

rían la procedencia germánica de la comunidad de bienes entre cónyuges, ya que en ésta, como en la institución germánica, falta la facultad de disolver la comunidad pidiendo la división, y, según algunos, también falta el derecho de cada cónyuge a una cuota; se adicionan, además, otras notas y características singulares de esta especie de comunidad.

Pero contra este origen pueden invocarse argumentos históricos y científicos que hacen, realmente, surgir dudas. Vestigios de comunidad conyugal no faltan en algunas regiones italianas que se sustrajeron al influjo del Derecho germánico; así en Cerdeña, en donde la antigua comunidad (*a sa sardisca*) surgió y se mantuvo (por lo menos según algunos historiadores del Derecho) como institución local autóctona (1). También en otras partes, como en Sicilia (2) y en Istria, y también aquí parece reconocer otro origen que el germano. Pero dejando a un lado el problema histórico, que es complejo y arduo (3), desde el punto de vista científico se han hecho importantes y graves objeciones a la asimilación de la comunidad de nuestro Código a la *Gemeinschaft z. ges. Hand.* Esta supone el poder de disposición atribuido a todos los comuneros conjuntamente, a la colectividad como todo; en la comunidad de nuestro Código tal poder se atribuye al marido únicamente, pues la mujer carece de facultades de administración y de disposición; aquélla excluye (según la doctrina más autorizada) la idea de cuotas ideales; ésta, en cambio, considera a cada uno de los cónyuges como titular de la propia cuota y le concede un derecho pleno en la misma; la primera, en su forma más perfecta, es comunidad de los elementos primarios del patrimonio de cada socio, comunidad en la propiedad; la segunda es comunidad de los frutos y utilidades solamente, o sea de los elementos secundarios, porque nuestra ley

(1) Sobre la comunidad en Cerdeña, véanse los trabajos de Roberti y Ercole citados al principio de este párrafo.

(2) Véase Ciccaglione, *Origine e sviluppo della comunione di beni fra coniugi in sardegna* (*Arch. stor. Sicilia occidentale*, XIV, 1917); *Contributo alla storia della comunione dei beni in Sicilia* (*Riv. it. di Sociol.*, IX, 1905).

(3) Para una exposición sintética, Salvioli, *Storia del dir. it.*, 8.^a edición, 1921, §§ 458, 459.

no admite otra comunidad universal entre cónyuges distinta de la de los frutos (art. 1.433). Queda en pie, como nota común, la ausencia de un derecho en los partícipes a pedir la división; pero este carácter que distingue la comunidad entre cónyuges de la comunidad ordinaria y de la sociedad civil no autoriza a afirmar la descendencia o parentesco de la institución que estudiamos con la de Derecho germánico, sino que se explica como una consecuencia de la perpetuidad del vínculo matrimonial de su indivisibilidad y de la inmutabilidad del régimen patrimonial elegido.

Se han ideado otras doctrinas para construir dogmáticamente la institución que nos ocupa; algunos la conciben como un patrimonio autónomo personificado, reputándola como una persona jurídica, de modo que, según esto, la comunidad sería sujeto o titular de sí misma; otros la consideran como un patrimonio autónomo desprovisto de personalidad, o sea, como un patrimonio separado que, por el fin a que se destina (las necesidades de la familia y las cargas del matrimonio) está sometido a un régimen especial, siendo su suerte y vicisitudes independientes de la suerte y vicisitudes del patrimonio particular de cada cónyuge; otros la equiparan a la sociedad civil, o mejor, la estiman como una especie de la sociedad civil, con notas y características peculiares, debidas al influjo de la relación personal, que le sirve de base y del fin que constituye su destino (1).

