión de Intérpretes: Si la separación por las causas consignadas en el canon 1.131 (§ 1) ha de pronunciarse *en la forma administrativa*.

La Comisión respondió: *Afirmativamente*; a no ser que otra cosa determine el Ordinario del lugar, *ex officio* o *a instancia de las partes*.

An separatio coniugum ob causas, de quibus in can. 1.131 (§ 1) forma administrativa decernenda sit.

Resp. Affirmative, nisi ab Ordinario aliter statuatur ex officio vel ad instantiam partium (20).

Por tanto, *de norma ordinaria*, estas causas deben decidirse *por la vía administrativa*, por decreto del Ordinario local; el cual, omitiendo las formalidades del proceso judicial, practicará aquellas diligencias y trámites reclamados por la equidad natural, para que resplandezca la verdad; oyendo a las partes, ponderando las pruebas, etc., y así de plano fallará lo que proceda.

Mas si la causa aparece complicada, u otro razonable motivo lo aconsejare, el Ordinario puede *ex officio*, sin que nadie inste, determinar que se ventile *por el orden judicial*.

No de otra manera el canon 249 (§ 3) establece que las cuestiones sobre la validez del matrimonio pueden llevarse a la Sagrada Congregación de Sacramentos (la cual resuelve por la vía administrativa); pero añade: si ellas necesitaren más esmerada disquisición o investigación, la misma Congregación las remitirá al Tribunal competente, para que éste las resuelva por la vía contenciosa o judicial.

Aunque la causa no sea complicada, puede la parte inocente pedir que se trate por la vía judicial; porque todos los derechos se protegen o amparan con *acción judicial*, a no ser que otra cosa expresamente se establezca (can. 1.667). Es decir, todo el que se cree con derecho puede pedir al Tribunal que se le adjudique o declare. Ahora bien, la facultad de divorciarse concedida al inocente es, sin duda, un derecho propiamente dicho; luego puede él pedir al Juez que se le adjudique mediante proceso judicial.

Y la parte demandada, ¿no tendrá derecho a exigir que esta causa se substancie por la vía judicial?

Así parece indicarlo la citada respuesta de la Comisión de Intérpretes, por cuanto usa el término en número plural, *ad instantiam partium*. Y la analogía del derecho así parece persuadirlo; pues así como todo derecho se protege no sólo con *acción*, sino también con *excepción*, que el reo puede oponer en juicio (can. 1.667), así la parte demandada en la vía administrativa podrá requerir el defenderse en el campo judicial.

En España todas las causas de divorcio, bien sean por motivo de adulterio, bien por otros motivos, se han solido llevar por la *vía contenciosa o judicial*. Porque si bien el Decreto-ley de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868 y de 19 de junio de 1869 reservó al fuero eclesiástico las causas de divorcio o separación de los cónyuges, tratándose de matrimonios canónicos, sin embargo, las incidencias sobre los efectos civiles,

(20) Commis. Interp. 25 jun. 1932; *Acta Apost. Sed.*, 24, 284.

como el depósito de la mujer, los alimentos, la separación de bienes, etc., los reservó al fuero civil. De tal suerte que el Juez eclesiástico, una vez admitida la demanda y dada la sentencia de divorcio, deberá notificarlas al Juez civil de primera instancia, para que éste decrete los efectos civiles.

Esto mismo dispone el Código civil (arts. 80-82).

Para lo cual es preciso que la causa se lleve por el procedimiento *judicial*; de otra manera el Juez civil acaso se opondría a decretar los efectos civiles correspondientes.

Sin embargo, hoy día, dadas las buenas relaciones existentes entre ambas potestades, eclesiástica y civil, tal vez ésta no pusiera reparo en decretar los efectos temporales, si el divorcio se pronunciase por decreto del Ordinario. De todas maneras, esto no carecería de dificultades. Y sería digno de que en el futuro concordato se estipulase este punto.

7. PROCEDIMIENTO EN SEGUNDO GRADO

Y si una de las partes se alza contra la decisión dada en primer grado, ¿qué procedimiento ha de seguirse en el segundo?

