



## ESTUDIO SOBRE LA LEI DE MATRIMONIO CIVIL

—23—

(Continuacion)

### § V

#### Del divorcio

“Llámanse *divorcio* por la diversidad u oposicion de voluntades del marido i de la mujer, *a diversitate mentium*, o porque cada uno se va por su lado, *quia in diversa abeunt.*” (1)

“Entre los romanos era la separacion absoluta del marido i de la mujer, hecha con arreglo a las leyes, de modo que cada uno de ellos podia casarse inmediatamente con otra persona.” (2)

En el Derecho Canónico, tenia la palabra *divorcio* tres sentidos;

- 1.º La disolucion del vínculo matrimonial;
- 2.º La separacion en cuanto al lecho i a la habitacion;
- 3.º La sola separacion en cuanto al lecho.

---

(1) ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislacion i Jurisprudencia*, articulo *divorcio*.

(2) Id.

Llamábase el primero divorcio *quoad vinculum*, i el segundo, divorcio *quoad thorum et cohabitationem*.

Tenia lugar el divorcio *quoad vinculum*:

En primer lugar, en los casos en que procedía la disolucion del matrimonio, por otra causa que la muerte de uno de los cónyuges, casos que indicamos en el estudio del artículo 3.º; i, en segundo lugar, cuando el matrimonio se declaraba nulo, por haberse contraído con algun impedimento dirimente.

Tenia lugar el divorcio *quoad thorum et cohabitationem*, que de ordinario se llamaba simplemente *divorcio*, en los casos señalados por el Derecho.

I tenia lugar la sola separacion en cuanto al lecho, en los casos señalados por los escritores de teología moral. (1)

La doctrina canónica imperó jeneralmente en las legislaciones de la pueblos civilizados, hasta la época de la Revolucion Francesa.

El Código Napoleon estableció:

1.º La disolucion del matrimonio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada condenatoria de uno de los cónyuges a pena que llevara consigo la muerte civil;

2.º El divorcio en cuanto al vínculo en los casos determinados por la lei, i por consentimiento mútuo, mediando ciertas circunstancias; i

3.º La separacion de cuerpos.

La lei de la Restauracion del 8 de Mayo de 1816 restableció en Francia la doctrina canónica.

La misma doctrina rijió en Chile bajo el imperio de la legislacion española anterior a nuestro Código, i fué conservada por éste.

En la sesion de la Cámara de Diputados del 15 de Setiembre de 1883, don Manuel Novoa propuso que se disolviera el matrimonio:

1.º Por impotencia del marido;

2.º Por condenacion de uno de los cónyuges a pena infamante;

---

(1) Tomamos esta doctrina de DONOSO, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, pájinas 186 i 187, del segundo tomo de la segunda edicion.

3.º Por adulterio de la mujer; i

4.º Por consentimiento mútuo, mediando ciertas circunstancias.

Esta indicacion fué rechazada por considerable mayoría.

Suprimió el lejislador los modos de disolucion del matrimonio de que se hizo mérito en el estudio del artículo 3.º; reprodujo la causal canónica de la disolucion del matrimonio por la declaracion de nulidad del mismo; i mantuvo el divorcio *quoad thorum et cohabitationem*, en los casos previstos por la lei.

Despues de sufrir diversas alternativas, el proyecto de lei sobre divorcio, presentado por Mr. Naquet a la Cámara de Diputados francesa, en 1876, fué adoptado por dicha Cámara el 19 de Julio de 1884.

Restableció esta lei la doctrina del Código Napoleon, con algunas modificaciones, especialmente la que suprime el divorcio por consentimiento mútuo.

Dos nuevas leyes dictadas respectivamente en 1886 i 1893 han modificado i completado en Francia la reglamentacion legal sobre esta materia.

Conforme al nuevo Código Aleman, que empezó a rejir el 1.º de Enero de 1900, puede el matrimonio ser disuelto, fuera del fallecimiento de uno de los cónyuges, por las causas siguientes:

1.ª Que uno de los cónyuges se haya hecho culpable de adulterio, o de alguno de los actos a que se refieren los artículos 171 i 175 del Código Penal, (o sea, bigamia i sodomía, respectivamente);

2.ª Que uno de los cónyuges haya atentado contra la vida del otro;

3.ª Que uno de los cónyuges haya abandonado maliciosamente al otro, procediendo este abandono en los casos determinados por la lei;

4.ª Que uno de los cónyuges haya incurrido en violacion grave de sus deberes respecto del otro, incluyéndose en esta violacion todo mal tratamiento, o que por su conducta inmoral i deshonrosa haya perturbado tan profundamente las relaciones conyugales, que no parezca posible la continuacion del matrimonio;

5.<sup>a</sup> Demencia de uno de los cónyuges, si ha subsistido tres años bajo el matrimonio, de suerte que haya cesado la comunicación intelectual entre los cónyuges i toda esperanza de recobrarla.

El cónyuge que tenga el derecho de demandar el divorcio puede demandar solo la separación de cuerpos a ménos que, justificada la causa, exija el divorcio el otro cónyuge. (Arts. 1566 a 1569 inclusive, i 1575 de dicho Código. (1)

Tiende, como se ve, a prevalecer el establecimiento del divorcio en cuanto al vínculo, por causas calificadas; i no será talvez en desmedro de la paz de los hogares i de la felicidad del jénero humano.

#### ART. 19

«El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida comun de los cónyuges.»

Refiérese especialmente este artículo al divorcio perpétuo, ya que en virtud de decretarse el temporal por un tiempo determinado, es obvio que deja subsistente el vínculo.

«... no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida comun de los cónyuges.»

Cesa o se suspende, en consecuencia, el derecho del marido para obligar a su mujer a vivir con él i a seguirle a donde quiera que traslade su residencia, i el derecho de la mujer para obligar al marido a recibirla en su casa.

Cesa tambien o se suspende la obligación del débito conyugal, i la obligación de auxiliarse, o sea, la de ayudarse personalmente.

Pero, no cesa ni se suspende la obligación de guardarse fé,

---

(1) Pueden verse noticias de otras legislaciones extranjeras sobre esta materia, hasta 1888, en LATORRE, *Estudio sobre la Lei de Matrimonio Civil*, pájinas 108 a 110 inclusive.

ni la obligacion de socorrerse, o sea, la de ayudarse pecuniariamente.

Sin embargo, conforme al artículo 378 del Código Penal, no puede entablarse la accion criminal de adulterio en caso de divorcio perpétuo por los actos ejecutados mientras éste subsista.

A pesar de no incluirse el divorcio, ni aun el perpétuo, entre las causales de disolucion del matrimonio señaladas en el párrafo VIII, juzgó útil el legislador la declaracion de este artículo, porque, como se ha visto, hai otra clase de divorcio reconocido por algunas legislaciones, que disuelve el vínculo.

#### ART. 20

«El divorcio es temporal o perpétuo.

«La duracion del divorcio temporal no pasará de cinco años.»

Inc. 1.º Será temporal el divorcio cuando se decrete por tiempo determinado, aunque sobrevenga la disolucion del matrimonio durante ese tiempo.

I será perpétuo, cuando se decrete por toda la vida de los cónyuges, aunque termine durante ésta por la reconciliacion de los mismos, conforme al artículo 28.

Segun el párrafo 4 del título VI del libro I del Código Civil, solo el divorcio perpétuo introduce excepciones a las reglas generales que reglan las obligaciones i derechos entre los cónyuges, relativamente a los bienes.

Pero, en el párrafo 2 del título VII del mismo libro se refiere espresamente el legislador al divorcio perpétuo *i al temporal* al establecer las reglas especiales para el caso de divorcio, relativamente a la calidad de los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio.

Inc. 2.º Prescribe el artículo 33 que «el juez, atendida la naturaleza de las causales probadas i el mérito del proceso, fijará la duracion del divorcio temporal.»

El máximum de cinco años es prudencial: estima el legis-

lador que en ese tiempo pueden probablemente haber cambiado las circunstancias que autorizaron el divorcio.

Espirado el divorcio temporal, puede solicitársele nuevamente si hubiere mérito.

## ART. 21

«El divorcio procederá solamente por las siguientes causas.

- 1.<sup>a</sup> Adulterio de la mujer o del marido;
- 2.<sup>a</sup> Malos tratamientos graves i repetidos, de obra o de palabra;
- 3.<sup>a</sup> Ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice en la perpetracion o preparacion de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge;
- 4.<sup>a</sup> Tentativa del marido para prostituir a su mujer;
- 5.<sup>a</sup> Avaricia del marido, si llega hasta privar a la mujer de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades;
- 6.<sup>a</sup> Negarse la mujer, sin causa legal, a seguir a su marido;
- 7.<sup>a</sup> Abandono del hogar comun, o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada;
- 8.<sup>a</sup> Ausencia, sin justa causa, por mas de tres años;
- 9.<sup>a</sup> Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipacion;
10. Enfermedad grave, incurable i contagiosa;
11. Condenacion de uno de los cónyuges por crimen o simple delito;
12. Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida;
13. Tentativa para corromper a los hijos, o complicidad en su corrupcion.»

Inc. 1.º "El divorcio procederá..." esto es, tendrá lugar conforme a derecho.

"... solamente..."

Dadas la naturaleza i gravedad de la materia, ha querido el lejislador determinar por sí mismo las causales del divorcio.

Redúcese, por consiguiente, la esfera de accion del majistrado a calificar esas causales, sin determinar la procedencia de otras, por graves que sean.

1.º "... si el grado de criminalidad de las acciones ha de medirse por la gravedad de sus consecuencias, es evidente que la infidelidad del esposo es mucho ménos criminal que la de la esposa. La mujer que viola la fé conyugal, introduce, o se espone a introducir hijos estraños en casa de su marido. Yo puedo hacer príncipes sin vos, decía una princesa a su esposo, i vos no podeis hacerlos sin mí. Nada de esto resulta del adulterio del marido. Además, el pudor i la castidad son las primeras virtudes en las mujeres, i no se consideran sino como secundarias en los hombres; el hombre puede despojarse de ellas sin grave trascendencia, pero la mujer que las abjura lleva la depravacion a un punto mas alto. La violacion del pudor, dice Montesquieu, supone en las mujeres la renuncia de todas las virtudes..." (1)

En jeneral, no se ha llamado *adulterio* sino el acceso de la mujer casada con otro varon que su marido, pero nó el de éste con otra mujer que la suya.

En este sentido se esplica la lei 1.ª, título 17, Partida 7: "Adulterio, dice, es yerro que home face, yaciendo a sabiendas con mujer que es casada con otro, et tomó este nombre de dos palabras del latin *alterius et torus*, que quiere decir tanto en romance como lecho de otro, porque la mujer es contada por lecho de su marido et non él della..."

Quieren otros que la palabra *adulterio* proceda simplemente de adulterar, o sea, viciar, falsificar alguna cosa, aludiendo siempre a la especie de vicio o falsificacion que produce en el hogar doméstico el adulterio de la mujer.

---

(1) ESCRICHE. *Diccionario Razonado de Lejislacion i Jurisprudencia*, artículo *Adulterio*.

El inciso 2.º del artículo 375 de nuestro Código Penal, dice: «Cometen adulterio la mujer casada que yace con varon que no sea su marido, i el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque despues se declare nulo el matrimonio.»

Desde los tiempos mas antiguos se ha castigado el delito de la mujer adúltera i el de su cómplice con penas de escarmiento, diversas, pero siempre graves, i a menudo con la pena capital.

Pero, como el adulterio de la mujer afecta sobre todo al marido, quien puede en la jeneralidad de los casos prevenirlo mediante la atinada eleccion, las necesarias precauciones, i su propia buena conducta, tienden jeneralmente los códigos modernos a disminuir la entidad de las referidas penas.

Conforme al número 1.º del susodicho artículo 375 de nuestro Código Penal, el adulterio será castigado con reclusion menor en cualquiera de sus grados.

Sin embargo, el número 11 del artículo 10 del Código Penal, declara exento de responsabilidad criminal al marido que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella i a su cómplice, siempre que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta.

Aunque establecida tambien por otras lejislaciones, mírase por algunos esta excencion como un resabio de las costumbres bárbaras.

En jeneral, no han aplicado las lejislaciones pena alguna de escarmiento a la infidelidad del marido.

Dicen los dos primeros incisos del artículo 381 del Código Penal:

«El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con reclusion menor en su grado mínimo i perderá el derecho de acusar a su mujer por los adulterios cometidos durante su amancebamiento.

«La manceba sufrirá la pena de destierro en cualquiera de sus grados.»

El artículo 229 del Código Frances estableció que el marido podria demandar divorcio por adulterio de su mujer, i el artículo 230 del mismo, que la mujer podria demandar divorcio



por adulterio de su marido, siempre que éste hubiera tenido la concubina en la casa comun.

Partiendo de un concepto análogo, el proyecto de 1875 solo autorizaba el divorcio por adulterio del marido en los casos en que, segun el Código Penal, dicho adulterio constituye delito.

Pero, si, en jeneral, el adulterio del marido no produce mal de alarma en la sociedad, ni justifica la aplicacion de penas de escarmiento, no por eso deja de constituir una culpa grave, especialmente en lo que respecta a la mujer.

La fidelidad es una obligacion recíproca de los cónyuges, que dice referencia a la base del matrimonio, o sea, el amor conyugal, i al objeto específico del mismo, o sea, la procreacion de la prole.

Las consideraciones que determinan la penalidad del adulterio son, como se ve, diversas de las que deben determinar la procedencia del divorcio por este capítulo.

Por eso, prescindiendo el lejislador de las disposiciones de nuestro Derecho Criminal a este respecto, ha establecido que proceda el divorcio por adulterio de cualquiera de los cónyuges.

Tiene, por consiguiente, la palabra *adulterio* en nuestro Derecho Civil, mayor amplitud de significado que en nuestro Código Penal.

Obedeciendo al mismo espíritu, el lejislador frances de 1884 estableció formalmente que pueda la mujer demandar el divorcio por adulterio del marido.

Tampoco reconoce el nuevo Código Aleman diferencia alguna entre ámbos sexos, para este efecto.

Siendo la fidelidad la obligacion fundamental i específica de los cónyuges, es el adulterio la mas característica, i debe ser la primera de las causales de divorcio.

No se opone a esta causal que uno de los cónyuges haya conocido, i aun consentido el adulterio del otro, ni que ámbos sean adúlteros. En este caso procederá el divorcio a doble título.

Segun el artículo 380 del Código Penal, la sentencia ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal, cuando fuere absolutoria; i, si fuere con-

denatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas.

La sentencia absolutoria o condenatoria de uno de los cónyuges en juicio criminal por delito de adulterio constituye un antecedente irredargüible en el juicio de divorcio.

Pero la sentencia absolutoria del marido en juicio criminal por infidelidad conyugal que no constituya delito, no obsta a la acción civil.

En jeneral, la simple absolución de la instancia (1) en juicio criminal por delito de adulterio, no obsta tampoco a la misma acción.

2.º Según el derecho canónico, procedía el divorcio por la sevicia (o crueldad) del marido, si era tal que la mujer no pudiera habitar con él, sin probable peligro de la vida, o de grave daño corporal, i procedía asimismo por asechanzas de la mujer contra la vida del marido.

Seguendo al Código Frances, el proyecto de 1875 autorizaba el divorcio por "excesos, sevicia, injuria grave de palabra o por escrito, de uno de los cónyuges para con el otro."

La espresion "malos tratamientos" es jeneral.

La apreciación de si algunos pretendidos malos tratamientos se incluyen en ella, depende del arbitrio del juez.

No deberán, sin embargo, incluirse en dicha espresion los actos que haya previsto el legislador separadamente para constituirlos en distintas causales de divorcio.

No se exige que los malos tratamientos constituyan delito.

Si constituyéndolo, hubiese sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada condenatoria del cónyuge culpable, procedería el divorcio, conforme al número 11.

I si el delito pudiese considerarse como atentatorio de la vida del otro cónyuge, procedería además, conforme al número 3.º

Aunque los malos tratamientos constituyan delito, puede

---

(1) Tiene lugar esta absolución cuando se declara libre al reo, no del delito que se le imputa, sino del juicio que se le ha seguido por no haber mérito suficiente para absolverle ni condenarle, pero con cargo de poder acusarsele otra vez, habiendo nuevo mérito para ello.

hacérselos valer en el juicio civil de divorcio, sin prévia sentencia judicial condenatoria del cónyuje culpable, pasada en autoidad de cosa juzgada, siempre que sean graves i repetidos.

La apreciacion de la grávedad de los malos tratamientos depende tambien del arbitrio del juez; quien deberá, para este efecto, tomar en consideracion las circunstancias, por ejemplo, la posicion social, i el estado físico o moral del cónyuje inocente.

No es preciso que los malos tratamientos de obra pongan en peligro la vida, ni aun la salud del cónyuje inocente.

Al hablar el número 12 de los malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, dice, por el contrario: "si pusieren en peligro su vida".

Exije la lei la grávedad de los malos tratamientos, porque, como en jeneral dice Escriche, "no bastan seguramente aquellas diferencias o altercaciones que suelen ocurrir en algunas familias i que pueden considerarse como accidentes inseparables de la condicion humana."

Para que se entiendan repetidos los malos tratamientos, bastan que sean dos, de obra o de palabra, respectiva o alternativamente.

Sin embargo, conforme al artículo 26, la accion de divorcio prescribe en un año contado desde que se tuvo conocimiento del hecho en que se funda.

Se requiere que los malos tratamientos sean repetidos.

Es lójico que así sea respecto de los malos tratamientos de palabra.

Respecto de los malos tratamientos de obra, habria podido excusarse dicha exigencia, si pusieren en peligro la vida del otro cónyuje.

Confírmalo el número 12 de este artículo, segun el cual procede el divorcio por malos tratamientos de obra, (aun no repetidos), inferidos a los hijos si pusieren en peligro su vida.

Veremos que el referido número 12 pudo tambien autorizar el divorcio por malos tratamientos de obra, inferidos a los hijos, si les causaren grave daño, caso en que, si dichos malos tratamientos les han sido inferidos por el padre, procede la emancipacion judicial, conforme al número 1.º del artículo 267 del Código Civil.

De la misma manera, habria podido disponerse que procediera el divorcio por malos tratamientos graves, de obra, aun no repetidos, de uno de los cónyuges al otro, si le causaren grave daño.

Cierto es que el número siguiente autoriza el divorcio por ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice en la perpetracion o preparacion de un delito contra la vida del otro cónyuge.