(1) Una posición especial frente al problema dogmático ha adoptado Messineo: *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, quien después de examinar y rechazar las teorías indicadas, intenta una construcción nueva cuyos elementos deriva del análisis crítico de las normas del Código y de los principios en que éstas se inspiran. Según este autor, la comunidad conyugal sería un patrimonio colectivo de destino, dotado de autonomía (y por ello netamente distinto de la sociedad civil), pero no de autonomía perfecta, es decir, sin personalidad jurídica (irreductible a persona jurídica), un patrimonio sobre el cual tienen los cónyuges cuotas ideales (distinto por esto de la comunidad germánica), pero sin que corresponda a los mismos derecho alguno de disposición (semejante en esto a la comunidad germánica) sobre el que se atribuye al marido exclusivamente la administración y que es disoluble y divisible solamente cuando se disuelve o afloja el vínculo personal entre los cón-

La que más se aproxima a la verdad es la profesada por Pothier. Excluye toda idea de personificación del patrimonio, el cual se hace común mediante el contrato de matrimonio; tampoco corresponde a su verdadera estructura la idea de una propiedad colectiva: la concibe como una sociedad civil, con notables desviaciones en su normación. El propio Código se remite a las normas propias de la sociedad civil para todo lo que los cónyuges no hubieren regulado con pactos especiales y en todo aquello que no estuviese diversamente ordenado por los preceptos de este capítulo (artículos 1.433-1.446). Las desviaciones principales consisten en la carencia del derecho a pedir la división mientras dure el matrimonio (pudiéndose pedir, sin embargo, cuando se inste la separación personal o en caso de mala administración del marido (artículos 1.441 y 1.442), en la indisponibilidad de las cuotas mientras dure el matrimonio (el marido y la mujer no pueden enajenar sus cuotas), en la unidad de administración, ya que ésta se concede al marido sin participación alguna de la mujer, en el derecho de preferencia concedido a los acreedores de la comunidad sobre el patrimonio común respecto a los acreedores de cada uno de los cónyuges; peculiaridades todas que hallan su justificación en el fin mismo de la comunidad, en la indisolubilidad del vínculo conyugal, en la cualidad de cabeza de familia, propia del marido.

La comunidad conyugal es una sociedad universal de ganancias, y como tal entra en la definición contenida en el artículo 1.702 del Código civil: «La sociedad universal de ganancias comprende aquello que las partes ganen con su industria por cualquier título y mientras dure la sociedad; los bienes muebles o inmuebles que cada socio posea al tiempo de celebrarse el contrato no figurarán en la sociedad si no es para ser gozados de modo común». Ofrece un aspecto particular en cuanto a su

yuges. No pudiendo ser equiparado a la comunidad ordinaria ni a la germánica, y careciendo como carece de personalidad, representa el punto medio entre la comunidad germánica y la sociedad civil, entre aquélla y la comunidad de derecho romano. Pero como se ve, la construcción (no obstante estos esfuerzos) es una composición híbrida, indefinida en sus líneas y de utilidad discutible

composición objetiva: no pueden figurar en la sociedad el activo ni el pasivo presentes de los cónyuges ni lo que éstos adquieran por sucesión o donación mientras subsista la comunidad, pero sí el goce de los bienes muebles e inmuebles así presentes como futuros (art. 1.435).

También ésta como otras sociedades persigue un fin de lucro, si bien la ganancia esté predestinada a procurar el bienestar de la familia. También hay en la institución que estudiamos atribución de cuotas intelectuales, aunque (por las razones ya indicadas) sus titulares, los cónyuges, no tengan la disponibilidad de ellas y no puedan transformarlas en cuotas reales pidiendo la división, porque esta facultad es incompatible con el fin mismo del matrimonio. Pero las cuotas se transforman en reales, y la división del patrimonio común se verifica al tener lugar la disolución, es decir, cuando ocurre la muerte de uno de los cónyuges (a la muerte se equipara la ausencia) y al deducirse la demanda de separación. El patrimonio común, formado con las aportaciones de los cónyuges y aumentado con las adquisiciones que tienen lugar durante el matrimonio, asume la figura de un peculio, de un patrimonio, separado de los patrimonios particulares de los cónyuges, y, por tanto, autónomo en cierto grado; signo característico de esta autonomía es la circunstancia de tener sobre él los acreedores de la comunidad un derecho preferente al de los acreedores particulares del marido o de la mujer, como se deduce del art. 1.436, según el cual, para hacer divisibles las cuotas y libre el derecho de cada cónyuge (en el momento en que la ley permite o impone la división), es requisito que el patrimonio se halle juzgado de las deudas que sobre él pesaban.