A la Comisión de Intérpretes en la fecha citada se propuso esta consulta: Si en las causas de separación mencionadas en el canon 1.131 (§ 1) ha de observarse en el segundo grado la misma forma de procedimiento que en el primero.

La respuesta fué *afirmativa*.

An in causis separationis coniugum, de quibus in can. 1.131 (§ 1), in secundo gradu eadem servanda sit forma ac in primo?

R. Affirmative.

Lo cual quiere decir que si en el primer grado se siguió el proceso administrativo, ese mismo se seguirá en el grado segundo, si se falló la causa por el proceso judicial en el primer grado, por el orden judicial se substanciará en el segundo grado.

Es principio sancionado en el Código canónico: No se admite el paso del orden administrativo al judicial, ni viceversa (can. 1.601).

Elegida una vía no se da recurso a la otra. Sin embargo, si antes del primer fallo las partes consienten en ello y la autoridad pública no lo rehusa, pueden pasar de una vía a la otra (21).

Preciso es tener en cuenta cuáles son los grados de jerarquía en uno y otro orden.

En el orden administrativo, el Ordinario no tiene otro superior que

(21) ROBERTI, *De processibus*, I, 57.

las Congregaciones Romanas. *Contra Ordinariorum decreta non datur appellatio seu recursus ad S. Rotam; sed de eiusmodi recursibus exclusive cognoscunt Sacrae Congregationes* (can. 1.601).

En el orden judicial, el Tribunal sufragáneo de primera instancia tiene por superior al Metropolitano, y éste a la Rota Romana. Pero si la causa en primera instancia se trató en el Tribunal metropolitano, el superior de éste será el sufragáneo designado por el Arzobispo metropolitano de una vez para siempre, de acuerdo con la Santa Sede (cánn. 1.594 y 1.599).

Según esto, contra el *decreto* del Ordinario concediendo o negando el divorcio no hay más remedio jurídico que el *recurso* de alzada a la Sagrada Congregación de Sacramentos. Contra la *sentencia* del Juez de primera instancia sufragáneo el remedio es la *apelación* al Tribunal metropolitano; contra la *sentencia* del Juez de primera instancia metropolitano, la *apelación* al Tribunal sufragáneo elegido como se dijo. Contra uno y otro en tercera instancia, la *apelación* a la Rota Romana.

Adviértase que no es lo mismo la *recusación de la demanda* hecha por el Juez que la *denegación del divorcio* pronunciada por la sentencia judicial.

En los Tribunales españoles es práctica, antes de admitir la demanda a discusión judicial, hacer un procesículo o expediente, por donde aparezca si la petición es frívola o sin fundamento, o si está fundada en razones sólidas, que siquiera den la sensación de que existe *fumus boni iuris*. Si en ese expediente previo aparece frívola, el Juez por auto la rechaza; si probable, la admite.

Contra la *recusación* de la demanda, que no es sentencia judicial, puede el demandante interponer *recurso* al Tribunal superior en el plazo de diez días útiles, el cual resolverá *rapidísimamente* el incidente de la recusación (cánones 1.709-63).

No es el Juez de apelación a quien toca entonces juzgar del mérito de la causa y fallar si hay o no lugar al divorcio; lo único que le incumbe es resolver el incidente de la recusación de la demanda.

Si el Juez superior confirma el fallo del inferior, resolviendo que no hay lugar a la admisión de la demanda, ya que no le queda al demandante otro recurso, tendrá que desistir del pleito. Así se deduce por analogía de lo establecido en el canon 1.880 (7.º): No hay lugar a apelación contra la sentencia en causa para la cual el derecho prescribe que se defina *rapidísimamente (expeditissime)*. Ahora bien, el canon 1.709 dispone que la cues-

tión de la recusación de la demanda se resuelva *rapidísimamente: quaestio rei electionis expeditissime definienda est.*

Mas si el Juez superior decide que se admita la demanda, intimará su decisión al Juez inferior, para que éste la admita y proceda, como por analogía se deduce del canon 1.710, en el caso de que el Juez de primera instancia ni admita ni rechace la demanda en el tiempo prescrito, sino que se calla.