Pero, si el lejislador no exige sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada para que proceda el divorcio por malos tratamientos de obra, inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida, no parece lójico que formule esa exigencia para que proceda el divorcio por malos tratamientos de obra, de uno de los cónyuges al otro, en un caso análogo.

Por otra parte, el número siguiente no autoriza el divorcio por malos tratamientos graves i no repetidos del uno de los cónyuges al otro, si le causaren grave daño.

Puede rezar esta causal de divorcio con cualquiera de los cónyuges respecto del otro, pero los malos tratamientos de obra serán con mayor frecuencia inferidos por el marido a la mujer, que a la inversa.

Aunque solo los malos tratamientos de obra, graves i repetidos autorizan el divorcio, no tiene el marido derecho para inferir mal tratamiento alguno a su mujer, ni aun a título de correccion i castigo.

No así el padre de familia, quien conforme al artículo 233 del Código, tendrá la facultad de corregir i castigar moderadamente a sus hijos, etc.

Justificase esta causal, aun en cuanto a los malos tratamientos de palabra, por la naturaleza de las obligaciones recíprocas que el matrimonio crea entre los cónyuges.

El número 6.º del artículo 495 del Código Penal establece que el cónyuge que escandalizare con sus disensiones domésticas puede ser amonestado por la autoridad, i, si despues de amonestado, persiste en sus disensiones, puede ser castigado con prision de uno a cuarenta días, conmutable en multa de uno a sesenta pesos.

3.º "Ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice...."

Conforme al artículo 15 del Código Penal, se consideran autores de un delito:

1.º Los que toman parte en la ejecucion del hecho, sea de una manera inmediata i directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite;

2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo;

3.º Los que, concertados para su ejecucion, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho, o lo presencian, sin tomar parte inmediata en él.

I conforme al artículo 16 de dicho Código, son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecucion del hecho por actos anteriores o simultáneos.

Si, con arreglo al número 2.º del primero de dichos artículos se consideran autores los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutar el delito, pudo este número decir simplemente: "ser uno de los cónyuges autor o cómplice, etc."

Ademas de no incluirse la palabra *instigadores* en la terminología de nuestro Código Penal, ofrece su empleo en el número que estudiamos el grave inconveniente de que no se entiendan autores para este efecto los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutar el delito.

Deberán, por lo demas, considerarse autores las personas que lo sean conforme al referido artículo 15 del Código Penal; máxime cuando este número incluye los cómplices, cuya responsabilidad criminal es menor que la de esas personas.

Conforme al artículo 17 del Código Penal, son encubridores los que, con conocimiento de la perpetracion de un crimen o simple delito, o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participacion en él como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecucion de alguno de los modos indicados en ese artículo.

No se refiere este número a los encubridores, acaso en razon de su menor responsabilidad criminal.

".. en la perpetracion o preparacion...."

Llámase *perpetracion*, segun el Diccionario de la Lengua, la accion i efecto de perpetrar, o sea, cometer, consumir, algun delito o culpa grave.

Hemos visto que el artículo 17 del Código Penal emplea la palabra *perpetracion* en el mismo sentido.

Puédese, por consiguiente, establecer que, en el lenguaje vulgar, i aun en el jurídico, la *perpetracion* de un delito equivale a la consumacion del mismo.

Prescribe el inciso 1.º del artículo 7 del referido Código que son punibles, no solo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado i la tentativa.

Llámase *preparacion*, segun el Diccionario de la Lengua, la accion i efecto de preparar, i *preparar*, prevenir, disponer i aparejar una cosa para que sirva a un efecto.

Se llamará, por consiguiente, *preparacion* de un delito la accion i efecto de prevenir, disponer i aparejar los medios necesarios para cometerlo.

El Código Penal no ha empleado la palabra *preparacion* en el mismo sentido.

Los incisos 2.º i 3.º de su precitado artículo 7, dicen:

«Hai crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume, i esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

«Hai tentativa cuando el culpable da principio a la ejecucion del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o mas para su complemento.

Dadas estas disposiciones, parece que en la *preparacion* de un delito deben incluirse, tanto el crimen o simple delito frustrado, como la tentativa de crimen o simple delito.

«... de un delito...»

Conforme al inciso 1.º del artículo 1.º del Código Penal, llámase, en jeneral, *delito* toda accion u omision voluntaria penada por la lei.

Conforme al artículo 3.º de dicho Código, los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos i faltas, i se califican de tales, segun la pena que les está asignada en la escala jeneral del artículo 21.

El número 11 de este artículo habla especialmente de *crimen o simple delito*, escluyendo, como se ve, las faltas.

Al hablar este número simplemente de *delito*, parecería incluir las.

Mas probable juzgamos, sin embargo, la opinion contraria, porque los hechos constitutivos de la preparacion de un delito a que se refiere este número, no rezan jamas con las faltas (incisos 2.º i 3.º del artículo 7 del Código Penal).

Fuera de que la relativa levedad de ellas no alcanzaria a justificar el divorcio, i ménos el perpétuo, que tiene lugar en los casos de este número, segun el artículo siguiente.

Lo dicho no obsta a que algunas faltas puedan incidir en otras causales de divorcio.

Es preciso que consten el delito i la responsabilidad del cónyuge culpable, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la cual constituirá un antecedente irredargüible en el juicio de divorcio.

„...contra los bienes, la honra o la vida.“

Hemos visto que son penas de simples delitos las de presidio, reclusion, confinamiento, estrañamiento i relegacion menores i destierro, i que la duracion de estas penas es de sesenta i un dias a cinco años.

No parece justificarse el divorcio perpétuo por todo simple delito de uno de los cónyuges contra los bienes del otro.

En lo que respecta al hurto, siempre que el delito se refiera a valores que excedan de diez pesos, no puede considerarse como falta (art. 494, núm. 19 del Código Penal).

Procede, por consiguiente, el divorcio perpétuo si uno de los cónyuges hurta al otro diez pesos i un centavo, siendo de observar que, segun el artículo 13 del referido Código, la circunstancia de ser el agraviado cónyuge del ofensor, es una circunstancia atenuante del delito de hurto.

Los delitos contra la honra son: la calumnia i la injuria.

Es calumnia la imputacion de un delito determinado, pero falso, i que pueda actualmente perseguirse de oficio (art. 412 del Código Penal).

Para que haya calumnia es preciso que se impute un crimen o simple delito (art. 413 del mismo Código).

Dada la naturaleza del delito de calumnia, concíbese que se autorice el divorcio perpétuo contra el cónyuje calumniador, máxime cuando, segun el artículo 13 del referido Código, la circunstancia de ser el agraviado cónyuje del ofensor es una circunstancia agravante de ese delito.

Es injuria toda espresion proferida o accion ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona (art. 416 del Código Penal).

Son injurias graves las que se enumeran en el artículo 417 del mismo Código.

Las injurias leves se castigarán con las penas de reclusion menor en su grado mínimo i multa de ciento a trescientos pesos cuando fueren hechas por escrito i con publicidad. No concurriendo estas circunstancias se penarán como faltas (art. 419 del mismo Código).

Justificase que se autorice el divorcio perpétuo por toda injuria grave, o escrita i publicada del uno de los cónyujes contra el otro; pero nó por las demas injurias que incidieren entre ellos.

Todo delito contra la vida es crimen.

A pesar de este número, por la propia naturaleza de las cosas, no cabe el divorcio si uno de los cónyujes perpetra o consuma este crimen contra el otro.

En tal caso, el cónyuje sobreviviente no podria contraer matrimonio con el cómplice en el asesinato de su marido o mujer (art. 6.º).

Cabrá, empero, el divorcio por este capítulo cuando se trate de delito frustrado o mera tentativa.

Ha hablado sucesivamente este número de "los bienes, la honra o la vida".

Nos habria parecido mas lójico decir "la vida, la honra o los bienes", o, como dice el número 2.º del artículo 968 del Código Civil "la vida, el honor o los bienes".

Habiéndose referido especialmente el lejislador a los delitos contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuje, no puede incluirse en este número otra alguna especie de delitos del uno de los cónyujes contra el otro.

Así, por ejemplo, no cabe el divorcio por este capítulo, en ra-



zon de las lesiones corporales, aun graves, inferidas por el marido a la mujer, o por ésta a aquél.

Sin embargo, si las lesiones se ejecutaren contra alguna de las personas que menciona el artículo 390 del Código Penal entre las cuales se incluye el cónyuge, las penas se aumentarán en un grado (art. 400 del mismo Código).

No parece guardar armonía la consecuencia indicada con el hecho de que proceda el divorcio por todo simple delito de uno de los cónyuges contra los bienes del otro.

Ni procede, en tal caso, el divorcio, conforme al número anterior, pues éste exige malos tratamientos graves i repetidos.

Podría solo proceder conforme al número 11.º, que se refiere a toda condenacion de uno de los cónyuges por crimen o simple delito.

Dada la disposicion jeneral del susodicho número 11.º, habría podido omitirse la de este número.

Ello, sin perjuicio de que, restringida como a su tiempo veremos que debería restringirse, la primera de esas disposiciones, subsistiese la segunda en forma adecuada a la naturaleza especial de las relaciones recíprocas que el matrimonio crea entre los cónyuges.

Es preciso que consten el delito i la responsabilidad del cónyuge culpable por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la cual constituirá un antecedente irredargüible en el juicio de divorcio.

4.º Dicese *tentativa*, segun el Diccionario de la Lengua, toda accion con que se intente experimentar, probar o tantear una cosa.

No tratándose aquí, como pronto veremos, del delito de prostitucion de la mujer por el marido, dicha palabra no ha de entenderse en el sentido de tentativa que implique responsabilidad criminal, conforme al inciso 3.º del artículo 7.º del Código Penal.

Dicese *tentativa del marido*, porque, por la propia naturaleza de las cosas, solo con él puede rezar esta causal de divorcio, al reves de las causales anteriores, que rezan indistintamente con el marido o la mujer.

Dicese *prostituir*, segun el Diccionario de la Lengua, en-

tregar, abandonar una mujer a la pública deshonra, corromperla.

No se refiere aquí la lei al delito de la prostitucion de la mujer por el marido, sino al hecho de la misma prostitucion.

Por regla jeneral, este hecho no constituye delito.

El artículo 367 del Código Penal dice, sin embargo:

"Ei que habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza, facilitare la prostitucion o corrupcion de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados i multa de ciento a cinco mil pesos."

La persona a que ese artículo se refiere puede ser el marido respecto de la mujer menor de edad.

No obstante, como dicho artículo exige en esa persona *el hábito* de facilitar la prostitucion o corrupcion de menores de edad para satisfacer deseos de otro, i esta causal consiste en *la tentativa* del marido para prostituir a su mujer, en ningun caso la misma causal constituirá delito.

La sola tentativa a que se refiere este número arguye una completa depravacion en el marido i una ofensa gravísima al honor de la mujer.

Si la mujer ha consentido en prostituirse no procede esta causal, sin embargo de la tentativa del marido para prostituir la.

Lo mismo será aun en el caso de que el marido haya facilitado habitualmente la prostitucion de la mujer menor de edad, i haya sido declarado culpable de este delito por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Pero, en tal caso, procedería el divorcio conforme al número II.

En particular i justo aborrecimiento a esta causal, i por una alta razon de moralidad i de conveniencia pública, prescribe el lejislador que el divorcio decretado por ella no termine, aun cuando los cónyuges consientan en volver a reunirse.

5.º Llábase *avaricia*, segun el Diccionario de la Lengua, el afan desordenado de poseer i adquirir riquezas para atesorarlas.

Dícese *avaricia del marido* porque, en jeneral, le incumbe alimentar a su mujer, i nó a la inversa.

Guarda armonía con esa obligación su facultad de administrar, además de sus propios bienes, los de la sociedad conyugal i los de su mujer.

Si en el estado anormal de separación de bienes, careciendo de medios de subsistencia el marido, la avaricia de la mujer llegase hasta privarle de lo necesario para la vida según sus facultades, no procedería el divorcio, aunque, en rigor, debería proceder por una razón análoga a la de este número.

Ello sin perjuicio de que el marido pueda recurrir a la justicia, en demanda de alimentos.

Si la mujer, curadora de su marido entredicho por demencia o sordo-mudez, llegase hasta privarle de lo necesario para la vida según sus facultades, no procedería el divorcio, sino el recurso a la justicia o al defensor de menores, para los efectos a que hubiere lugar.

No nos referimos a la mujer curadora de los bienes de su marido ausente, porque no le incumbe alimentarlo.

"... si llega hasta privar a su mujer de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades,"

Deben los cónyuges auxiliarse mutuamente (art. 102 del Código Civil).

Están obligados, en especial, a socorrerse, o sea, a auxiliarse pecuniariamente, en todas las circunstancias de la vida (inc. 1.º del artículo 131 del mismo Código).

El marido debe suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, i la mujer tendrá igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes (art. 134 de dicho Código).

Según don Andrés Bello trae su origen esta última disposición de la ley 7.ª título 2, partida IV, la cual prescribe que los cónyuges "deuen venir todos en uno, e servir el uno al otro, e *pro- uerle de las cosas que menester le fizieren, según su poder.*

Como, en jeneral, según los artículos 321 i 324 del Código, debe el marido a la mujer alimentos congruos, o sea, proporcionados a la posición social de la misma, ha de suministrarle lo necesario para subsistir de una manera proporcionada a dicha posición, según sus facultades, o, como decía la ley de Partida, según su poder.

No autoriza este número el divorcio en todos los casos en

que, contraviniendo el marido a la primera parte del artículo 134 del Código, no provea a la mujer de lo necesario, según sus facultades, sino en el solo caso de que su avaricia llegue hasta privarle de lo necesario para la vida, según sus facultades.

Puede, por consiguiente, no proceder el divorcio por la avaricia del marido.

No diciendo la ley "lo necesario", sino "lo necesario *para la vida*", no procederá el divorcio por el hecho solo de que el marido no suministre a la mujer lo necesario para subsistir de una manera correspondiente a la posición social de la misma, aun cuando sus facultades se lo permitan.

La expresión "atendidas sus facultades", no parece diferenciarse sustancialmente de la expresión "según sus facultades", de que se vale el Código, i que habría sido preferible conservar.

6.º Dice el artículo 133 del Código Civil:

"El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él, i a seguirle a donde quiera que traslade su residencia.

"Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer.

"La mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa."

Con respecto al derecho del marido para obligar a su mujer a vivir con él, dice Delvincourt, comentando la respectiva disposición del Código Frances: "Háse juzgado varias veces, especialmente en París el 19 de Abril de 1817 (Ibid. 1818, segunda parte, página 63), que el marido no puede exigir la ejecución de este precepto, ni obligar a su mujer a residir con él, sino en cuanto él mismo tenga una casa con mobiliario correspondiente a su estado."

Dado el tenor literal de la primera parte del inciso 1.º del artículo 133, i la naturaleza íntima i rigurosa, de las obligaciones matrimoniales, no parece haber mérito para establecer la misma doctrina en el sistema de nuestro Código.

Las palabras "i a seguirle a donde quiera que traslade su residencia" no pueden ser mas absolutas, i guardan, por lo demás, perfecta armonía con las ántes insinuadas intimidad i rigor de las obligaciones matrimoniales.

No exige el Código cambio de domicilio, ni se refiere solo a un cambio de residencia dentro del territorio de la República: está la mujer obligada a seguir a su marido, aun cuando éste cambie solo de residencia, i aunque salga de dicho territorio.

Véase lo que dice Delvincourt, acerca de palabras análogas del Código Frances: (5) "*en donde juzgue conveniente residir*, aun fuera del territorio frances. Esto se decidió formalmente en la discusion. El proyecto exoneraba a la mujer de esta obligacion en el caso de haber abandonado el marido el suelo del Reino por cualquiera causa que no fuese una mision del Gobierno, con obligacion de residencia. Fué rechazada esta adicion, a título de que la obligacion que afecta a la mujer en órden a seguir a su marido es jeneral, i debe aplicarse a todos los casos."

Si la mujer contraviene a cualquiera de las predichas obligaciones, procede el divorcio, pero no puede compelerse a su observancia mediante el empleo de la fuerza pública (1).

Dice el Código: "Cesa este derecho si su ejecucion acarrea peligro inminente a la vida de la mujer."

Segun el Diccionario de la Lengua, *inminente* significa que amenaza o está para suceder prontamente.

La espresion "peligro inminente" es jenérica.

(1) Remítese don Andres Bello, respecto del inciso 3.º del artículo 133 del Código, a Delvincourt, Code Civil, I, pág. 79, nota 4.

Dice esta nota: «*de habitar con el marido.*» ¿Puede la mujer ser personalmente compelida al cumplimiento de esta obligacion? Así se ha juzgado en varios tribunales, i especialmente en Paris. Yo no puedo, sin embargo, participar de esta opinion. Se reconoce que se trata aquí del cumplimiento de una obligacion; pues bien, el juez, ¿puede decretar el apremio personal para el cumplimiento de una obligacion cualquiera, fuera de los casos especialmente señalados por la lei? Este derecho le ha sido espresamente negado por el artículo 2063. I, ¿dónde está la disposicion legal que permita emplear el apremio personal contra la mujer para obligarla a vivir con el marido? I, por lo demas, ¿cuál es, en los casos ordinarios, el efecto del apremio personal? Es el de retener al deudor en prision, hasta que haya pagado la deuda, i ejecutado la obligacion. I, esto, ¿puede por ventura tener lugar en el caso de que se trata? La obligacion de la mujer subsiste durante todo el matrimonio: es una obligacion que se ejecuta a cada instante. Su-

Antes de la Lei de Matrimonio Civil podia provenir ese peligro inminente, entre otras causas, de la sevicia del marido, si era tal que la mujer no pudiera habitar con él, sin probable peligro de vida, o de la enfermedad contagiosa del marido, si era tal que, a juicio de médicos o peritos, indujera cierto, o, a lo ménos, probable, peligro de vida, la sola cohabitacion; causales que lo eran tambien de divorcio perpétuo.

Despues de haber empezado a rejir esta lei, puede provenir ese peligro, entre otras causas, de malos tratamientos graves i repetidos de obra inferidos por el marido a la mujer, de avaricia del marido, si llega a privar a la mujer de lo necesario para la vida, segun sus facultades, i de enfermedad grave, incurable i contagiosa del marido; causales que lo son asimismo de divorcio temporal o perpétuo.

Puede tambien suceder que una enfermedad grave i contagiosa del marido, pero no incurable, i que, por esto mismo, no autorice el divorcio, justifique, sin embargo, la resistencia de la mujer a vivir con su marido, i a seguirle a donde quiera que traslade su residencia.

Pareceria natural que hubiese una perfecta correlacion i armonía entre las causales que autorizan el divorcio por peligro a la vida de la mujer i las causales análogas que la autorizan para negarse a vivir con su marido, o a seguirle a donde quiera que traslade su residencia.

Solo en el caso estremo de peligro inminente a la vida de la mujer, autoriza la lei la suspensión en el cumplimiento de las obligaciones que declara el inciso 1.º del artículo 133 del Código.

---

pongamos que el marido haya constreñido a la mujer a volver al hogar comun; ¿la retendria en él como en una cárcel doméstica? El órden público se opone a que se le conceda semejante derecho. La mujer podria, pues, abandonar aun la casa conyugal. El objeto del apremio personal se habria frustrado completamente...»

Agréguese, todavia, que, entre nosotros, conforme a la lei del 23 de Junio de 1868, no cabe, en jeneral, el apremio personal ni aun contra los deudores por obligaciones pecuniarias, i que dicho apremio no cabe en caso alguno contra las mujeres responsables de esas obligaciones.

Al juez corresponde calificar la existencia i la inminencia del peligro, en vista de las pruebas i circunstancias.

Puede cualquiera de los cónyuges aducir en su favor, o el juez decretar de oficio, cuando lo crea conveniente, el dictámen pericial de facultativos.

Hemos visto que, segun el Código, el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él i a seguirle a donde quiera que traslade su residencia.

Este número dice solo: "Negarse la mujer sin causa legal a seguir a su marido."

No refiriéndose especialmente el legislador al cambio de residencia del marido, parece aplicable su precepto a los dos casos de que habla el Código, i a que se extiende la razon de la lei.

Mejor habria sido, sin embargo, que, ajustándose a la terminología del Código, hubiese dicho el legislador: "Negarse la mujer, sin causa legal, a vivir con su marido, o a seguirle a donde quiera que traslade su residencia."

La única causa legal en cuya virtud puede la mujer negarse a seguir a su marido, es la contemplada en el inciso 2.º del artículo 133 del Código.

Por su propia naturaleza, esta causal reza solo con la mujer.

Pudo, sin embargo, i, a nuestro juicio, debió establecerse una causal análoga para el caso en que, infringiendo el marido el inciso 3.º del predicho artículo 133 del Código, se negase a recibir a la mujer en su casa; infraccion que no procedería tampoco evitar ni remediar con medida alguna de apremio personal contra el marido.

7.º "Abandono del hogar comun..."

Entiéndese por *abandonar*, segun el Diccionario de la Lengua, dejar, desamparar a una persona o cosa, no hacer caso de ella.

No coincide esta causal de divorcio, respecto de la mujer, con la del número precedente, porque la mujer que se niega a seguir a su marido puede no incurrir en el abandono del hogar comun, de que aquí se trata.

Tampoco coincide esta causal de divorcio, respecto de cualquiera de los cónyuges, con la del número siguiente, porque el marido o la mujer que se ausenta, puede tambien no incurrir en el precitado abandono.

La segunda parte de este número dice: «no resistencia a cumplir las obligaciones conyugales *sin causa justificada*.»

No son aplicables estas últimas palabras a la causal que estudiamos, sin duda, porque no hai, en el concepto del legislador, razon alguna que autorice el abandono del hogar.

«... o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada.»

Entiéndese por *resistencia*, segun el Diccionario de la Lengua, la accion i efecto de resistir, o sea de repugnar, contradecir, rechazar, etc.

Entiéndese por *obligaciones conyugales*, en el mas ámplio sentido de esta espresion, todas las que el matrimonio crea entre los cónyuges.

I seentienden por *obligaciones conyugales*, en el sentido estricto de esta espresion, las concernientes al débito conyugal, o sea, a las relaciones sexuales de los cónyuges entre sí.

Todas las causales de divorcio de que hemos hablado i las de los números 8.º i 9.º, se refieren a obligaciones conyugales, en el primer sentido de esta espresion.

I la causal de divorcio, de que ahora hablamos, se refiere a obligaciones conyugales en el segundo sentido de la misma espresion.

Confírmalo, sin dejar lugar a dudas, la historia fidedigna del establecimiento de la lei.

En la sesion de la Cámara de Diputados del 11 de Setiembre de 1883 propuso don Ricardo Letelier que se suprimieran las palabras de que hablamos.

A lo cual contestó don Enrique Mac-Iver: «La frase que su señoría ha pedido se suprima en el número 7.º fué punto mui discutido en la comision, i, despues de una séria deliberacion, se acordó mantenerla como una de las causales de divorcio.»

Replicando el señor Letelier dijo: «... mis honorables colegas me escusarán que no entre a esponer los fundamentos en que me apoyo al solicitar la supresion de la frase contenida en el número 7.º que he indicado.»

Habla el legislador en este número de «causa justificada,» i nó de «causa legal» como en el número precedente, porque,



siendo varias, i, en jeneral, no bien determinables las causas que justifican la resistencia al cumplimiento de las obligaciones conyugales, convenia reservar su calificacion al arbitrio prudencial del majistrado.

Será, sin duda, causa justificada todo peligro para la vida o la salud del cónyuje que se resista, aun cuando la causa de este peligro sea inculpable respecto del otro cónyuje.

Lo será asimismo todo peligro para la vida o la salud de la posible prole.

Puede cualquiera de los cónyujes, i aun el juez de oficio, cuando lo creyere conveniente, solicitar a estos respectos el informe pericial de facultativos.

Será asimismo causa justificada todo peligro para la honestidad o decoro del cónyuje que se resista.

Puede un mismo hecho constituir peligros de varias i aun de todas las clases indicadas.

No siempre será fácil la prueba de la resistencia del uno de los cónyujes al cumplimiento de las obligaciones conyugales.

En el caso de haberse resistido el marido a dicho cumplimiento desde la celebracion del matrimonio, cabrá la prueba de su resistencia, justificando la virginidad subsistente de la mujer, que puede establecerse merced al exámen pericial de facultativos.

No es imposible que la resistencia del marido al cumplimiento de las obligaciones conyugales, desde la celebracion del matrimonio, pueda atribuirse a impotencia del mismo marido, caso en que, si hubiese de caracterizarse dicha impotencia como de perpétua e incurable, procederia, no ya el pronunciamiento del divorcio, conforme a este número, sino la declaracion de nulidad del matrimonio, conforme al artículo 29.

Siendo la procreacion el fin específico del matrimonio, ha juzgado el lejislador que la sola resistencia de uno de los cónyujes al cumplimiento de las obligaciones conyugales debe constituir una causal de divorcio.

Segun la jurisprudencia francesa, la resistencia del marido al cumplimiento de esas obligaciones, debe mirarse respecto de la mujer como una injuria grave que autoriza la separacion.

Sin embargo, como la resistencia de uno de los cónyuges al cumplimiento de las obligaciones conyugales sin causa justificada es una culpa de carácter negativo, i puede desaparecer con el trascurso del tiempo i el cambio de las circunstancias, ha creído el legislador que dicha resistencia debe solo constituir una causal de divorcio temporal.

8.º Entiéndese por *ausencia*, según el Diccionario de la Lengua, la acción i efecto de ausentarse o de estar ausente, i por *ausentarse*, separarse uno de cierta persona o lugar, i especialmente, de la población en que reside.

Dice Escriche, en su Diccionario Razonado de Lejislacion i Jurisprudencia, que entre otras cosas, la palabra *ausente* "significa el que no está en el lugar de su domicilio o residencia ordinaria, tenga o nó obligación de estar en él, i aunque se sepa donde se halla."

No habiendo definido nuestro lejislador la palabra *ausente*, parece que debemos entender por tal al cónyuje que se ha separado del lugar de su residencia habitual.

Ocurriendo esa separacion, incide la razon de la lei, aunque el cónyuje no se haya ausentado asimismo del territorio de la República.

Es aplicable esta causal de divorcio, tanto a la ausencia del marido, como a la de la mujer; si bien ocurrirá con mayor frecuencia respecto de la primera.

Si como es probable, a la ausencia de la mujer se acompaña la negativa de la misma, sin causa legal, a seguir a su marido, procede el divorcio, conforme al número 6.º

Si cualquiera de los cónyuges, no solo se ha ausentado, sino que ha abandonado el hogar comun, esto es, ha interrumpido toda comunicacion con él, procede el divorcio, conforme al número 7.º

Si el ausente ha constituido procurador debidamente autorizado, puede éste intervenir en el juicio; entendiéndose, empero, que la mujer no ha podido constituirlo sin consentimiento del marido.

Si el ausente no ha constituido procurador con poder bastante, parece que no cabrá nombrarle un curador para responder

a la demanda, porque la lei no autoriza este nombramiento. (1).

Tampoco habla el lejislador en este número de causa *legal*, como en el número 6.º, sino de causa *justa*, sin duda, por una razon análoga a aquélla por que dijo en el número precedente "causa justificada."

No parece, haber diferencia sustancial entre causa *justificada* i causa *justa*.

Al juez corresponderá apreciar la justicia de la causa, en vista de las pruebas o circunstancias que aduzcan las partes o una de ellas.

El plazo de tres años es prudencial.

Solo procede por este capítulo el divorcio temporal.

9.º Conforme al número 4.º del artículo 113 del Código Civil, justificase el disenso de la persona que debe prestar su consentimiento para el matrimonio de un menor de edad por "vida licenciosa, pasion inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse."

Entiéndese, en jeneral, por vida licenciosa "aquélla en que habitualmente se abusa de la libertad moral."

Sin embargo, como inmediatamente habla el Código de la pasion inmoderada al juego i de la embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse, parece que debemos referir especialmente aquella espresion a la vida en que se abusa de los placeres jenésicos.

Dice este número: "vicio arraigado de juego, embriaguez o disipacion."

Entiéndese por *vicio*, en este sentido, segun el Diccionario de

(1) El título XVII del libro I del Código Civil habla solo de las curadurías de bienes; i entre éstas, de la curaduría de los bienes del ausente.

A mayor abundamiento, para que pueda discernirse dicha curaduría exige en primer lugar que no se sepa el paradero del ausente, o que, a lo ménos, haya dejado de estar en comunicacion con los suyos, i de esta comunicacion se sigan perjuicios graves al mismo ausente o a terceros.

No seria aplicable a nuestro caso el inciso 3.º del artículo 474 de dicho título, segun el cual se comprende entre los ausentes el deudor que se oculta.

la Lengua, el hábito del mal obrar, el defecto o exceso, que, como propiedad o costumbre, tienen algunas personas.

I se entiende por *arraigar*, según el mismo Diccionario, echar o criar raíces, o, en sentido figurado, hacerse muy firme i difícil de extinguir o estirpar un afecto, virtud, vicio, uso o costumbre.

No parece haber diferencia sustancial entre "vicio arraigado al juego," como dice la ley; i, "pasión inmoderada al juego," como dice el Código.

Tampoco parece haberla entre "vicio arraigado de embriaguez," como dice la ley; i, "embriaguez habitual," como dice el Código.

Entiéndese por "disipación," según el Diccionario de la Lengua, la conducta de una persona entregada enteramente a los placeres.

I se entenderá por "vicio de disipación," el hábito de observar esa conducta; i por "hábito arraigado de disipación" el hábito de observarla muy difícil de extinguir o estirpar.

Sin embargo, como inmediatamente ántes ha hablado la ley de vicio arraigado de juego i disipación, parece que debemos referir especialmente la última de dichas expresiones a la vida en que se abusa de los placeres jenesicos.

No parece, por consiguiente, haber diferencia sustancial entre "vicio arraigado de disipación," como dice la ley, i "vida licenciosa," como dice el Código.

Si, como es probable, en su vida de disipación uno de los cónyuges ejecuta uno o mas actos sexuales con otra persona o personas, procede tambien el divorcio conforme al número 1.º.

Cierto es que el artículo 445 dice que "la disipación deberá probarse por hechos repetidos de dilapidación que manifiesten una falta total de prudencia," i que otros muchos artículos del mismo Código toman las palabras *disipación* i *disipador* en sentidos equivalentes a *dilapidación* i *dilapidador*.

Obvio es, sin embargo, que la ley no toma aquí la palabra *disipación* en este sentido, sino como ántes dijimos, en un sentido equivalente a "vida licenciosa."

Léjos de autorizar, en jeneral, la dilapidación el divorcio, el artículo 448 del Código Civil prescribe que se deferirá la cura-

duria del pródigo o disipador, en primer lugar, al marido no divorciado, si la mujer no estuviere totalmente separada de bienes, i el inciso 2º del artículo 450 del mismo prescribe que si la mujer del pródigo o disipador fuere mayor de veinte i cinco años, o despues de la interdiccion los cumpliere, tendrá derecho para pedir separacion de bienes.

Sin embargo, disponiendo el inciso 2º del artículo 445 de dicho Código que «el juego habitual en que se arriesguen porciones considerables de patrimonio autoriza la interdiccion,» constituirá ese juego una causal de divorcio siempre que pueda calificarse de «vicio arraigado de juego,» mas nó por incluirse en la disipacion de que trata este número.

Habria sido preferible, empero, que el lejislador no se valiese de la palabra «disipacion,» que tenia ya otro sentido consagrado por el Derecho.

En jeneral, no hubo, a nuestro juicio, motivo plausible ni conveniencia alguna en modificar a estos respectos la terminología del número 4º del artículo 112 del Código, ni en invertir el orden de sus distintos conceptos.

En la sesion de la Cámara de Diputados del 11 de Setiembre de 1883, propuso don Ricardo Letelier que no se mencionara en este número los vicios de juego i disipacion.

Contestó don Enrique Mac-Iver que ellos producen la perturbacion de la paz del matrimonio, i que era conveniente poner atajo a esas causas de disturbios, para no obligar a una mujer que puede tener un espíritu levantado, a vivir con un hombre que no la respete por entregarse al juego i a la disipacion.

Estas palabras hicieron fuerza en la mayoría de la Cámara, i fué rechazada la indicacion del señor Letelier.

Aunque esta causal reizará mas frecuentemente con el marido que con la mujer, i aunque, como acaba de verse, a este caso se refería el señor Mac-Iver al hablar de los vicios de juego i disipacion, dicha causal es, en rigor, aplicable a ámbos cónyuges, i será, por la propia naturaleza de las cosas, mas grave cuando llegue a aplicarse a la mujer.

10. — Dice don Justo Donoso, en sus Instituciones de Derecho Canónico Americano, que la separacion *quoad thorum et coha-*

*bitationem*, procede entre otras causas, por «la enfermedad contagiosa, si a juicio de los médicos o peritos, induce cierto, o al ménos probable peligro de infeccion en la sola cohabitacion».

No hacia el Derecho Canónico mencion especial de la gravedad i de la incurabilidad, bien que la primera coincide de ordinario i la segunda en ocasiones con la contagiosidad.

Dijo el proyecto de 1875. «Enfermedad contagiosa si, a juicio de facultativos, hubiere peligro de trasmision al otro cónyuje»; sin hacer tampoco mencion especial de las calidades de grave e incurable.

La Comision de la Cámara de Diputados, redactora del proyecto de esta lei, creyó deber exigir espresa i copulativamente las tres calidades.

En la referida Cámara no se discutió este número, i obtuvo solo el voto en contra del presidente de ella, don Jorje Hunceus.

Puede, sin duda, hacerse valer para impugnarlo la naturaleza del vínculo conyugal, la definicion del matrimonio, i mui especialmente, el inciso 1.º del artículo 131 del Código, segun el cual los cónyujes estan obligados a ayudarse mútuamente en todas las circunstancias de la vida.

Véase lo que sobre el particular dice Pothier, en las pájinas 237 i 238 de su *Tratado del contrato de Matrimonio*.

«Ni la epilepsia, por violentos que sean sus ataques, ni otra alguna enfermedad, aun contagiosa, da derecho a la mujer para separarse de su marido, ni al marido de su mujer.

«Lo mismo debe decirse de cualquiera deformidad, por grande que sea, sobrevenida a uno de los cónyujes, por ejemplo, un cáncer abierto en la cara; pudiendo aplicarse aquí lo que dice Ulpiano de un caso diverso: «*Quid enim tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse*; L. 22, § 7, ff. Solut. matrim.»

Ha juzgado, sin embargo, nuestro lejislador que debe proceder el divorcio por enfermedad grave, incurable i contagiosa.

No se llama solo «enfermedad grave» la que acarrea peligro inminente, próximo o remoto, de perder la vida, sino toda enfermedad que produce una perturbacion considerable en la salud.

No dejarian, por ejemplo, de ser enfermedades graves la sífi-

lis i la lepra, aunque ninguna de ellas ocasiona peligro inmediato de perder la vida.

Guarda armonía este concepto de la gravedad con la naturaleza del divorcio perpétuo, que es un réjimen destinado a subsistir durante la vida de los cónyuges.

Entiéndese por *incurable*, segun el Diccionario de la Lengua, tanto lo que no se puede curar o sanar, quanto lo mui difícil de curarse.

Parece que debe la palabra tomarse aquí en su primera acepcion, que es tambien la mas conforme con la naturaleza del divorcio perpétuo, i con el rigor de la doctrina jurídica a este respecto.

Aplicase *contajioso*, segun el Diccionario de la Lengua, a las enfermedades que se pegan i comunican por contajio; i se entiende por *contajio*, segun el mismo Diccionario, trasmision por contacto inmediato o mediato de una enfermedad específica desde el individuo enfermo al sano.

Para que proceda el divorcio por este capítulo, no es preciso justificar el contajio: basta con establecer la contajiosidad, o sea la posibilidad de la trasmision, aunque no vaya acompañada de la probabilidad, ni mucho ménos de la inminencia o seguridad de la misma, i aunque pudiera evitarse la trasmision, mas o ménos probablemente, con un sistema bien ordenado de precauciones hijiénicas.

No parecen incluirse en este número las enfermedades agudas, porque el divorcio tiene por objeto establecer un nuevo réjimen de vida entre los cónyuges, i la evolución rápida de dichas enfermedades, se realizaría de ordinario en ménos tiempo del que puede demorar el juicio.

No es preciso justificar que la enfermedad reune, en jeneral las tres calidades de grave, incurable i contajiosa, sino que las reune en el caso especial de que se trata; observacion aplicable sobre todo al concepto de incurabilidad, mas subordinado a las circunstancias que los de gravedad i contajiosidad.

La sífilis es siempre grave, con frecuencia curable, i jeneralmente contajiosa.