8. JUICIO DE DIVORCIO SIN CONTRADICCIÓN

Sucede a veces que la demanda de divorcio la presentan ambos cónyuges de común acuerdo, y aun haciendo constar que viven en perfecta armonía, queriéndose y estimándose mutuamente, sin tener querrela el uno contra el otro.

Ante tal demanda el Juez queda perplejo. Porque ¿cómo puede haber juicio sin contradicción de parte? ¿Procederá en semejantes casos aceptar la demanda y sustanciar la causa por la vía judicial?

Cabe, ante todo, preguntar si en tal demanda existe siquiera un *fumus boni iuris*, una sombra de derecho, alguna causa canónica que pueda dar base al proceso, o no es más bien un capricho; una fantasía.

Pero supongamos que realmente hubiera causa canónica para la separación. ¿Habrà lugar al proceso judicial sin contradicción?

El canon 1.552 define el juicio eclesiástico: *controversiae in re de qua Ecclesia ius habet cognoscendi, coram tribunali ecclesiastico, legitima disceptatio et definitio.*

Disceptatio entienden comúnmente los canonistas *discussio in contradictorio*, de suerte que una parte pida y la otra se oponga a la petición. Sin embargo, este elemento puede algunas veces faltar, a saber: la *contradicción*. Así, antes de Benedicto XIV ambos cónyuges pedían la declaración de nulidad de su matrimonio; se invitaba a que quien quisiese oponerse, defendiese la validez; si nadie se oponía, el Juez fallaba. Para evitar este peligro de colusión de las partes, BENEDICTO XIV (*Const. Dei miseratione*, 3 nov. 1741) instituyó el *Defensor del vínculo*, que viene a ser parte en el juicio.

Falta de contradicción puede haber en juicios *declaratorios*, de hechos o de condición de personas que interese queden declarados por sentencia judicial. ROBERTI (22) trae, por ejemplo, el juicio documental de los ca-

(22) Lug. cit., n. 32.

nonnes 1.900 y siguientes. No nos parece bien traído este ejemplo, pues aunque el proceso matrimonial extraordinario descrito en estos cánones es verdadero proceso judicial (23), en él no falta contradicción, pues al menos debe intervenir el Defensor del vínculo. WERNZ-VIDAL (24) aduce el ejemplo del juicio declarativo para quitar la incertidumbre de su derecho que interese a uno poner en claro, verbigracia, la cancelación de hipoteca, la destrucción de una escritura falsa. Caso frecuente de juicio declarativo es cuando el actor desistió de su acción por no ver fundado su derecho; y, sin embargo, el reo insiste en que el Juez sentencie, porque así jurídicamente se asegura su derecho.

En el Derecho romano había los llamados *juicios dobles*, en que ambas partes pedían lo mismo y ambas eran al mismo tiempo demandantes y demandados: tales eran los juicios *familiae herciscundae*, o división de la herencia; de *communi dividundo*, o división judicial de bienes comunes; *finium regundorum*, o designación de límites. También se substancian sin contradicción los juicios en rebeldía (cánn. 1.844, 1.850).

Así que no vemos inconveniente jurídico en que pudiese substanciar judicialmente una causa de divorcio a petición de ambas partes, a fin de que el Juez por sentencia declarase existir causa canónica para la separación y decretase la separación misma.

Pero si ocurriese el caso, de suyo más conforme al Derecho eclesiástico, sería que esta causa se llevase por la vía administrativa, conforme al canon 1.131, *auctoritate Ordinarii loci*, según arriba expusimos.

9. DUDAS

1. Si el Ordinario fallase por la vía administrativa o gubernativa una causa de divorcio por motivo de adulterio, ¿sería válido tal fallo?

Resp. No nos atreveríamos a negar la validez, por lo menos si la cosa fuese enteramente clara y notoria, ya que los hechos notorios no necesitan prueba (can. 1.747, 1.º).