Puede ser incurable en casos determinados de enfermos dé-

biles o de edad madura o avanzada, o de excesiva virulencia del mal.

Es mui contagiosa en sus períodos primario i secundario; i, aunque jeneralmente no lo es, puede llegar a serlo en el terciario. (1)

Hai observaciones que acreditan la contagiosidad de la sífilis, asi como su trasmisibilidad a la prole, aun despues de veintiun años de su aparicion.

Para determinar en casos concretos la incurabilidad i contagiosidad de la sífilis, convendrá recurrir al dictámen de facultativos.

La tuberculósís es siempre grave, muchas veces curable i jeneralmente contagiosa.

La tuberculósís pulmonar es curable en sus dos primeros períodos,, i jeneralmente incurable en el tercero.

El *lupus*, o tuberculósís de la piel, es incurable.

La lepra es siempre grave e incurable.

Aunque no haya esperiencias individuales i rigurosamente científicas que establezcan la contagiosidad de la lepra, considerada excesiva en otros tiempos, continúa, en jeneral, tratándose a los leprosos como afectados de enfermedad contagiosa.

Creemos, por consiguiente, que esta enfermedad se entenderia reunir, en órden al pronunciamiento del divorcio, las tres calidades de grave, incurable i contagiosa.

El muermo, enfermedad de los solípedos, trasmisible al hombre, es jeneralmente mortal en su forma aguda, i muchas veces tambien en la crónica.

Fuera de los casos en que se presenta como afeccion local, contagiosa, pero no grave, puede el muermo en el hombre constituir una enfermedad grave, incurable i contagiosa.

El cáncer es siempre grave, i en la mayoria de los casos, incurable, pero su contagiosidad no ha podido ser demostrada.

---

(1) Aunque no rigurosa, i artificial, sirve esta clasificacion para formarse una idea del desarrollo ordinario de los fenómenos sífilíticos.



No creemos, por lo tanto que, en caso alguno, pueda estimarse incluido en este número.

La *ozena*, o ulceracion de la membrana mucosa de las fosas nasales, del velo del paladar i del seno maxilar que arroja un pus fétido, no puede calificarse de enfermedad grave, porque no afecta considerablemente la salud jeneral, pero es con frecuencia incurable i talvez contagiosa. (1)

Tampoco creemos, por lo tanto, que en caso alguno pueda estimarse incluida en este número.

Conforme al número 3.º del artículo 113 del Código Civil, constituye una razon de disenso para el matrimonio, el «grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia o de la prole.»

Exije solo el Código grave peligro para la salud, nó, grave peligro para la vida.

Podrá el primero no acarrear el segundo, especialmente cuando se trate de enfermedades graves, crónicas i no mortales.

Desde este punto de vista, hai analogía entre el Código i la lei.

No exige el Código que el grave peligro para la salud provenga de enfermedad, i proviniendo de ésta, de enfermedad de la persona con la cual el menor desea casarse, ni que la enfermedad reuna determinadas calidades, bien que la gravedad i contagiosidad parezcan exijidas por la naturaleza de la disposicion.

Si la persona con la cual el menor desea casarse padece de enfermedad grave i contagiosa, pero no incurable, puede desaparecer esta causal con el trascurso del tiempo.

Desde que este número solo puede dar lugar al divorcio perpétuo, es natural que exija la calidad de incurable.

Autoriza el Código el disenso, no solo por grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia, sino tambien de la prole.

Por el contrario, ha sido instituido este número en beneficio esclusivo del cónyuje sano.

---

(1) Debemos estas observaciones a la ilustracion i amabilidad de nuestros distinguidos amigos los doctores en medicina don Mamerto Cádiz, don Ramon Corbalan Melgarejo i don Alejandro del Rio.

Establecido el principio de que puede autorizarse el divorcio, por razon de enfermedad de uno de los cónyuges, pudo talvez ampliársele al caso de enfermedad repugnante, aunque no grave, pero incurable i contagiosa, de uno de los cónyuges.

Pudo tambien ampliársele al caso de enfermedad grave (o repugnante) i contagiosa, pero nó incurable, sino crónica de uno de los cónyuges.

Bien entendido, que en este caso solo se habria autorizado el divorcio temporal.

Pudo tambien ampliársele al caso de enfermedad grave (o repugnante) incurable, o crónica trasmisible a la descendencia.

Habria podido decirse, por ejemplo, «enfermedad grave (o repugnante) crónica o incurable, trasmisible al otro cónyuje o a la prole.»

O se observa con rijidez en esta materia el principio de la union de los cónyuges, o se admiten todas las escepciones calificadas.

Concebida, como lo está, implica esta disposicion el reconocimiento de un principio que raras veces, si algunas, se habrá llevado o llevará a la práctica.

II.—La condenacion supone sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Procede el divorcio, a pesar del indulto, pero no de la amnistia del cónyuje culpable, por las razones dadas sobre estos particulares respecto de casos análogos.

Desde que dice la lei «de uno de los cónyuges» es preciso que la condenacion haya sobrevenido al matrimonio; sin que valga alegar ignorancia de la condenacion anterior.

«...de un crimen o simple delito.»

No importa que el crimen o simple delito haya sido consumado o frustrado, o mera tentativa; ni que el cónyuje culpable se haya constituido en autor, cómplice o encubridor.

Desde que dice la lei «crimen o simple delito,» es obvio que escluye las faltas, sin duda por la relativa levedad de las mismas.

Conforme a la clasificacion de las penas, incluida en el artículo 21 del Código Penal, son penas de crímenes, la de muerte, la de presidio o reclusion perpétuos o mayores, la de relegacion

perpétua, la de confinamiento, estrañamiento o relegacion mayores; i la de inhabilitacion para ciertos cargos u oficios públicos, derechos políticos o profesiones titulares.

No excluimos a este respecto la pena de muerte, en razon de que puede no haber sido aplicada.

Conforme a la tabla demostrativa del artículo 56 del Código Penal, las penas mayores duran de cinco años i un día a veinte años; i la de inhabilitacion temporal, de tres años i un día a diez años.

Justificase suficientemente que proceda el divorcio, por la condenacion de uno de los cónyuges a cualquiera de las indicadas penas.

Conforme a la referida clasificacion, son penas de delito las de presidio o reclusion, confinamiento, estrañamiento o relegacion menores, la pena de destierro i la suspension de cargo u oficio público o profesion titular.

Conforme a la referida tabla demostrativa, las penas menores i la de destierro duran de sesenta i un días a cinco años; y la pena de suspension de sesenta i un días a tres años.

Ha ido talvez demasiado léjos nuestro lejislador al autorizar el divorcio por la condenacion de uno de los cónyuges a cualquiera de las indicadas penas.

El Derecho Canónico no autorizaba el divorcio por esta causal.

El artículo 232 del Código Frances autorizaba el divorcio por la condenacion de uno de los cónyuges a pena infamante.

Segun el Código Penal frances, que empezó a rejir con alguna posterioridad, las penas son alictivas o infamantes o simplemente infamantes.

Las penas alictivas é infamantes son: la muerte, los trabajos forzados a perpetuidad, la deportacion, los trabajos forzados por tiempo determinado, i la reclusion.

La deportacion es pena perpétua; i la de trabajos forzados por tiempo determinado i la de reclusion pueden durar de cinco a veinte años.

Las penas infamantes son: la esposicion a la vergüenza pública, el destierro i la degradacion cívica.

El número 5.º del artículo 113 del Código declara razon su-

ficiente de disenso para el matrimonio el haber sido condenada la persona con la cual el menor desea casarse a una de las penas indicadas en el artículo 267, número 4.º

Hemos dicho que, conforme al referido número 4.º, se efectúa asimismo la emancipacion judicial por toda sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare al padre culpable de un crimen a que se aplique la pena de esposicion a la vergüenza pública, la de cuatro años de reclusion o presidio u otra de igual o mayor gravedad.

Conforme al número 8.º del artículo 1012 del Código, no podrán ser testigos en un testamento solemne otorgado en Chile los condenados a alguna de las mismas penas.

El proyecto de 1875 autorizaba el divorcio por la condenacion de cualquiera de los cónyuges a presidio perpétuo, a menos de haber intervenido indulto o condonacion de la pena; tratando en jeneral con mayor estrictez esta causal de divorcio que el Código la respectiva causal de disenso.

Conforme al número 5.º del artículo 14, no podrán ser testigos en los matrimonios los que estuvieren declarados culpables de crimen a que se aplique la pena de mas de cuatro años de reclusion o presidio; disposicion armónica, en cuanto a dicha pena, con las antecitadas disposiciones del Código Civil.

¿Hai razon para que proceda á este respecto el divorcio por condenaciones que no autorizan el disenso, ni la emancipacion judicial ni las referidas inhabilidades?

El número 3.º de este artículo se refiere a todo crimen o simple delito, pero *cometido por el uno de los cónyuges contra el otro*.

¿Hai razon para que proceda la lei con igual severidad en los casos de ámbos números?

La lei francesa de 1884 exige la condenacion de uno de los cónyuges a pena a la vez afflictiva e infamante.

El nuevo Código aleman no establece esta causal de divorcio.

Dadas las disposiciones del Código Penal, podria redactarse este número, diciendo: "Condenacion de uno de los cónyuges por delito a que se aplique la pena de reclusion o presidio perpétuos o mayores, u otra pena de igual o mayor gravedad"; o bien: "Condenacion de uno de los cónyuges por delito a que se apli-

que la pena de reclusion o presidio perpétuos, mayores, o menores en sus grados máximos, u otra pena de igual o mayor gravedad».

12.—La expresion «malos tratamientos» es jeneral.

La calificacion de si algunos malos tratamientos se incluyen en ella depende del arbitrio del juez.

No es preciso que los malos tratamientos constituyan delitos, aunque de ordinario los constituirán, supuesto que se trata de malos tratamientos que pongan en peligro la vida de los hijos.

Si habiendo los malos tratamientos constituido delito, hai sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que condene por ellos al cónyuje culpable, incidirá tambien la causal del número anterior.

Pero, podrán hacerse valer en el juicio civil de divorcio los malos tratamientos que constituyan delito sin prévia sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada.

Aunque, acaso por la jeneralidad de su disposicion, dice este número «malos tratamientos», en plural, parece que bastaria uno solo para decretar el divorcio, máxime cuando la lei no exige aquí, como en el número 3.º, que los malos tratamientos sean *repetidos*.

I ello se esplica suficientemente, si se atiende a la primordial necesidad de la conservacion de los hijos.

Al reves del número 3.º, excluye este número los malos tratamientos de palabra, tanto porque no ofenden directamente al otro cónyuje, cuanto porque, dada la naturaleza de las relaciones entre los padres i los hijos, son mas escusables que los malos tratamientos de palabra entre los cónyuges.

Aunque, acaso por la jeneralidad de su disposicion, dice tambien este número «a los hijos», en plural, parece que bastaria el mal tratamiento de uno solo para decretar el divorcio.

Si, habiendo varios hijos, ha recaido el mal tratamiento en uno solo, perderá el cónyuje culpable el cuidado personal de la crianza i educacion de todos ellos.

Al hablar este número de «los hijos», parece referirse a los hijos léjítimos.

Sábese que, conforme al inciso 2.º del artículo 278 del Cód-

go, la persona casada no podrá tener un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer o marido; prohibicion aplicable *a fortiori* a los demas hijos ilegítimos.

Al hablar este número de "los hijos", parece referirse asimismo a los hijos comunes de ámbos cónyuges.

Podria, sin embargo, haberse autorizado el divorcio por los malos tratamientos del cónyuge padrastro o madrastra a sus entenados, hijos legítimos de su mujer o marido.

A diferencia del número 3.º, no exige solo este número que los malos tratamientos sean graves, sino de tal gravedad que pongan en peligro la vida de los hijos, sin duda porque no ofenden directamente al otro cónyuge.

Para calificar si los malos tratamientos de obra han puesto o nó en peligro la vida de los hijos, puede ser necesario o conveniente recurrir al dictámen de facultativos, a peticion de parte o de oficio.

Conforme al número 1.º del artículo 267 del Código, la emancipacion judicial se efectúa por decreto de juez, en primer lugar, cuando el padre maltrata habitualmente al hijo en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.

No exige este número mal tratamiento habitual, ni siquiera repetido.

Puede, por consiguiente, el marido divorciado, en virtud de este número no hallarse en el caso de perder la patria potestad, conforme a la ántes citada disposicion del Código.

Pero, este número no se refiere al caso de que los malos tratamientos de obra, sin poner en peligro la vida del hijo, le causen grave daño.

Puede, por consiguiente, el padre que ha perdido la patria potestad, conforme a la ántes citada disposicion del Código, no hallarse en el caso de que proceda en su contra la accion de divorcio conforme a este número.

¿Hai razones bastantes para estas diversidades de doctrina, i sus respectivas consecuencias?

¿Habria podido el Código no exigir el mal tratamiento habitual para autorizar la emancipacion judicial en el caso de poner el padre en peligro la vida del hijo?

¿Habria podido la lei autorizar el divorcio por el mal tratamiento, o a lo ménos, por el mal tratamiento habitual de uno de los cónyuges a los hijos, en términos de causarles grave daño?

Ordinariamente procederá este número contra el marido.

Aunque, segun el artículo 222 del Código, en jeneral, toca de consuno a los padres el cuidado de la crianza i educacion de los hijos lejitimos, segun el artículo 233, el padre tendrá la facultad de corregir i castigar moderadamente a sus hijos, i, segun el artículo 234, este derecho se estiende en ausencia, inhabilidad o muerte del padre, a la madre, o a cualquiera otra persona, etc.

Es posible que, ejerciendo inmoderadamente el padre ese derecho, proceda en su contra esta causal de divorcio.

Puede la madre ejercer tambien inmoderadamente ese mismo derecho, en los casos escepcionales de ausencia, inhabilidad o muerte del padre, pero por la propia naturaleza de estos casos, no procederá en ellos el divorcio

Cabe, sin embargo, que, en el estado normal del matrimonio, la mujer, a pesar de no corresponderle corregir i castigar, ni aun moderadamente, a sus hijos, pretenda ejercer ese derecho, i les inflija malos tratamientos de obra, que pongan en peligro su vida.

Pronunciado el divorcio por este capítulo, el cónyuge culpable se entenderá inhabilitado para seguir ejerciendo el cuidado personal de sus hijos de cualquiera edad o sexo, i podrá el juez confiarlo al cónyuge inocente, o, en caso de inhabilidad física o moral de ámbos padres, a otra persona o personas competentes, prefiriendo en la eleccion de estas personas a los consanguíneos mas próximos, i, sobre todo, a los ascendientes lejitimos, (art. 223, 224 i 225 del Código Civil).

Puede suceder de este modo que el padre divorciado por mal tratamiento no habitual a sus hijos, pierda el cuidado personal de éstos, sin que sea posible privarle de la patria potestad, conforme al número 1.º del artículo 267 del Código.

Aunque la patria potestad diga referencia especial a los derechos de administracion i usufructo de los bienes del hijo, i a

la representacion judicial i extrajudicial del mismo. no parece muy armónica dicha consecuencia con el contesto de la doctrina legal.

Si, habiendo varios hijos, el divorcio se ha pronunciado por malos tratamientos a uno o mas de ellos, pero nó a todos, el cónyuge culpable perderá igualmente el cuidado personal de todos ellos.

Solo procede, en virtud de este número, el divorcio temporal.

13. Como dijimos al explicar el número 4.º, llámase *tentativa*, segun el Diccionario de la Lengua, toda accion con que se intenta experimentar, probar o tantear una cosa.

No tratándose aquí, como pronto vamos a verlo, del delito de corrupcion de los hijos, no ha de entenderse dicha palabra en el sentido de tentativa que implique responsabilidad criminal, conforme al inciso 3.º del artículo 7 del Código Penal.

Parece, por consiguiente, que la simple proposicion de uno de los cónyuges para corromper a los hijos debe mirarse como tentativa para corromperlos.

Al reves de la causal del número 3.º, que reza solo con el marido, la causal de este número puede rezar indistintamente con cualquiera de los cónyuges.

Llámase, en jeneral, *corromper*, segun el Diccionario de la Lengua, "echar a perder, depravar, dañar, podrir;" i, en sentido figurado, "estragar, viciar, pervertir," sentido en que se dice, por ejemplo, corromper las costumbres, el habla, la literatura.

Parece, sin embargo, que el lejislador ha tomado aquí la palabra *corromper* en el sentido especial de pervertir a los hijos, mediante la ejecucion de actos contrarios al pudor i honestidad de los mismos.

Veremos confirmada esta induccion por la historia fidedigna del establecimiento de la lei, en el estudio del inciso 2.º del artículo 28.

Figura principalmente entre estos actos la prostitucion, o sea, la accion i efecto de traficar con el pudor i honestidad de una mujer.

Figuran tambien entre estos actos, el incesto, la sodomía, etc.



El artículo 367 del Código Penal distingue entre la *prostitucion* i la *corrupcion* de los menores, aplicando, sin duda, la segunda de estas palabras a la jeneralidad de los actos deshonestos, no incluidos en el sentido especial de la primera.

Conformándose con el Código Penal, el proyecto de 1875 decia "tentativa para corromper a los hijos, o complicidad en su corrupcion o *prostitucion*."

No exige la lei condenacion por el delito de corrupcion de los hijos; i si tal hubiese sido su ánimo, habríale bastado para este efecto con el número anterior.

Como ya vimos, tampoco formula la lei esa exigencia en el caso análogo del número 4.º.

Dice el artículo 367 del Código Penal, ya citado:

"El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitucion o corrupcion de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados, i multa de ciento a cinco mil pesos."

Si hubiere sentencia condenatoria de uno de los cónyuges por el referido delito, pasada en autoridad de cosa juzgada, dicha sentencia constituiría, sin duda, un antecedente irredargüible en el juicio civil de divorcio.

Como el número anterior, parece este número referirse a los hijos lejitimos i comunes de ámbos cónyuges, incluir el caso de haber un solo hijo, i comprender solo a los hijos menores de edad.

I, pronunciado el divorcio por este capítulo, el cónyuge culpable se entenderia tambien inhabilitado para ejercer el cuidado personal de sus hijos de cualquiera edad o sexo, etc.

Al decir la lei "a los hijos" refiérese a los de ámbos sexos; bien que la corrupcion especial i mas comun, que se llama prostitucion, se refiere solo a las mujeres.

Basta la tentativa para corromper a los hijos, en órden a que proceda esta causal de divorcio, porque la lei se propone evitar siempre que sea posible, el nefando daño de la corrupcion de los mismos.

Puede tambien proceder esta causal por la complicidad de uno de los cónyuges en la corrupcion de los hijos.

Débase entender aquí por *complicidad* toda injerencia de uno de los cónyuges en la corrupcion de los hijos, sea que concurra a la ejecucion del acto deshonesto, sea que la facilite para satisfacer los deseos de otro.

No tratándose aquí del delito de corrupcion de los hijos, no hai mérito para llamar solo cómplice al cónyuje culpable, en los casos a que se refiere el artículo 16 del Código Penal, que dice: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecucion del hecho por actos anteriores o simultáneos."

Si así no fuese, no procedería esta causal de divorcio en los casos gravísimos en que el cónyuje culpable debiera considerarse autor de la corrupcion, conforme al artículo 15 del referido Código.

Habría podido, sin embargo, el lejislador evitar en este número el empleo de las palabras "tentativa" i "complicidad", ya que no iba a atribuirles los mismos sentidos que les atribuyen las respectivas disposiciones del Código Penal.

Realizada la corrupcion de los hijos con la injerencia de uno de los cónyuges, procede esta causal de divorcio, porque la lei se propone, en cuanto sea posible, reparar el nefando daño causado, i evitar su repeticion.

No habla la lei de la complicidad del marido en el caso del número 4.º, porque no puede la mujer prostituirse sin su voluntad, i, mediando ésta, es lójico que no proceda la respectiva causal de divorcio.

Pronunciado el divorcio por este capítulo, el cónyuje culpable se entenderá inhabilitado para ejercer el cuidado personal de sus hijos de cualquier edad o sexo, etc.

Si el que ha intentado la corrupcion de los hijos o intervenido en ella, es el padre, procede, sin duda, la emancipacion judicial, conforme al número 3.º del artículo 267 del Código, que dice: "Cuando la depravacion del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad."

Si el cónyuje que solicita el divorcio aduce en su favor una o mas causales de divorcio perpétuo, i una o mas causales de divorcio temporal, debe solicitar directamente el primero, i, subsidiariamente el segundo.

Hemos dicho que la idea de establecer en nuestra legislación el divorcio *quoad vinculum* por consentimiento mútuo, fué rechazada en la Cámara de Diputados por una gran mayoría.

En la sesion de la misma Cámara del 11 de Setiembre de 1883, se hizo indicacion para que se estableciera el divorcio *quoad thorum et cohabitationem*, por consentimiento mútuo, agregándose al efecto un nuevo número al artículo que hemos estudiado.

He aquí lo que dijo don Ricardo Letelier sobre el particular:

«Esta idea del divorcio por consentimiento mútuo, fué detenidamente debatida en la Comision, i despues de un prolijo exámen, se acordó suprimir esta causal.

«Hai muchas consideraciones que aconsejan esta supresion, por los abusos i fraudes a que daria lugar. Solo en mui limitados casos no mas podria justificarse esta causal; pero estos casos escepcionales no pueden ser tomados en cuenta por la lei.

«Si se estableciera como regla jeneral que los cónyujes pueden divorciarse por consentimiento mútuo, indudablemente se cometerian muchos fraudes. Un marido, por ejemplo, que se encontrase en mala situacion de fortuna, podria recurrir a este espediente, para burlar a sus acreedores. No entraré a manifestar cómo podria conseguirse este resultado, porque mis honorables colegas conocen mui bien nuestra legislación, i saben las consecuencias que podria tener para los derechos de terceros el divorcio por consentimiento mútuo.

«Ademas, esta causal no correspondé a ninguna necesidad social. Hasta el presente, esta causal no ha existido, i la falta de ella no ha producido ningun inconveniente. Cuando se ha presentado el caso de que dos esposos desean vivir separados, ellos han sabido tomar las medidas necesarias para conseguir su objeto.»

Despues de un interesante debate, la indicacion fué rechazada apénas por siete votos de mayoría.

## ART. 22

“Las causales 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> i 12 del artículo anterior no son suficientes para pedir i decretar divorcio perpétuo.”

Las causales 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> inclusive, arguyen culpa directa i grave del uno de los cónyuges al otro, o del marido a la mujer.

Las causales 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> i 8.<sup>a</sup> arguyen culpa directa, pero ménos grave, del uno de los cónyuges al otro, o del marido a la mujer o a la inversa.

Las causales 9.<sup>a</sup>, 10 i 11 no arguyen culpa especial, o no arguyen culpa alguna del uno de los cónyuges contra el otro, pero son graves, i afectan cierto carácter de estabilidad i permanencia.

La causal 12 arguye culpa grave de alguno de los cónyuges respecto de los hijos, pero solo culpa indirecta i ménos grave respecto del otro cónyuge.

Concíbese, por lo demas, que las circunstancias cambien en órden a dicha causal con el trascurso del tiempo, hasta desaparecer o atenuarse el peligro.

La causal 13 se encuentra en una condicion análoga a la 12, pero implica una depravacion nefanda i acaso incorregible del carácter moral.

De que el lejislador haya dicho que las causales enumeradas en este artículo no son suficientes para pedir i decretar divorcio perpétuo, infiérese que lo son únicamente para pedir i decretar divorcio temporal.

¿Habria sido preferible establecer la proposicion afirmativa, dando solo márjen a deducir la negativa?

Las causales que son suficientes para pedir i decretar divorcio perpétuo no lo son para pedir i decretar divorcio temporal.

El derecho de pedir divorcio perpétuo, habiéndose justificado una o mas causales por que proceda, no es un derecho que mire solo al interes individual del cónyuge, sino al interes jeneral de la comunidad.

Por eso el artículo 27 dice: "El juez oirá el dictámen del ministerio público en el juicio sobre divorcio."

No deben confundirse el derecho de pedir divorcio perpetuo, habiéndose justificado una o mas causales por que proceda, con el derecho de pedir divorcio por causa existente i conocida, derecho que puede renunciarse conforme al inciso 2.º del artículo 25.

#### ART. 23

"El juez, atendida la naturaleza de las causales probadas i el mérito del proceso, fijará la duracion del divorcio temporal."

"El juez atendida la naturaleza de las causales probadas..."

La diversidad de naturaleza de las varias causales por que procede el divorcio temporal determina una diversidad correlativa entre las distintas gravedades de las mismas.

"...i el mérito del proceso..."

Refiérese aquí el legislador al mérito del proceso, nó en cuanto establezca la culpabilidad del cónyuje, que se da por establecida, sino el grado i las circunstancias de dicha culpabilidad.

"... fijará la duracion del divorcio temporal."

Ya sabemos que esta duracion no puede exceder de cinco años. No se fija *mínimum*.

El proyecto de 1875 no fijaba *máximum* ni *mínimum*. Decía solo en su artículo 75: "Cuando los hechos en que se apoya la demanda de divorcio no fueren en el concepto del juez de gravedad, podrá decretar la separacion temporal de los esposos por un tiempo prudencial."

#### ART. 24

"La accion de divorcio corresponde únicamente a los cónyujes, i no podrá deducirse contra el cónyuje inocente."

«La acción de divorcio corresponde únicamente a los cónyuges...»

Solo los cónyuges se encuentran en aptitud de apreciar competentemente las causales de divorcio, i la oportunidad o conveniencia de entablar la acción.

Termina el juicio de divorcio por el fallecimiento de uno de los cónyuges, supuesto que los herederos de éste carecen de personería para proseguirlo. Ello es lógico, porque el matrimonio se disuelve por la muerte natural del marido o de la mujer, conforme al número 1.º del artículo 39.

«... i no podrá deducirse contra el cónyuge inocente.»

Habría podido decir el legislador «contra el cónyuge inocente o sano», porque la enfermedad grave, incurable i contagiosa puede no implicar culpa alguna en el cónyuge enfermo.

Respecto del mayor número de las causales de divorcio guarda armonía esta disposición con el principio jeneral de que nadie puede derivar acción de su culpa.

Fueron útiles estas palabras, porque del tenor literal del artículo 21, habría podido deducirse que bastaba la existencia de una o mas causales de divorcio, para que cualquiera de los cónyuges pudiera solicitarlo.

Nada se opone a que, entablada la acción de divorcio por uno de los cónyuges, la entable a su turno el otro, por medio de la *reconvencion o mútua petición*.

## ART. 25

«La acción de divorcio es irrenunciable.

«Sin embargo, el derecho de pedir divorcio por causa existente i conocida puede renunciarse, i se entiende renunciado cuando ha seguido cohabitación.

«Esta presunción de denuncia se extiende aun al caso de existir juicio pendiente.»

Inc. 1.º Conforme al artículo 13 del Código Civil, pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que

solo miren al interes individual del renunciante, i que no esté prohibida su renuncia.

La accion de divorcio es irrenunciable, tanto porque no mira solo al interes individual del cónyuje, sino al interes jeneral de la sociedad, cuanto porque está prohibida su renuncia.

Inc. 2.º Dice este inciso "sin embargo", porque constituye una limitacion del anterior.

"...por causa existente..." No basta señalar la causa: es preciso que hayan ocurrido el hecho o hechos en que consista.

Sin esta ocurrencia, podria hacerse impremeditadamente la renuncia.

"...i conocida..." Ni basta la ocurrencia efectiva del hecho o hechos: es preciso ademas que ellos existan en el ánimo del renunciante.

Sin esta existencia, podria tambien hacerse impremeditadamente la renuncia.

La accion de divorcio, ha sido instituida principalmente en beneficio, del cónyuje inocente o sano, i éste se encuentra en mejor aptitud que nadie para calificar la oportunidad i conveniencia de entablarla.

"...i se entiende renunciado..."

Prescribiendo el lejislador que, en el caso de este inciso, se *entienda* renunciado el derecho de pedir divorcio por causa existente i conocida, parece que no será admisible prueba alguna en contrario.

Cierto es que el inciso siguiente dice: "Esta presuncion de renuncia, etc.", sin calificarla de presuncion de derecho, ni prescribir que no admita prueba en contrario, pero no lo es ménos que ya el lejislador dejaba establecido que, en el caso de este inciso, se entendiéra renunciado, etc.

Llámase, en jeneral, *cohabitacion*, la accion i efecto de habitar juntas dos o mas personas.

En un sentido mas estricto, llámase tambien *cohabitacion* la accion i efecto de hacer vida maridable los casados.

Es obvio que la palabra está tomada aquí en el segundo sentido.

Si la causa de divorcio consta de varios actos, como, por ejemplo, la de malos tratamientos graves i repetidos de obra o

de palabra, no se entenderá que la sigue la cohabitacion, sino una vez ejecutados todos esos actos.

Fuera del caso de la renuncia espresa, de palabra o por escrito, no puede inferirse la renuncia sino de haber seguido cohabitacion a la causa de divorcio.

No era lo mismo en el proyecto de 1875, en que correspondia al juez calificar, atendidas las circunstancias, cuándo habia incidido la renuncia tácita.

Inc. 3.º Hemos visto que esta presuncion debe mirarse como una presuncion de derecho, o sea, de aquéllas que no admiten prueba en contrario.

Pudo tambien el lejislador, siguiendo al proyecto de 1875, discurrir sobre la base de tratarse de una renuncia tácita en el inciso precedente, i redactar en esta intelijencia la disposicion que estudiamos.

Dispone la lei que la referida presuncion se estienda aun al caso de existir juicio pendiente, porque esta circunstancia no obsta al significado i alcance de la cohabitacion, en órden a la renuncia.

## ART. 26

«La accion de divorcio prescribe en un año, contado desde que se tuvo conocimiento del hecho en que se funda».

«La accion de divorcio prescribe en un año. . . .»

Ha señalado la lei para este efecto el término relativamente breve de un año, porque dado el objeto del divorcio, i la naturaleza de las causales por que procede, debe la ocurrencia de éstas determinar resoluciones mas o ménos próximas sobre la oportunidad i conveniencia de entablar la accion.

Juzga, sin duda, el lejislador que el silencio del cónyuje inocente o sano por el término de un año implica una especie de renuncia tácita de la accion de divorcio; i que, trascurrido ese



término, se correría el riesgo de que se entablara la misma acción por móviles espúrios i diversos de aquéllos que, según la lei, deben determinarla.

No provee al interes de los cónyuges, ni al interes social que subsista por largo tiempo incierta la condicion de los cónyuges mismos i del matrimonio.

«... contado desde que se tuvo conocimiento del hecho en que se funda».

La prueba de este conocimiento incumbirá naturalmente al que lo alegue.

No podria exigirse al demandante la justificacion del hecho negativo de no haber tenido ese conocimiento.

Si la causal de divorcio consta de varios actos, no empezará a correr el año, sino una vez ejecutados i conocidos todos ellos.

Dice el artículo 377 del Código Penal:

«La acción de adulterio prescribe en un año, que principiará a correr desde el día en que el ofendido tuvo noticia del delito; pero, en caso de muerte de uno de los culpables, deberá iniciarse en los cuatro meses siguientes a ésta, siempre que este plazo se halle comprendido dentro del año en que por regla jeneral prescribe la acción».

«En ningún caso podrá entablarse la acción de adulterio despues de cinco años contados desde que se cometió el delito».

I el inciso 2.º del artículo 376 del mismo Código:

«La querella deberá precisamente iniciarse contra ámbos culpables, si uno i otro vivieren; pero en el caso de haber fallecido alguno de ellos, o de fallecer despues de iniciado el juicio, podrá el ofendido entablarla o continuarla contra el sobreviviente».

Guarda armonía este artículo con el 377 del Código Penal, en cuanto, según éste, la acción de adulterio prescribirá en un año, contado desde que el ofendido tuvo noticia del delito.

De la misma manera que la acción civil de divorcio, la acción criminal por adulterio no puede entablarse ni proseguirse sino contra el cónyuge vivo.

Prescrita la acción criminal de adulterio por haber trascurrido cinco años desde que se cometió el delito, podria aun enta-

blarse la acción de divorcio por adulterio, por no haber trascurrido un año desde que el ofendido tuvo noticia del hecho.

Habría sido acaso más lógico que coincidieran también ambas legislaciones a este respecto.

Más aun, pudo el legislador, a ejemplo de lo estatuido en el inciso 2.º del artículo 377 del Código Penal, establecer generalmente que en ningún caso podría entablarse la acción de divorcio, después de cinco años contados desde que ocurrió la causal.

Como puede transcurrir cualquier tiempo entre la ocurrencia de la causal i el conocimiento de la misma, puede también subsistir indefinidamente la acción de divorcio por adulterio.

El inciso 1.º del artículo 2520 del Código Civil, en cuya virtud la prescripción que extingue las obligaciones se suspende a favor, entre otras personas, de los cónyuges, no es aplicable a la prescripción de que aquí se trata, porque ésta no se refiere a la extinción de obligación alguna, sino del derecho de pedir el divorcio, i porque, de lo contrario, jamás se extinguiría por prescripción ese derecho, contra el manifiesto espíritu del legislador.

#### ART. 27

«El juez oirá el dictámen del ministerio público en el juicio sobre divorcio».

El artículo 266 de la Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales, prescribe que en los casos en que debe ser cido el ministerio público, basta que, ántes de la sentencia o decreto definitivo del juez, o cuando éste lo estime conveniente, el funcionario que ejerza dicho ministerio examine el proceso, i esponga las conclusiones que crea procedentes.

Prescribe la lei la audiencia del ministerio público en el juicio sobre divorcio, porque, como se ha dicho, éste afecta los intereses jenerales.

Era comun sentir de los autores que si, en el juicio eclesiástico sobre divorcio, confesaba el demandante la demanda, debía, no obstante, seguirse el juicio con el promotor fiscal.

Aunque no cabe decir lo mismo en el sistema de nuestra lei, la confesion de la demanda deberá naturalmente estimular el celo del ministerio público, para impedir el pronunciamiento indebido del divorcio.

Bien entendido que esa confesion no hace fé en el juicio: si la hiciese, nada seria mas fácil que eludir por su medio las disposiciones legales que determinan las causas por que procede el divorcio.

Guarda armonía con este artículo el número 5.º del artículo 263 de la citada Lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales, el cual ordena que el ministerio público sea oído en los juicios sobre el estado civil de alguna persona.

El juicio sobre divorcio es un juicio civil ordinario, cuyo conocimiento i decision corresponde a los jueces de letras en primera instancia, i a las Cortes de Alzada en segunda, pues él recae sobre una materia que no está sujeta a una determinada apreciacion pecuniaria.

La sentencia ejecutoriada que decreta el divorcio temporal o perpétuo, debe inscribirse en el Registro Civil, conforme al número 7.º del artículo 3.º de la lei de 17 de Julio de 1884.

En los casos de esta inscripcion, deben ponerse en el Registro notas marginales de mútua referencia en ella i en la del matrimonio respectivo, en esta forma: "Véase la inscripcion núm. .... corriente a fojas.... de este libro, o del libro del año....." (art. 40 del Reglamento del 24 de Octubre de 1884).

## ART. 28

"El divorcio i sus efectos cesarán cuando los cónyujes consintieren en volver a reunirse.

"Se exceptúa de lo dispuesto en el inciso anterior el caso de divorcio sentenciado por las causales 4.ª i 13 del artículo 21".

Inc. 1.º Es aplicable este inciso igualmente al divorcio perpétuo que al temporal.

Mas, para que cesen los efectos del divorcio perpétuo, en lo tocante a la sociedad conyugal i a la administracion de los bienes, es preciso que se decrete la restitucion de las cosas al estado anterior, a peticion de ámbos cónyujes. (inc. 2.º del artículo 178 del Código Civil).

La accion i efecto de volver a reunirse los cónyujes llámase jeneralmente, en el lenguaje vulgar i en el jurídico, *reconciliacion* de los mismos.

El inciso 1.º del predicho artículo 178 del Código dice: "Si se *reconciliaren* los divorciados, etc."

Son los cónyujes los mejores jueces para pronunciarse sobre la oportunidad i conveniencia de que subsista el divorcio; i el estado normal del matrimonio es de ordinario el que mejor provee a la satisfaccion de los intereses jenerales.

No deja de pasar en autoridad de cosa juzgada la sentencia de divorcio, por la posibilidad de que se reconcilien los divorciados, pues el consentimiento de éstos en orden a volver a reunirse modifica el orden de cosas sancionado por la referida sentencia.

Pueden ademas cesar el divorcio i sus efectos, por la espiracion del término por que fué decretado, tratándose del divorcio temporal, i, en jeneral, por la disolucion o declaracion de nulidad del matrimonio.