Pero creemos que las partes tendrían derecho a exigir que la cuestión se ventilase por la vía judicial.

2. Por el contrario, si el Provisor, sin contar con el Ordinario, fallase por la vía *judicial* una causa de divorcio por otro motivo distinto del adulterio, ¿sería válida la sentencia?

(23) Comis. de Interp., 6 dic. 1943; *Acta Apost. Sed.*, 36, 94.

(24) *De Processib.*, n. 1.

Se funda la duda en que contra la solución por la vía judicial el remedio sería la apelación al Juez superior, el cual no tendría jurisdicción, si el Código ordena, como parece, *la vía gubernativa*. Algún caso se ha visto en que el Juez de apelación se declaró incompetente.

Resp. Menos dificultad vemos en admitir la validez del fallo en este segundo caso que en el primero. Porque, según la respuesta de la Comisión de Intérpretes arriba citada, las causas de divorcio por motivos distintos del adulterio, aunque de norma ordinaria, han de tratarse por la vía administrativa, admiten también la vía judicial, a juicio del Ordinario. Y no vemos que este juicio del Ordinario se requiera para la validez del fallo por la vía judicial (cánn. II, 1.680).

Además, el procedimiento judicial contiene eminentemente al administrativo, ya que en aquél las cosas se discuten con más rigor.

Por fin, en España la práctica general ha sido tratar todas las causas de divorcio *por la vía judicial*, según arriba expusimos, y con esta práctica sin duda se conforman los Ordinarios.

Así que no tiene el Juez de apelación por qué declararse incompetente si llega a su Tribunal una causa de esta clase.

Por el contrario, debería declararse incompetente si la causa se falló en primer grado *por la vía administrativa* por decreto.

3. En la primera instancia no se probó el adulterio alegado, y la sentencia fué negativa del divorcio. Apeló el demandante, y en la apelación alegó como título otro adulterio cometido posteriormente a la primera sentencia, o un adulterio anterior a ella, pero no conocido antes o no propuesto en la primera instancia. ¿Podrá el Juez de apelación juzgar de este nuevo adulterio?

Resp. De suyo, no. Este segundo adulterio, no discutido en la primera instancia, es un nuevo título, que constituye una causa distinta, y no habiendo ésta pasado por el Tribunal de primera instancia, no podrá admitirse por el Tribunal de apelación.

Así lo consigna el canon 1.891: En grado de apelación no puede admitirse nueva causa de petición; *ni siquiera por modo de útil acumulación* con la primera. Por tanto, la contestación de la lite ha de consistir únicamente en que la sentencia anterior se confirme o se reforme del todo o en parte.

El Tribunal de Madrid falló en 1934 una causa de nulidad de matrimonio *por simulación de consentimiento*, declarando: *No consta de la nulidad*. El demandante apeló a la Rota Romana, acumulando al título ante-

riormente alegado del consentimiento fingido otros dos: el de miedo y el de exclusión de la indisolubilidad.

La Rota no se consideró competente para juzgar la causa por estos dos últimos capítulos de nulidad hasta que obtuvo del Papa facultad especial para ello (25).

Poco después, sin embargo (15 ag. 1936), la Sagrada Congregación de Sacramentos dió una larguísima instrucción sobre los procesos de nulidad de matrimonio en los Tribunales diocesanos (26). En el artículo 219 (§ 2) dice que si en grado de apelación se alega un nuevo capítulo de nulidad, y el Tribunal colegiado le admitiere sin contradicción de nadie, de él juzgará *como en primera instancia*.

Por consiguiente, contra la sentencia de este Tribunal (si es metropolitano) acerca de estos nuevos títulos de nulidad se apelará al Tribunal sufragáneo elegido como queda dicho, y puede bien suceder que este sufragáneo sea el mismo que juzgó el primer título en primera instancia.

Lo cual no se opone al canon 1.571, según el cual el que conoció la causa en un grado no puede juzgar la misma en otro grado.