Inc. 2.º Debíó decir el lejislador "por las causales 4.ª o 13 del artículo 21".

Cada una de esas causales es suficientemente grave para autorizar la excepcion, i será rarísima la concurrencia de ámbas.

Que tambien quiso el lejislador referirse alternativamente a ellas, se deduce de la historia fidedigna del establecimiento de la lei.

En la Cámara de Diputados, don Ricardo Letelier propuso la supresion de este inciso, porque, a su juicio, adoptado el sistema de que el divorcio no disuelve el matrimonio, el restablecimiento de la vida conyugal a voluntad de ámbos cónyujes. es algo que se impone, i no podría en manera alguna impedirse.

A lo que contestó el señor Mac-Iver: "... Al consignar en la lei esta disposicion, se ha querido consultar la moralidad de las familias, porque es indudable que cuando el divorcio ha sido

declarado por causa de tentativas de corrupcion a la mujer o a los hijos por parte del marido, su suspension vendria a afectar profundamente a la moralidad de la familia, tanto a la mujer como a los hijos.

«La lei... no puede en manera alguna ni por ningun motivo autorizar uniones que violentan, que vulneran la moral de la sociedad. Si hai entre los cónyuges tentativa manifiesta, tentativa probada, de que alguno de ellos o los dos a la vez tratan de prostituir a sus hijos, la lei debe forzosamente mantener el divorcio de una union inmoral i corruptora...»

Replicó el señor Letelier arguyendo principalmente la imposibilidad de impedir la nueva union de los cónyuges, la circunstancia de que pueden haber desaparecido los motivos de peligro, o adoptándose las precauciones competentes, que al decretarse el restablecimiento de la sociedad conyugal, podrian adoptarse las medidas necesarias para evitar el mal, i que la moralidad debe buscarse en los hechos i nó en la lei.

Duplicando, el señor Mac-Iver dijo: «Puede suceder mui bien que, despues de establecido el divorcio, los cónyuges resuelvan restablecer la union, en muchos casos abusando de la debilidad de la mujer.

Pregunto yo: ¿qué seguridades habria de que la causal del divorcio habia por completo desaparecido? ¿No volvería a repetirse la tentativa de corrupcion i prostitucion de los hijos? I cuando no hai los medios de corregir el mal gravísimo, el punible delito que todos condenamos, ¿debe la lei autorizar que ese delito se reproduzca? De ninguna manera.»

## § VI

### De la nulidad del matrimonio

#### ART. 29

«El matrimonio celebrado con cualquiera de los impedimentos designados en los artículos 4.º, 5.º, 6.º i 7.º es nulo.»

Como los citados artículos son los únicos que establecen impedimentos, cabe decir, en jeneral, que éstos inducen la nulidad del matrimonio.

I hai razon para que así sea, supuesto que los impedimentos descansan en graves i trascendentales razones de orden público o privado.

No disponiéndose que el matrimonio contraído con alguna de las prohibiciones a que alude el artículo 8.º de esta lei, i a que se refieren los artículos 126 i 128 del Código Civil, sea nulo, es obvio que no lo será, como no lo era bajo el imperio de la lejislacion canónica.

Ni habria razon para que lo fuese, supuesto que los respectivos requisitos son de un orden secundario, i mediante otras disposiciones puede proveerse competentemente a su observancia. (arts. 125, 130 i 511 del Código Civil i 386 i 388 del Código Penal.)

#### ART. 30

«El impedimento que, segun las prescripciones de esta lei, anula el matrimonio, ha de haber existido al tiempo de la celebracion.»

Aunque habia ya dicho el lejislador: «El matrimonio *celebrado* con cualquiera de los impedimentos designados en los artículos 4.º, 5.º, 6.º i 7.º, es nulo», i aunque, en jeneral, la nulidad supone un vicio coexistente con la ejecucion o celebracion del acto o contrato, debió de considerarse útil este artículo en vista de que algunos de los hechos que constituyen impedimentos para el matrimonio, pueden sobrevenir a la celebracion del mismo, como son la impotencia perpétua e incurable, el no poder expresar su voluntad claramente de palabra o por escrito, i la demencia.

Verdad es que estos hechos no podrian sobrevenir a la celebracion del matrimonio como impedimentos, sino, a lo sumo, como causales de disolucion del mismo, calidad que tampoco ha querido el lejislador atribuirles.

Se recordará que la Cámara de Diputados desechó la indicación de don Manuel Novoa para constituir la impotencia sobreviniente del marido en causal de disolución del vínculo.

Se recordará asimismo que, según el Código Alemán, puede en ciertos casos disolverse el matrimonio por la demencia sobreviniente de uno de los cónyuges.

### ART. 31

«Es igualmente nulo el matrimonio que no se celebre ante el Oficial del Registro Civil correspondiente, i ante el número de testigos hábiles determinados en el artículo 16.»

El matrimonio que se ha celebrado con alguno de los impedimentos designados en los artículos 4.º a 7.º, o en que no ha habido por parte de alguno de los contrayentes libre i espontáneo consentimiento, es nulo por un defecto de fondo.

El matrimonio a que se refiere este artículo, es nulo por uno o mas defectos de forma.

El Oficial del Registro Civil correspondiente es el del domicilio o residencia de cualquiera de los interesados, conforme al artículo 9.º

Cuando falte dicho domicilio o residencia, no podrá llevarse a efecto el matrimonio, ni aun en artículo de muerte.

Si el pretendido Oficial no lo es en realidad, será nulo el matrimonio, no obstante cualesquiera apariencias en contrario, i la buena fé i justa causa de error de uno de los contrayentes o de ámbos.

Hemos dicho que no basta la habilidad putativa de los testigos.

Los requisitos indicados en este artículo constituyen las únicas solemnidades indispensables a la celebración del matrimonio.

## ART. 32

«Es tambien nulo el matrimonio para cuya celebracion no ha habido, por parte de alguno de los contrayentes, libre i espontáneo consentimiento.»

«Es tambien nulo el matrimonio para cuya celebracion...»

Si falta el consentimiento libre i espontáneo en un acto anterior i conducente a la celebracion, pero nó en ésta, el matrimonio es válido.

«...no ha habido por parte de alguno de los contrayentes...»

Si falta el consentimiento libre i espontáneo por parte de ámbos contrayentes, el matrimonio es nulo a doble título.

«...libre i espontáneo consentimiento...»

Llámase *libre* el acto a que uno no se ha visto compelido en manera alguna; i *espontáneo*, el acto que nace de uno mismo, i obedece a un movimiento de su sola voluntad.

La calificacion de la falta de libertad i espontaneidad del consentimiento debe hacerse conforme al artículo siguiente.

Siendo el matrimonio un contrato, es lójico que exija su celebracion el libre i espontáneo consentimiento de los contratantes.

Concuerta con este artículo el 1682 del Código Civil, segun el cual el vicio del consentimiento induce la nulidad relativa, i da derecho a la rescision del acto o contrato.

## ART. 33

«Falta el consentimiento libre i espontáneo en los casos siguientes:

1.º Si ha habido error en cuanto a la identidad de la persona del otro contrayente;

2.º Si ha habido fuerza, segun los términos de los artículos 1456 i 1457 del Código Civil;



3.º Si ha habido raptó, i al tiempo de celebrarse el matrimonio, no ha recobrado la mujer su libertad.»

Inc. 1.º La consideracion de la persona es precisamente la causa del contrato.

«Siempre que se habla de error en materia de matrimonio, decia Mr. de Portalis (1) no debemos entender un simple error acerca de la fortuna, las cualidades o la condicion de la persona a la cual nos unimos; i sí de un error que verse sobre la identidad del individuo. Habia declarado mi intencion de casarme con tal persona: un concurso de circunstancias hace que me engañe, o que me engañen los demas, i me caso con otra persona sustituida contra mi voluntad, i sin saberlo, en lugar de la que habia elegido: el matrimonio es nulo.»

No hai que atender para la calificacion de la validez o nulidad del matrimonio a la buena o mala fé del otro contratante.

El hecho de inducir en error a una persona que desea contraer matrimonio sobre la identidad del otro contratante, no ha sido calificado como delito por el Código Penal.

Si ha habido error en cuanto a la identidad de las personas de ámbos contratantes, será nulo el matrimonio a doble título.

Concuerta con este número el artículo 1455 del Código Civil, que dice: «El error acerca de la persona con quien se tiene intencion de contratar, no vicia el consentimiento, *salvo que la consideracion de esta persona haya sido la causa principal del contrato.*»

2.º Llámase *fuerza*, en jeneral, «el acto de poner injustamente a uno por medios a que no puede resistir en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa contra su voluntad.» (2)

Entendia por *fuerza* el Derecho Canónico, no solo la absoluta coaccion que destruye completamente toda libertad, sino tambien el miedo que obliga a alguno a prestar su consentimiento contra su voluntad, con el objeto de evitar un mal.

(1) Discurso relativo a la lei sobre matrimonio, página 156.

(2) ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Lejislacion i Jurisprudencia*, artículo *fuerza*.

Requeríase que el miedo fuera grave, que emanara de causa estrínseca, que la amenaza fuera injusta, i que fuera hecha con la mira de arrancar el consentimiento para el matrimonio.

La gravedad de la causa podía serlo absolutamente, o sea, con relacion a un varon fuerte, o respectivamente, o sea, con relacion a la mujer, al niño o al varon meticoloso.

No era preciso que el peligro amenazara a la propia persona, sino a su padre, madre, hermano, hermana o persona mui querida.

Si la fuerza tenia otro objeto que el de arrancar el consentimiento para el matrimonio, por ejemplo, el de obtener el pago de una deuda, i el deudor se casaba con una hija del acreedor, para aplacarle, el matrimonio era válido.

Entendíase proceder el miedo de causa estrínseca cuando procedía de una persona cualquiera, i no solo de causas sicológicas o necessarias.

Entendíase injusta la amenaza hecha sin derecho i justa causa por quien no tenia autoridad para ello, porque, si era justa, sobre no ser injuriosa, debía imputársela a sí mismo el contraente. Así, por ejemplo, era válido el matrimonio, si, sorprendiendo el padre a la hija en el acto de yacer con un jóven, lo amenazaba con demandarlo al juez, mas nó, si lo amenazaba con la muerte. (1)

Refiérese aquí espresamente el lejislador a los artículos 1456 i 1457 del Código Civil.

Dice el primero de esos artículos:

"La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresion fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo i condicion. Se mira como una fuerza de este jénero todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse espuesta ella, su consorte o alguno de sus descendientes o ascendientes a un mal irreparable i grave.

"El temor *reverencial*, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumision i respeto, no basta para viciar el consentimiento."

---

(1) Tomamos estos datos de DONOSO, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, páj. 164 del segundo tomo de la segunda edicion

I el segundo:

«Para que la fuerza vicie el consentimiento, no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento.»

Como en el Derecho Canónico, ha de ser el miedo grave, ha de proceder de otra persona, i ha de inferirse con la mira de arrancar el consentimiento para el matrimonio.

La gravedad del miedo ha de ser siempre respectiva.

Al decir el Código un *justo* temor, no se refiere a un temor lejítimo, sino fundado.

No menciona el Código entre las personas a quienes puede amenazar el peligro, a los hermanos i hermanas i otras personas mui queridas, i se refiere especialmente al consorte i a los ascendientes que no sean padre o madre.

Refiérese tambien a los descendientes, pero, salvo el caso ménos probable de recaer la amenaza sobre descendientes de nupcias anteriores, o sobre hijos ilegítimos, esta referencia por la propia naturaleza de las cosas, no será aplicable al matrimonio.

Espresa el Código que el mal ha de ser, no solo grave, sino irreparable.

No espresa el Código que el mal con que se amenaza haya de ser injusto, pero la idea de su injusticia va envuelta en el concepto de fuerza, i en la de implicar ésta un vicio del consentimiento.

Para mayor claridad, excluye el legislador de la fuerza el temor reverencial.

No ha querido la lei que el dolo se entienda viciar el consentimiento para el matrimonio, porque, o es inductivo de error en cuanto a la identidad de la persona, i entónces el matrimonio es nulo por este capítulo, o no es inductivo de dicho error, i entónces el dolo, cualquiera que sea, no debe inducir a la celebracion del matrimonio.

3.º He aquí lo que esponia el Derecho Canónico a este respecto:

«Por raptó se entiende el acto de arrebatarse violentamente a una mujer de un lugar seguro a otro donde se la pone bajo el

poder del raptor, con el objeto de casarse éste con ella. El rapto es un impedimento establecido por el Tridentino, que dirime el matrimonio entre el *raptor* i la *rapta*, mientras ésta existe en poder de aquél, pero cesa luego que ella es depositada en lugar seguro i libre...

«A mas de este rapto denominado de *violencia*, los juriscultos i canonistas franceses admiten otro que llaman de *seduccion*, el cual, segun ellos, tiene lugar cuando la mujer seducida con halagos, caricias, regalos, promesas, etc., adopta el partido de seguir al raptor contra la espresa voluntad de sus padres u otras personas de quienes depende; pero se requiere que ella sea menor de edad i que su conducta no sea manifestamente viciosa i corrompida. La seduccion, así entendida, defienden los doctores franceses que es un impedimento dirimente del matrimonio. Lo contrario enseñan jeneralmente los demas teólogos i canonistas i aun algunos modernos franceses, insistiendo en que las palabras del Tridentino, en su sentido obvio i natural, solo son aplicables al rapto de *violencia*, i en que la *seduccion* no se opone al libre consentimiento de la contrayente, que tuvo en vista el decreto conciliar. Apoya manifestamente este sentir jeneral la autoridad de Pio VII, el cual, respondiéndolo al emperador Napoleon, que solicitaba declarase nulo el matrimonio de su hermano Jerónimo, alegando, entre otras causas de nulidad, el defecto de consentimiento de los padres i el rapto de *seduccion*, en carta de 26 de Junio de 1805, le dice lo siguiente: «La Iglesia, léjos de declarar nulos en cuanto al vínculo los matrimonios contraidos sin el consentimiento de los padres o tutores, aun cuando los vitupera, los ha declarado válidos en todos tiempos, i, sobre todo, en el Concilio de Trento. Es igualmente contrario a las máximas de la Iglesia deducir la nulidad del matrimonio del rapto de seduccion: el impedimento de rapto no tiene lugar sino cuando el matrimonio se ha contraido entre el *raptor* i la *rapta*, ántes que ésta haya sido restituída en su plena libertad. Empero, en el caso de que se trata, no hai verdadero rapto, pues lo que se designa en la memoria con la espresion *rapto de seduccion*, significa lo mismo que el defecto de consentimiento de los padres; de donde se deduce la seduccion

del menor; lo que no puede, por consiguiente, constituir un impedimento dirimente en cuanto al vínculo» (1).

Esta doctrina rejía incuestionablemente entre nosotros respecto del matrimonio ántes de empezar a ser obligatorias las disposiciones de esta lei.

Sin embargo, los dos primeros incisos del artículo 287 del Código Civil decian:

«Si por cualesquiera medios fehacientes se probare raptó i, hubiere sido posible la concepcion miétras estuvo la robada en poder del raptor, será condenado éste a suministrar al hijo, no solamente los alimentos necesarios para su precisa subsistencia, sino, en cuanto fuere posible, los que competan al rango social de la madre.

«El hecho de seducir a una menor, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado está, es raptó, aunque no se emplee la fuerza.»

Pudo ese hecho dar mérito a la prestacion de ciertos alimentos al hijo ilejítimo; pero nó a dirimir el matrimonio, porque no implica falta de consentimiento.

Parece que este número toma tambien la palabra *raptó* solo en su sentido orijinario de raptó de violencia.

Desde luego, no ha cuidado la lei de ampliar a la materia del consentimiento para el matrimonio la disposicion especial del inciso 2.º del artículo 287 del Código Civil, que, al ser dictada, no le era aplicable.

Diciendo este artículo que falta el consentimiento libre i espontáneo si ha habido raptó, i al tiempo de celebrarse el matrimonio no ha recobrado la mujer su libertad, parece referirse a un raptó que obste efectivamente a dichos consentimiento i voluntad, i el titulado raptó de seduccion no obsta a ellos.

No habla este número del delito de raptó, sino simplemente de raptó.

Segun el Código Penal, no es delito el raptó violento de una mujer de buena o mala fama, sino en el caso de efectuarse con miras deshonestas (art. 358).

---

(1) DONOSO, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, pájs. 172 i 173 del segundo tomo de la segunda edicion.

I, según el mismo Código, es delito el rapto de seducción de una doncella menor de veinte i mayor de doce años (art. 359).

Habría podido establecerse que falta también el consentimiento libre i espontáneo cuando uno de los contrayentes o ámbos, aunque no dementes, se hallen actualmente privados de la razón, por ebriedad u otra causa.

Si tales personas son inhábiles para testar, i para servir de testigos en los testamentos i en los matrimonios, parece que debería también considerárseles inhábiles para contraer matrimonio.

El inciso 1.º del artículo 1325 del nuevo Código Aleman establece que el matrimonio es nulo, no solo cuando uno de los esposos, a la época de la celebración, era jurídicamente incapaz, sino cuando se encontraba en un estado de inconsciencia o de turbación momentánea de ánimo.

#### ART 34

«Corresponde la acción de nulidad a los presuntos cónyuges, a sus ascendientes, al ministerio público i a las personas que tengan actual interés en ella, i no podrá intentarse si no viven ámbos cónyuges.

«Sin embargo, la acción de nulidad fundada en los números 1.º i 2.º del artículo anterior, corresponde exclusivamente al cónyuge que ha sufrido el error o la fuerza.

«En el caso de matrimonio celebrado en artículo de muerte, corresponde la acción de nulidad a los herederos del cónyuge difunto.

«El ministerio público será siempre oído.»

Inc. 1.º—«Corresponde la acción de nulidad a los presuntos cónyuges...»

Les corresponde, aunque hayan sabido o debido saber la causa que invalidaba el matrimonio.

No rige en esta materia regla alguna análoga a la del artículo 1683 del Código Civil, que prohíbe alegar la nulidad absoluta al que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Ni dejará de corresponder a uno de los cónyuges la acción de nulidad del matrimonio, por haber ocultado al otro la existencia del impedimento.

No rige en esta materia el principio de que nadie puede derivar acción de su propia culpa.

Deben atribuirse estas especialidades a que, como dice Pothier (1), la demanda de nulidad del matrimonio, además del interés particular, tiene un objeto de pública honestidad. la cual se resentiría si se dejase subsistir por más tiempo un matrimonio que esa misma honestidad y las leyes reprueban."

... "a sus ascendientes...."

O sea, a los ascendientes legítimos o a los padres naturales.

Como se sabe, no toma la lei en cuenta las filiaciones ilegítimas y no naturales, sino para el solo efecto de la prestación de alimentos.

Concédese la acción de nulidad del matrimonio, a los ascendientes, para facilitarles un medio legal de escluir de sus familias a los supuestos cónyuges de sus descendientes, que no lo son en realidad, y de impedir que se reputen formar parte de su descendencia legítima, y puedan llegar a ser sus asignatarios forzosos, personas concebidas en uniones sexuales no autorizadas por la lei, y que se arrogan, sin embargo, el honor y los fueros del matrimonio.

Segun el artículo 187 del Código Civil, los ascendientes legítimos del marido tienen derecho para provocar el juicio de ilegitimidad, por impugnación de la supuesta paternidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión del marido, etc.

Segun el artículo 216 de dicho Código, la legitimación del que ha nacido después de celebrado el matrimonio, no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad del concebido en matrimonio, y, segun el inciso final del artículo 217 del mismo Código, en los

(1) *Tratado sobre el contrato de matrimonio*, páj 204.

demás casos pueden ser oídos contra la legitimación los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes, etc.

"... al ministerio público..."

Concédese la acción de nulidad del matrimonio al ministerio público, porque la subsistencia aparente de matrimonios inválidos suele afectar los intereses generales.

Sobre la intervención en esta materia, del ministerio público, conviene reproducir las siguientes observaciones de Pothier:

"Los encargados del ministerio público no deben hacer indagaciones para descubrir nulidades de todos ignoradas en matrimonios que nadie impugna; pero cuando el escándalo trasciende, el ministerio de la ley encargado de procurar la conservación del buen orden i sana moral, i, por lo mismo, de poner coto a los escándalos que a objetos tan respetables perjudican, debería en tal caso entablar su acción ante el tribunal secular a fin de obligar a los casados a que se separaran. Hasta a veces deberá perseguirlos criminalmente para la reparación del escándalo causado. Como ejemplo de un matrimonio escandaloso i punible, puede citarse el de un hombre casado ya, que lo contrajese con otra mujer en un lugar en que la primera mujer reside o es conocida" (1).

Cuando el ministerio público entable la acción de nulidad del matrimonio, obrará como parte principal en el juicio, i deberá, por consiguiente, intervenir en todos los trámites esenciales del mismo, so pena de nulidad.

Cuando la acción de nulidad haya sido entablada por otra persona, bastará que el ministerio público sea oído, conforme al inciso final de este artículo.

Al revés de lo que pasa con la acción de nulidad, la de divorcio no corresponde jamás al ministerio público; supuesto que, conforme al artículo 24, corresponde únicamente a los cónyuges.

La disposición que faculta al ministerio público para entablar la acción de nulidad del matrimonio guarda armonía con la del artículo 1683 del Código, según la cual puede pedirse la declaración de la nulidad absoluta por el ministerio público en el solo interés de la moral o de la ley.

---

(1) Tratado antedicho, pág. 209.



... «i las personas que tengan actual interes en ella...»

«No puede reconocerse accion cuando falta interes en aquello sobre que ha de ejercitarse, esto es, cuando no ha de resultar utilidad alguna al que la ejercita. Así, por ejemplo, no sería lejítima la accion del que pretendiera la nulidad de un testamento, si despues de anulado éste, no hubiera de adquirir los bienes del testador o parte de ellos, o no hubiera de obtener algun resultado favorable, cualquiera que fuese su naturaleza...» (1).

No basta aquí el interes: requiérese el interes actual, i no se entiende haberlo sino en el caso de poder realizarse inmediatamente despues de pasar en autoridad de cosa juzgada la declaracion de nulidad.

Conforme a estos antecedentes, podría entablar la accion, por ejemplo, el heredero a quien hubiera de corresponder el todo o una parte de una asignacion testamentaria dejada por el testador bajo la condicion de un matrimonio que no se ha efectuado válidamente.

Aunque la nulidad del matrimonio afecta los intereses jenerales de la sociedad, no ha querido el lejislador conceder accion para reclamar de ella a cualquiera persona no particular i actualmente interesada, sino al ministerio público, sin duda, para evitar que pueda entablársela impremeditadamente, o a impulso de móviles mezquinos, con mas daño que provecho del cuerpo social.

Concuerdan con esta disposicion el artículo 184 i el inciso 1.º del artículo 185 del Código Civil, en cuanto exigen interes actual para impugnar, en sus respectivos casos, la lejitimidad del hijo concebido por la mujer en el matrimonio, el artículo 216 de dicho Código, en cuanto formula la misma exigencia respecto de la lejitimacion del que ha nacido despues de celebrado el matrimonio, i el inciso final del artículo 217 del mismo Código, en cuanto prescribe que en los demas casos no serán oidos contra la lejitimacion sino los que prueben un interes actual en ello.

«... i no podrá intentarse si no viven ámbos cónyujes.»

(1) LIRA, *Prontuario de los Juicios*, pág. 115 de la tercera edicion.

En la sesion de la Cámara de Diputados del 3 de Setiembre de 1883, propuso don Ricardo Letelier que se suprimiera esta disposicion, por cuanto, a su juicio, no habia razon para impedir el ejercicio de los derechos subordinados a la declaracion de nulidad del matrimonio, por la muerte de uno de los cónyuges o de ámbos.

Repuso don Enrique Mac-Iver que, atendida la naturaleza del contrato matrimonial, ocurrido el fallecimiento de uno de los cónyuges, no hai para qué declarar la nulidad de un matrimonio disuelto ya *ipso facto* por ese fallecimiento; que el señor Letelier consideraba la cuestion solo desde el punto de vista pecuniario; que, examinada por su lado social, no hai interes público alguno en que dos personas que han vivido diez, veinte o mas años unidas por el vínculo matrimonial, no sean despues de su muerte reputadas verdaderos cónyuges, como lo fueron en vida; que, aunque la accion de nulidad puede aprovechar en este caso a uno que otro individuo particular, no es ése el interes, el alto interes de la sociedad; que si los hijos habidos del presunto matrimonio tienen algun vicio de nacimiento, debe considerarse subsanado por el lapso de tiempo, i que, en este sentido, la disposicion impugnada por el señor Letelier establecia solo una prescripcion, cuyo término se cumple por la muerte de uno de los cónyuges.

Inc. 2.º—"La falta de libertad, decia Mr. de Portalis, es un hecho cuyo primer juez es la persona que supone haber carecido de la misma. Otras personas podrán haber sido testigos de obras exteriores, en vista de las cuales creerán poder decir que ha habido violencia o temor. Mas nunca podrán apreciar la impresion continúa o pasajera que han producido o dejado de producir esas obras. Así que únicamente la persona que se queja de no haber sido libre, tendrá el derecho de pedir la nulidad del matrimonio. Porque ¿quién podrá sostener que yo no he sido libre cuando a pesar de las apariencias aseguro haberlo sido? En un hecho tan íntimo, tan personal, mi testimonio ¿no deberá ser superior al ajeno? ¿no deberá ser la prueba mas cumplida el sentimiento de mi propia libertad? Mas todavía: una voluntad algun tiempo forzada, ¿no puede dejar de serlo despues?, ¿no podemos confirmar aquello que hemos hecho al

principio impulsados del temor o de la violencia? I ¿quién estará autorizado para quejarse cuando yo no me quejo? mi silencio ¿no debe rechazar las pretensiones de todos aquéllos que imprudentemente intentan hablar cuando yo callo? Es incontestable que la falta de libertad puede quedar a cubierto por un simple consentimiento tácito." (1)

No refiriéndose este inciso al caso en que haya habido rapto i al tiempo de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la mujer su libertad, la accion de nulidad no corresponderá esclusivamente en ese caso al cónyuge que ha sufrido la fuerza, sino en jeneral, a las personas a quienes se refiere el inciso 1.º de este artículo.

Desde luego, parece absurdo que pueda decir de nulidad el raptor, cuyo consentimiento libre i espontáneo no se entiende haber faltado, i que, a mayor abundamiento, es el responsable del hecho ilícito del rapto, contra la robada, que fué la víctima de ese hecho, i que se conforma con el matrimonio.

I si es absurdo conceder la accion de nulidad al raptor, no parece lójico concederla a los ascendientes del mismo.

Ni parece haber mérito para otorgarla a los ascendientes de la robada, al ministerio público, ni a las personas que tengan actual interes en ella.

En jeneral, si en el caso del número 3.º del artículo anterior, el matrimonio es nulo, porque se entiende haber faltado el consentimiento libre i espontáneo de la robada, i si, por lo demas, no hai razon alguna de orden público que se oponga al matrimonio de ella con el raptor, parece que debiera reservársela esclusivamente el ejercicio de la accion de nulidad.

Ha solido decirse que las causales de nulidad del matrimonio establecidas en particular consideracion a los cónyuges, i que, por esta razon, solo pueden alegarse por los cónyuges mismos, se llaman respectivas, i las demas, absolutas.

Podrian llamarse respectivas en esta lei las causales del artículo anterior.

Sin embargo, la causal del número 3.º de dicho artículo, bien

---

(1) Discurso citado, página 151.

que respectiva, puede ser alegada por todas las personas a quienes en jeneral se concede la accion de nulidad.

La nulidad en materia de matrimonio está sometida a las reglas especiales que se establecen en esta lei, sin que puedan aplicársele las disposiciones del título XX del libro IV del Código Civil.

Empiezan tambien algunos autores i lejislaciones a distinguir nulidades absolutas i relativas en materia matrimonial.

Nuestro lejislador no ha establecido esta distincion, sin perjuicio de las disposiciones especiales de este inciso i del inciso 1.º del artículo 35 sobre los casos de los números 1.º i 2.º del artículo precedente, i de las otras disposiciones especiales para ciertos casos de nulidad del matrimonio.

Aun cuando quisiera hablarse de nulidades absolutas i relativas en esta materia, serian diversas de las nulidades absolutas i relativas de que son susceptibles la jeneralidad de los actos jurídicos.

Inc. 3.º—En la ya dicha sesion de la Cámara de Diputados del 3 de Setiembre de 1883, pidió don Ricardo Letelier, no solo que se suprimiera la última parte del inciso 1.º de este artículo, sino el inciso 3.º del mismo, consecuente con su idea de que debe reconocerse el derecho de impugnar la validez del matrimonio a todas las personas que tengan interes actual en ello, aun muertos ámbos cónyujes, o uno de ellos.

Don Enrique Mac-Iver, por el contrario, despues de sostener en los términos que ya vimos la última parte del inciso 1.º de este artículo, sostuvo asimismo la escepcion incluida en el inciso que estudiamos, fundado en la necesidad de impedir la simulacion de matrimonios, o su fraudulenta celebracion.

Refiriéndose esclusivamente este inciso a los herederos del cónyuje difunto, obvio es que no procede en su caso la accion de nulidad del matrimonio, ni en favor del supuesto cónyuje sobreviviente, ni del ministerio público, ni de las demas personas actualmente interesadas en ella.

Parece lójico que no proceda en favor del supuesto cónyuje sobreviviente, que habria intervenido en la simulacion o fraudulenta celebracion del matrimonio, i a quien no podria inferir perjuicio esa simulacion o fraudulenta celebracion.

Justifícase también suficientemente que no proceda en favor del ministerio público, ya que se trata de un presunto matrimonio, disuelto por la muerte de uno de los presuntos cónyuges, i que, en consecuencia, no puede ya afectar los intereses jenerales.

Parécenos, sin embargo, que dicha accion debió proceder, no solo en favor de los herederos, sino también de las demás personas actualmente interesadas en ella, i en cuyo perjuicio puede también realizarse la simulacion o fraudulenta celebracion del matrimonio.

Inc. 4.º—Refiérese especialmente este inciso a aquellos casos en que la accion de nulidad ha sido entablada por otra persona que el ministerio público, pues, en el caso contrario, dicho ministerio, no debe solo ser oido, sino intervenir en todos los trámites esenciales del juicio, so pena de nulidad.

Concuerta esta disposicion con la del artículo 27, segun la cual el juez oirá el dictámen del ministerio público en el juicio sobre divorcio.

Sábase, sin embargo, que la accion de divorcio no puede jamas ser instaurada por el ministerio público; al paso que la accion de nulidad del matrimonio, puede, en jeneral, serlo.

Pero, el ministerio público debe ser oido, aun en los casos en que no le habría sido lícito instaurar la accion de nulidad.

Concuerta esta disposicion con el artículo 263 de la Lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales, segun el cual el ministerio público debe ser oido en los juicios sobre el estado civil de una persona.

Debe ser oido el ministerio público aun en aquellos casos en que la nulidad del matrimonio no afecta directamente los intereses jenerales, por tratarse del estado civil de las personas, materia que se relaciona siempre con esos intereses.

Cuando el ministerio público debe ser oido, puede serlo en cualquier estado del juicio, ántes del pronunciamiento de la sentencia definitiva.

El ministerio público debe ser oido en ámbas instancias.

La omision de este trámite en cualquiera de ellas induce nulidad.

## ART. 35

«La acción de nulidad del matrimonio no prescribe por tiempo, salvo la que se funde en alguno de los impedimentos contenidos en los números 2.º, 4.º o 5.º del artículo 4.º, o en los números 1.º i 2.º del artículo 33, que prescribirá en un año.

«El año se contará desde que los contrayentes llegaren a la edad de la pubertad en el caso de matrimonio de impúberes, i en los otros casos, desde que haya desaparecido el hecho que los orijina.

«La acción de nulidad a que se refiere el inciso 3.º del artículo anterior prescribirá también en un año, contado desde la fecha de la muerte del cónyuge enfermo.»

«La acción de nulidad del matrimonio no prescribe por tiempo...»

Es ésta una especialidad en el Derecho: por regla jeneral las acciones prescriben.

Sin embargo, la duración de la acción de nulidad del matrimonio se encuentra limitada por la de la vida de ámbos cónyuges, conforme a la última parte del inciso 1.º del artículo precedente; i son, como se sabe, rarísimos los matrimonios que duran mas de cincuenta años.

Ha establecido la lei esta disposición, para que no subsistan legalmente a la faz de la sociedad pretendidos matrimonios refractarios de la moral i de la conveniencia públicas.

También en el Derecho Canónico, «la acción para demandar la nulidad del matrimonio no prescribe nunca durante la vida de los cónyuges (*cap. Lator. 7, De sent et rejud*); de manera que tampoco prescribe la instancia, aun cuando las partes dejen de ajitar el juicio durante dos o mas años.

«Tampoco pasa jamas en autoridad de cosa juzgada la sentencia que se pronuncie en causa de nulidad del matrimonio

(Id. i Cont. de Benedicto IV, § 11); de suerte que, aun despues de contraído un segundo enlace, puede litigarse sobre la validez del que lejitimamente hubiese sido declarado nulo. (1)

En nuestra actual lejislacion, no dejaria de pasar en autoridad de cosa juzgada la sentencia sobre validez o nulidad del matrimonio; sin perjuicio de poder entablarse nuevo pleito sobre dicha validez o nulidad entre otras personas, o con otra causa de pedir.

"... salvo la que se funde en alguno de los impedimentos contenidos en los números 2.º, 4.º o 5.º del artículo 4.º... que prescribirá en un año."

El impedimento del número 2.º es el de los impúberes; el del número 4.º, el de los que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad claramente, i el del número 5.º, el de los dementes.

Si desaparecidos estos impedimentos, no se dice de nulidad por ellos en un plazo prudencial, que nuestra lei fija en un año, nada aconseja mantener por mas tiempo incierta la condicion del matrimonio, la de los cónyuges, i la de las personas que tengan derechos subordinados a cualquiera de las condiciones anteriores.

Dice el artículo 185 del Código Frances:

"Sin embargo, el matrimonio contraído por esposos que no tenian aun la edad requerida, o uno de los cuales no tenia esta edad, no puede ser impugnado: 1.º cuando hayan trascurrido seis meses desde que dichos esposo o esposa hayan alcanzado la edad competente; i 2.º cuando la mujer que no la tenia haya concebido ántes del trascurso de ese término."

Respecto de este segundo caso, ha observado Mr. de Portalis:

"La lei no debe aspirar al privilejio de ser mas sabia que la naturaleza. La ficcion debe ceder a la realidad." (2)

I dice el artículo 136 del citado Código:

"El padre, la madre, los ascendientes i la familia que hubieren dado su consentimiento al matrimonio celebrado en el

(1) LIRA, *Prontuario de los Juicios*, tomo II, pág. 178.

(2) Discurso citado, página 154.

caso del artículo precedente, no son admitidos a demandar la nulidad.»

El artículo 6.º del proyecto de 1875 decía:

«No se admitirá reclamo alguno sobre la nulidad del matrimonio por falta de edad de los contrayentes si la mujer hubiese concebido ántes de haberse entablado la demanda. Lo mismo se observará cuando los esposos hubiesen vivido juntos un dia despues de haber llegado ámbos a la edad requerida por la lei sin haber deducido reclamacion judicial.»

No se ha referido la lei al impedimento del número 3.º del artículo 4.º, o sea, al de los que sufrieren de impotencia perpétua e incurable, ni a los impedimentos del artículo 5.º, o sea, al de ciertos parientes para poder casarse entre sí, porque ninguno de estos impedimentos puede desaparecer.

No se ha referido la lei al impedimento del número 1.º del artículo 4.º, o sea, al de los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto, porque, aun cuando ese impedimento puede desaparecer, el respectivo matrimonio constituye delito conforme al inciso 1.º del artículo 382 del Código Penal.

Ni se ha referido la lei a los impedimentos de los artículos 6.º i 7.º, o sea, al del cónyuje sobreviviente para casarse con el asesino o cómplice en el asesinato de su marido o mujer, i al de la mujer para casarse con su co-reo en el delito de adulterio, porque estos impedimentos no pueden desaparecer.

«...o en los números 1.º i 2.º del artículo 33, que prescribirá en un año.»

Si, desaparecido el error o la fuerza, el cónyuje o los cónyujes a quienes corresponderia la accion de nulidad, no la entablan, i permanecen en esta omision un año completo, entiende la lei que ratifican implícitamente el matrimonio.

Esta disposicion no se estiende al número 3.º del artículo anterior.

Nos inclinamos, sin embargo, a pensar que, en el caso de raptó, como en los demas en que se entiende faltar el consentimiento libre i espontáneo, no solo debería reservarse exclusivamente a la robada el ejercicio de la accion de nulidad, sino que ésta debería prescribir en un año completo contado desde que cesó el vicio del consentimiento.