Ni se opone a la respuesta de la Comisión de Intérpretes (16 junio 1931) (27): La misma causa matrimonial juzgada por un Tribunal no puede ser juzgada de nuevo por otro Tribunal del mismo grado, en virtud del canon 1.089. Sino que de ella puede conocer otra vez *solamente* el Tribunal de superior instancia, previa la apelación, como añade la citada Instrucción de la Congregación de Sacramentos (art. 218, § 1).

Digo que no se opone, porque la misma Instrucción, en el § 2, advierte que lo dicho en el § 1 se entiende solamente tratándose realmente *de una misma causa*, esto es, *de un mismo matrimonio y por el mismo capítulo de nulidad*.

Aunque se trate del mismo matrimonio, si se alega un nuevo capítulo de nulidad, ya será causa distinta.

Así, también en las causas de divorcio, si en la primera instancia se alegó como título un adulterio y en la apelación se adujo otro adulterio no alegado antes, ya será causa distinta.

¿No podrá aplicarse a este caso lo que permite la mencionada Instrucción en las causas de nulidad de matrimonio? ¿No podrá el Juez de ape-

(25) 6 feb. 1936. *Sacrae Romanae Rotae Decisiones*, vol. 28, decls. 11, p. 100.

(26) *Acta Apost. Sed.*, 28, 313.

(27) *Acta Apost. Sed.*, 23, 353.

lación juzgar este nuevo adulterio *como en primera instancia*, si nadie reclama?

No tenemos declaración expresa de ello; pero nos inclináramos a admitirlo por analogía de lo permitido en las causas de nulidad de matrimonio *por la conexión de las causas* (can. 1.567).

Es decir, no nos opondríamos a ello, siempre que en la apelación los nuevos títulos alegados *se acumulen* al primero ya discutido en la primera instancia, pues entonces la conexión de causas existe, y respecto al primer título es competente el Tribunal de apelación; y así, como que se le prorroga la competencia para juzgar en primera instancia los nuevos títulos alegados juntamente con el primero, ya que todos se refieren a un mismo matrimonio.

Però no lo admitiríamos si en la apelación no se alegase el mismo título o adulterio alegado y discutido en la primera instancia, sino que, prescindiendo de él, se invocasen otros adulterios no alegados antes. Porque entonces se propondría en el Tribunal de apelación una causa distinta, sin conexión con la primera y única para la que sería de suyo competente el Tribunal de apelación.

En el supuesto de que el Tribunal de apelación juzgase en segunda instancia el primer adulterio y en primera el nuevo adulterio no juzgado antes, si una de las partes apela contra la sentencia acerca del primer adulterio juzgado ya en segunda instancia, la apelación habría de dirigirse a la Rota. Si apela contra la sentencia acerca de los adulterios nuevos sólo juzgados por el Tribunal de apelación en *primera instancia*, se dirigirá la apelación al Tribunal sufragáneo elegido por el Arzobispo metropolitano. Con lo cual podría suceder que el mismo Tribunal sufragáneo que juzgó en primera instancia la causa de divorcio por el primer adulterio juzgase en segunda instancia la causa de divorcio de las mismas personas por otro adulterio distinto. Lo cual, como dijimos, no se opone al canon 1.571, ya que son causas distintas por razón del título.

Però fácilmente podrían ser tachadas de sospecha las personas del Tribunal que primero juzgó la causa, por creerse predisuestas. En tal caso el Prelado cambiará las personas, pero sin mudar el grado del Tribunal (cánones 1.614-15).

Por fin, si en el indicado supuesto apelase contra la segunda sentencia dada sobre el primer adulterio y contra la primera sobre el segundo, aunque en rigor una apelación podría dirigirse a la Rota Romana y la otra al Tribunal que fuere de segunda instancia, prácticamente procedería dirigir las dos a la Rota, para no complicar el asunto. Pues la Rota es com-

petente para juzgar en segunda y ulterior instancia todas las causas juzgadas en primera o ulterior instancia por los Tribunales de cualesquiera Ordinarios (can. 1.599).

IO. CONCLUSIÓN

Resumamos cuanto llevamos expuesto:

1.º El divorcio puede establecerse *por autoridad propia*: a) Por motivo de adulterio, siempre; y b) Por otros motivos, solamente cuando hay peligro en la demora. Pero el divorcio por autoridad propia sólo tiene un valor *moral*; no produce los efectos *jurídicos* del divorcio pronunciado por la pública autoridad.

2.º Las causas de divorcio con efectos jurídicos *por motivo de adulterio* deben tratarse por la vía judicial.

3.º Por otros motivos ordinariamente han de llevarse por la vía administrativa o gubernativa. Pero el Ordinario *ex officio* o a instancia de las partes puede determinar que se traten por la vía contenciosa o judicial.

4.º Si la causa por adulterio se falla por la vía administrativa, no vemos que conste ser nulo el fallo; por lo menos si la cosa es clara y notoria.

5.º Si la causa por otros motivos se decide por la vía judicial, sin el asentimiento del Ordinario, no juzgamos nula la sentencia.

6.º En España todas las causas de divorcio han solido tratarse por la vía judicial para conseguir los efectos civiles. De aquí que no hay motivo para dudar de la legitimidad de este procedimiento, aunque no se acuda al Ordinario para seguirle.

7.º Nos inclinamos a creer que en las actuales circunstancias de concordia de ambas potestades las autoridades civiles tal vez no se opondrían a decretar los efectos civiles, aunque la causa se fallase, no *por sentencia* del Juez eclesiástico, sino *por decreto del Ordinario*.

8.º En segundo grado debe seguirse el mismo procedimiento que en el primero. Si la causa se falló *por decreto* administrativo, el remedio es el *recurso* a la Sagrada Congregación de Sacramentos; si *por sentencia judicial*, la *apelación* al Tribunal superior.

9.º La *recusación de la demanda* de divorcio no es lo mismo que la *sentencia* denegando el divorcio. Contra la recusación de la demanda tiene el demandante *recurso* al Juez superior, el cual resolverá rapidísimamente el incidente de la recusación. Si la confirma, no queda remedio al deman-

dante; si resuelve que admita la demanda, lo intimará al Juez inferior, para que la admita y juzgue la causa en primera instancia. No la juzgará el mismo Juez superior sino cuando se lleve a su Tribunal la sentencia en grado de apelación.

10. En la apelación no se admite un nuevo título para pedir el divorcio, verbigracia, un nuevo adulterio no alegado en la primera instancia, ni siquiera acumulado al título aducido en la primera instancia.

11. Sin embargo, por analogía de lo permitido por la Sagrada Congregación de Sacramentos en su Instrucción sobre los procesos de nulidad de matrimonio, no juzgaríamos ajeno a la mente de la Sagrada Congregación que, si nadie se opone y el apelante alega un nuevo título juntamente con el primero, el Juez superior juzgue el primer título en segunda instancia, y el nuevo en primera.

12. En tal caso, si una parte apelare de la sentencia de este Tribunal acerca del primer título, la apelación se dirigirá a la Rota Romana; si acerca del nuevo título, se apelará al Tribunal sufragáneo elegido *semel pro semper* por el Metropolitano para las apelaciones. Si la apelación se interpone acerca de ambos títulos, de suyo la del primero se llevará a la Rota; la del nuevo puede llevarse al sufragáneo; pero prácticamente procederá llevar ambas apelaciones a la Rota, que es competente.

13. No vemos la imposibilidad de substanciar un proceso judicial de divorcio a petición de ambas partes, *sin contradicción*, existiendo causa canónica para pedirle.

Con esto respondemos a las consultas que de diversas partes se nos han dirigido.

Si se restabliese el Tribunal de la Rota Española, habría que modificar, para nuestra Patria, algunas de las precedentes conclusiones, conforme al nuevo convenio que se hiciere entre la S. Sede y el Gobierno español.

EDUARDO F. REGATILLO, S. I.

Decano de la Facultad de Derecho Canónico en la Universidad Pontificia de Comillas