Inc. 2.º—“El año se contará desde que los contrayentes llegaren a la edad de la pubertad en el caso de matrimonio de impúberes....”

Si solo uno de los contrayentes era impúber, el año se contará desde que ese contrayente llegare a la pubertad.

Si ámbos contrayentes eran impúberes, el año se contará, como dice la lei, desde que llegaren a la edad de la pubertad, o mas exactamente, desde que el menor de ellos llegare a esta edad.

Para que el contrayente o los contrayentes que han llegado a la pubertad puedan decir de nulidad del matrimonio es preciso que lo hagan por el intermedio de su representante legal, o de sus representantes legales.

Bien entendido que esta prescripcion no se suspende a favor del contrayente o de los contrayentes púberes, aun cuando carezcan de los referidos representante o representantes.

“...i en los otros casos, desde que haya desaparecido el hecho que los orijina.”

No siempre será fácil determinar con precision el momento en que una persona comienza a poder espresar su voluntad claramente de palabra o por escrito.

Cuando no lo sea, deberá hacerse prudencialmente dicha determinacion.

Ni siempre será fácil determinar con precision la fecha en que desaparece la demencia.

Si el demente hubiese sido sometido a interdiccion, no se entenderá desaparecer el impedimento miéntras no sea rehabilitado para ejercer la administracion de sus bienes, conforme a lo que dijimos sobre este particular en la esplicacion del número 5.º del artículo 4.º

Si el demente no hubiese sido interdicto, no siempre será fácil determinar con precision el momento en que se entienda desaparecer la demencia.

Cuando no lo sea, deberá hacerse prudencialmente dicha determinacion; bien entendido que los intervalos lúcidos no obstan a la demencia, miéntras el afectado por ella no recobra permanentemente la razon.

En los casos de los números 1.º i 2.º del artículo 33, empe-

zará a correr el año, desde que ha desaparecido el error o la fuerza.

En el caso del número 3.º del mismo artículo, o sea, en el de raptó, puede también desaparecer el hecho en que se funda el impedimento.

Si se hubiese establecido que, en dicho caso, la acción de nulidad correspondía exclusivamente a la robada, i prescribía en un año, habría debido establecerse en este inciso que dicho año empezara a correr desde que desapareciera el hecho que originaba el impedimento, esto es, desde que la robada dejara de encontrarse en poder del raptor.

Inc. 3.º—Rije esta regla, aun cuando se trate de impugnar la validez del matrimonio por una o más de las causales que ordinariamente dan lugar a una acción imprescriptible.

I ello es lógico, como quiera que no existe en este caso el peligro de que subsista, vulnerando los fueros de la moral i de la conveniencia pública, un supuesto matrimonio no autorizado por la lei.

Ha señalado el lejislador un término breve para que pueda entablarse la acción de nulidad en el caso a que se refiere este inciso, a fin de no dejar por largo tiempo incierta, sobre todo en lo relativo al cónyuge sobreviviente, la validez o nulidad del matrimonio contraído en artículo de muerte.

Corre la prescripción desde la fecha de la muerte del cónyuge enfermo, i nó desde la fecha del matrimonio, porque según el inciso 3.º del artículo precedente, la acción corresponde a los *herederos* del cónyuge difunto.

## ART. 36

«Cuando deducida la acción de nulidad fundada en la existencia de un matrimonio anterior, se dijese también de nulidad de este matrimonio, se resolverá primeramente la validez o nulidad del primer matrimonio.»

Dice el artículo 188 del Código Frances:

«El cónyuge en perjuicio del cual ha sido contraído un se-

gundo matrimonio, puede solicitar su nulidad, en vida del otro cónyuje.»

I el artículo 189 del mismo Código:

«Si los nuevos cónyuges oponen la nulidad del primer matrimonio, deberá resolverse previamente sobre la validez o nulidad de éste.»

Decia Mr. de Portalis, refiriéndose a las disposiciones trascritas:

«Si en el concurso de dos matrimonios el cónyuje que ha sido abandonado puede atacar al segundo como nulo, de nulo pueden argüir asimismo al primero los que han celebrado el segundo. Lo que es nulo no produce ningun efecto. Aplicando ese principio al primer matrimonio, ilegítimo de suyo, no puede éste con derecho causar la nulidad del segundo lejítimo i subsistente. Por lo tanto, la cuestion que se suscita sobre la validez de aquel lazo suspende necesariamente el exámen del segundo. Aquélla es una cuestion preliminar que debe discutirse ante todo.» (1)

Este artículo constituye una escepcion a las reglas jenerales relativas al tiempo en que deben los jueces espedir sus sentencias.

Habria convenido referir este artículo, no solo al caso en que, deducida la accion de nulidad fundada en la existencia de un matrimonio anterior, se diga de nulidad de este matrimonio, sino a todos los casos en que controvierta simultáneamente sobre la validez de dos matrimonios sucesivos o alternativos.

## § VII.

### De la disolucion del matrimonio

#### ART. 37

«El matrimonio se disuelve:

1.º—Por la muerte natural de uno de los cónyuges;

---

(1) Discurso citado, página 155.

2.º—Por la declaracion de nulidad pronunciada por autoridad competente.»

„El matrimonio se disuelve»::

Dícese *disolver*, en su sentido real, segun el Diccionario de la Lengua, desunir, separar las partículas o moléculas de un cuerpo sólido o espeso, por medio de un líquido con el cual se incorporan.

I dícese *disolver*, en su sentido figurado, segun el mismo Diccionario, desatar, deshacer un lazo o nudo.

1.º—El artículo 123 del Código Civil disponia:

„El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges.

„Acerca de las demas causas de disolucion del matrimonio, toca a la autoridad eclesiástica juzgar, i la disolucion pronunciada por ella producirá los mismos efectos que la disolucion por causa de muerte.»

Refiérese el inciso 1.º del artículo transcrito a la muerte natural i verdadera de uno de los dos cónyuges.

La muerte civil podia incluirse en el inciso 2.º del mismo artículo.

Sábase, en efecto, que, conforme al Derecho Canónico, se disolvia el matrimonio *rato* o no consumado por la profesion solemne de uno de los cónyuges, i, en el mas comun sentir de los autores, por la dispensa del Sumo Pontífice.

Conforme al mismo inciso, i al Derecho Canónico, podia tambien disolverse el matrimonio de infieles, si uno de ellos se convertia a la fé, mediando ciertas circunstancias.

Ninguna de las disposiciones del § 3, título II, libro I del Código Civil ni el Derecho Canónico permitian la disolucion del matrimonio, por la presuncion de muerte de uno de los cónyuges, i si, mediando circunstancias graves, la autoridad eclesiástica autorizaba a veces al cónyuge del desaparecido para volver a casarse, era en el concepto de no subsistir este segundo matrimonio, si reaparecia el otro cónyuge.

El inciso 1.º del artículo 123 del Código guardaba armonia con el artículo 102 del mismo, que define el matrimonio como

un contrato solemne por el cual un hombre i una mujer se unen actual e indisolublemente, i por toda la vida, etc.

Espresa este número que el matrimonio se disuelve por la muerte *natural* de uno de los cónyuges, para que, al revés de lo que sucedía ántes de empezar a rejir esta lei, no se entienda que el matrimonio puede disolverse en caso alguno por la profesion solemne de uno de los cónyuges.

Aun cuando la muerte presunta puede, i aun debe considerarse como una especie de muerte natural, no se incluye en este número, sino en el artículo que sigue.

El inciso 1.º del artículo 123 del Código prescribía que el matrimonio se disolviera por la muerte de uno de los *dos* cónyuges.

Este número dice simplemente „por la muerte de uno de los cónyuges.“

En resúmen, i a pesar de las diferencias de redaccion indicadas, tiene este número el mismo sentido i alcance que el antecitado inciso 1.º del artículo 123 del Código.

2.º Despues de dejar establecido el Código Civil en el inciso 1.º de su artículo 103, que toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la *validez* del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído, dice, en el inciso 1.º de su artículo 123, que el matrimonio *se disuelve* por la muerte de uno de los dos cónyuges, i en el inciso 2.º del mismo artículo, que acerca de las demas causas de *disolucion* del matrimonio, toca a la autoridad eclesiástica juzgar, i la disolucion pronunciada por ella producirá los mismos efectos que la disolucion por causa de muerte.

El inciso 1.º del artículo 128 del Código dice:—“Cuando un matrimonio ha sido *disuelto* o *declarado nulo*,” etc.; i el inciso 2.º del mismo artículo: “Pero, se podrán rebajar de este plazo todos los dias que hayan precedido inmediatamente a dichas *disolucion* o *declaracion*,” etc.

Segun el artículo 1764 de dicho Código, la sociedad conyugal se disuelve, en primer lugar, por la *disolucion* del matrimonio, i, en cuarto lugar, por la *declaracion de nulidad* del mismo.

Juzga el Código que, no obstante la declaracion de nulidad del matrimonio, ha existido de hecho sociedad de bienes entre

los supuestos cónyuges; pero no juzga en ningún caso que ha existido a los ojos de la lei, un matrimonio nulo; sin perjuicio de los efectos civiles del matrimonio putativo respecto del cónyuge que de buena fé i con justa causa de error le contrajo.

Era lójico que no se entendiera disolverse un matrimonio nulo, por cuanto no puede ser disuelto, o sea, desatado o deshecho, lo que no estaba atado o hecho.

Ha prescrito, sin embargo, este número que el matrimonio se disuelva por la declaracion de nulidad pronunciada por autoridad competente.

Las palabras "pronunciada por autoridad competente," parecen aludir al respectivo pronunciamiento de la autoridad civil; pero habrían podido omitirse.

#### ART. 38

"Se disuelve tambien el matrimonio por la muerte presunta de uno de los cónyuges, si cumplidos diez años desde las últimas noticias que se tuvieren de su existencia, se probare que han trascurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. Se disolverá ademas trascurridos que sean treinta años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuere, a la espiracion de dichos treinta años, la edad del desaparecido si viviere."

"Se disuelve tambien el matrimonio por la muerte presunta de uno de los cónyuges...."

Para que proceda esta causal de disolucion es preciso que se haya declarado judicialmente la presuncion de muerte del cónyuge desaparecido, conforme a los artículos 80 i 81 del Código Civil.

Sin esa prévia declaracion, no podrá entenderse disuelto el matrimonio, no obstante el transcurso de cualquier espacio de tiempo desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieren del desaparecido.

"...si cumplidos diez años desde las últimas noticias que se tuvieren de su existencia...."

Talvez habria sido preferible que se dijera: "si cumplidos diez años desde *la fecha* de las últimas noticias," etc.

El número 6.º del artículo 81 del Código dice: "El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado *desde la fecha* de las últimas noticias; i trascurridos diez años *desde la misma fecha*, concederá la posesion provisoria de los bienes del desaparecido."

La segunda parte de este artículo dice tambien: "Se disolverá ademas trascurridos que sean treinta años *desde la fecha* de las últimas noticias," etc.

De haberse empleado la antedicha espresion solo en una de las disposiciones de este artículo, habria parecido natural emplearla en la primera, i subentenderla en la segunda.

"...se probare que han trascurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido."

La primera parte del artículo 82 del Código dice: "El juez concederá la posesion definitiva en lugar de la provisoria, si, cumplidos los dichos diez años, se probare que han trascurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido."

Ha reducido el lejislador, para el efecto de la disolucion del matrimonio, el término de ochenta años al de setenta, acaso porque el primero solo habria podido completarse despues de la muerte del otro cónyuje, o despues de haber llegado éste a una edad mui avanzada.

Subsistiendo, sin embargo, en vigor la primera parte del artículo 82 del Código, no podrá concederse la posesion definitiva de los bienes del cónyuje desaparecido, sino trascurridos ochenta años desde la fecha de las últimas noticias; lo que constituye, sin duda, una anomalía, pues, disuelto el matrimonio, carece de razon de ser la subsistencia de cualquier réjimen provisional en orden a los susodichos bienes.

Dado este antecedente, deberia tambien concederse la posesion definitiva de los bienes del desaparecido soltero o viudo, siempre que se probare que han trascurrido setenta años desde el nacimiento del mismo.

Puede, por consiguiente, decirse en jeneral, que deberia con-

cederse la posesion definitiva de los bienes del desaparecido, siempre que se probare que han trascurrido setenta años desde el nacimiento del mismo.

"Se disolverá, además, trascurridos que sean treinta años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuere a la espiracion de dichos treinta años la edad del desaparecido si viviere."

Dice la segunda parte del artículo 82 del Código: "Podrá asimismo concederla (la posesion definitiva en vez de la provisoría) trascurridos que sean treinta años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la espiracion de dichos treinta años, la edad del desaparecido si viviese."

Este es el único caso en que coinciden la disolucion del matrimonio producida por la muerte presunta de uno de los cónyuges con la concesion de la posesion definitiva de los bienes del desaparecido."

Ha sustituido el legislador, incorrectamente a nuestro juicio, las formas verbales "fuese" i "viviese," de que se vale el Código, por las formas verbales "fuere" i "viviere."

Disuelto el matrimonio por cualquiera de las causas indicadas en este artículo, subsistirá la disolucion a pesar del reaparicimiento del desaparecido, i sin perjuicio de los derechos que pueda éste hacer valer sobre sus bienes, poniendo término a la posesion provisional o definitiva de los mismos.

No ha prescrito la lei que se disuelva el matrimonio por la muerte presunta de uno de los cónyuges, en el caso del número 7.º del artículo 81 del Código Civil, que dice:

"Con todo, si despues que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcacion en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido mas de ella, i han trascurrido desde entónces cuatro años i practicándose la justificacion i citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la accion de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio i el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; i concederá inmediatamente la posesion definitiva de los bienes del desaparecido."



Sin embargo, este caso ha sido asimilado por el Código, para el efecto de conceder la posesion definitiva de los bienes del desaparecido, al caso en que, cumplidos los dichos diez años, se probare que han trascurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido, i al caso en que hayan trascurrido treinta años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese a la espiracion de dichos treinta años la edad del desaparecido si viviese; con la circunstancia de que, como ya se ha visto, autoriza la lei la disolucion del matrimonio en el segundo caso, no trascurridos ochenta, sino setenta años, desde el nacimiento del desaparecido.

Respecto de la disolucion de los matrimonios contraidos en pais extranjero, conviene tener presentes los artículos 120 i 121 del Código Civil.

Dice el primero de esos artículos:

"El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo pais, pero que no hubiera podido disolverse segun las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuje."

I el segundo:

"El matrimonio que segun las leyes del pais en que contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas."

## § VIII

### Artículo final

#### ART. 39

"Quedan vijentes las disposiciones del Código Civil en lo que no fueren contrarias a esta lei."

Conforme al inciso 3.º del artículo 52 del Código, hai derogacion tácita cuando la nueva lei contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la lei anterior, i conforme al artí-

culo 53 del mismo, la derogacion tácita deja vijente en las leyes anteriores todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva lei.

El artículo 79 del proyecto de 1875 derogaba espresamente los artículos 34, 36, en el último término del inciso 3.º, 39, 103, 104, 117, 118, 119 i 123 del Código Civil.

Pudo el lejislador, como ya hemos dicho, derogar espresamente el número 2.º del artículo 38 del Código, en cuanto declara incestuoso al hijo concebido entre padres que se encuentran uno con otro en el segundo grado trasversal de afinidad; i el número 3.º del mismo artículo, en cuanto declara incestuoso al hijo concebido entre padres, de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro.

## § IX

### Artículos transitorios

#### ART. 1.º

«Mientras se establece el Registro Civil, subsistirá la vijencia de las leyes actuales en lo concerniente a las formalidades para la celebracion del matrimonio.»

«Mientras se establece el Registro Civil...»

Fué dictada la lei del Registro Civil el 17 de Julio de 1884, i los respectivos oficiales empezaron a desempeñar sus funciones el 1.º de Enero de 1885.

«...subsistirá la vijencia de las leyes actuales en lo concerniente a las formalidades para la celebracion del matrimonio.»

Como se sabe, llámanse en jeneral, *formalidades* los requisitos que se han de observar o llenar para ejecutar una cosa. Sin embargo, aquí se trata solo de los requisitos para la *celebracion* del matrimonio, o sea, de los requisitos de forma necesarios para contraerlo, conforme al § IV de esta lei.

Refiriéndose este artículo solo a las formalidades para la celebracion del matrimonio, no era aplicable a los demas requisi-

tos establecidos por esta lei, los cuales empezaron a ser obligatorios para los varios departamentos de la República a los vencimientos de los respectivos plazos de promulgacion.

No establecido aun el Registro Civil, era imposible dar cumplimiento a las disposiciones de esta lei relativas a las formalidades para la celebracion del matrimonio, por falta del indicado Registro, i de las respectivas oficinas i oficiales.

La autoridad eclesiástica llegó así a verse constituida en diputada de la lei civil, en lo relativo a las susodichas formalidades.

#### ART. 2.º

“En caso de que la autoridad eclesiástica se negare a la celebracion del matrimonio, el juez de letras del respectivo departamento, procederá a dicha celebracion con arreglo a las disposiciones de esta lei.”

“En caso de que la autoridad eclesiástica se negare a la celebracion del matrimonio...”

Talvez habria sido mas propio decir: “se negare a autorizar la celebracion del matrimonio,” porque los que procedian a la celebracion eran los contrayentes.

La autoridad eclesiástica se negó algunas veces a autorizar la celebracion del matrimonio, por resistirse los esposos, i con mas frecuencia, el esposo, al cumplimiento de las condiciones impuestas por ella para este efecto.

“...el juez de letras del respectivo departamento procederá a dicha celebracion, con arreglo a las disposiciones de esta lei.”

Talvez habria sido mas propio decir “procederá a autorizar dicha celebracion,” porque, como ya hemos dicho, los que procedian a la celebracion eran los contrayentes.

El juez de letras del respectivo departamento llegó así a verse constituido en funcionario accidentalmente idóneo para autorizar la celebracion del matrimonio con arreglo a las disposiciones de esta lei.

«I, por cuanto, oído el Consejo de Estado, he tenido a bien aprobarlo i sancionarlo, por tanto, promúlguese i llévase a efecto como lei de la República.—DOMINGO SANTA MARIA.—*José I. Vergara.*»

Santiago de Chile, a 26 de Enero de 1901.

PAULINO ALFONSO,  
ex-profesor de Código Civil en la  
Universidad de Chile.