En cuanto a las normas que rigen la comunidad, hay que advertir que se reconoce a la voluntad de los esposos que la crean una cierta libertad; pero, como siempre que se trata de relaciones familiares, es esta una libertad circunscrita. Por el principio, según el cual la comunidad se rige por pactos especiales que se hacen constar en el contrato nupcial, los esposos pueden estructurarle en la forma que estimen más conveniente; la ley (artículo

lo 1.434) contiene, sin embargo, algunos preceptos inderogables por la voluntad particular que tienden a garantizar el fin y el tipo fundamental de esta sociedad, y que están contenidos en los artículos 1.435-1.446 (por ejemplo, la indivisibilidad, la inalienabilidad de las cuotas, la concesión de la administración al marido, la exclusión de la propiedad en los bienes, la facultad de la mujer de pedir la separación judicial, etc.). Cuando la voluntad de las partes no se manifieste y se trate de relaciones no reguladas por las citadas normas, intervendrán como supletorios los preceptos que se refieren a la sociedad civil (artículos 1.697 y siguientes).

Objeto.—Abstractamente, la forma más plena y perfecta de comunidad sería aquella en que todos los bienes presentes y futuros y todo el activo presente y futuro de los cónyuges integrasen el patrimonio común; pero la ley italiana no permite extenderla más allá de los frutos de los bienes de las adquisiciones hechas por industria de los cónyuges y de los ahorros de éstos. Se ha creído ver en aquella forma más plena de comunidad que funde en una todas las fuerzas patrimoniales de los cónyuges, y que constituye idealmente la más perfecta unidad patrimonial de la familia, un peligro para la independencia económica de los cónyuges, una forma de sucesión anticipada, un compromiso de los futuros derechos de la prole venidera: peligros y preocupaciones excesivas que han contribuido a la escasa difusión de este régimen restringido y angosto, y, por ello, de escasa utilidad práctica.

Excluida de la comunidad la propiedad de los bienes (artículo 1.433) y excluidos también el activo y pasivo presentes de los cónyuges, así como las adquisiciones de éstos por causa de sucesión o donación durante la comunidad (art. 1.435), ésta puede comprender solamente:

a) El *goce* de los bienes muebles e inmuebles presentes o futuros pertenecientes a cada uno de los cónyuges, los cuales conservan su propiedad separada (art. 1.435). Pero, por efecto de la aportación, esta propiedad queda vinculada, porque se asegura a la comunidad el goce de tales bienes y un usufructo

que dure lo que dure el matrimonio (salvo el caso de separación judicial). Esta vinculación determina el que el cónyuge pierda durante la comunidad la libre disponibilidad de los bienes aportados, ya que substrayéndolos a la misma provocaría (en todo o en parte) la disolución, la cual está absolutamente prohibida (artículo 1.441). El derecho de goce, que constituye el núcleo fundamental de la sociedad, se manifiesta en el uso de los bienes y en el aprovechamiento de sus frutos naturales y civiles.

b) Los *productos y frutos del trabajo y de la industria común* (1) de los cónyuges, en cuanto que éstos representan el resultado de actividades cooperantes a la mayor prosperidad de la familia (art. 1.436).

c) Las *adquisiciones* hechas conjunta o separadamente por los cónyuges de nuevos bienes durante la comunidad con los productos de la industria común, o con el sobrante de los frutos de la comunidad, o el ahorro de los frutos o de los ingresos de los cónyuges (art. 1.436). Se excluye toda otra adquisición de bienes hecha en virtud de sucesión o donación, y los bienes enumerados entran en la comunidad para procurar su goce, es decir, su uso directo y el de los frutos que produzcan. Se prohíbe el que originariamente sea objeto de la comunidad la propiedad de los bienes de uno y otro cónyuge, pero una vez constituida aquélla puede ser objeto de la misma la propiedad de los bienes (muebles o inmuebles), en cuanto ésta resulte adquirida con las utilidades o frutos.

Esto por lo que concierne al *activo* de la comunidad. El *pasivo* resulta integrado con los siguientes elementos:

a) *Gravámenes y cargas* impuestos sobre los bienes cuyo goce se aporta, tales como impuestos, gastos de conservación y de administración, intereses de las deudas por las que tales bienes responden.

b) *Gastos domésticos*, como el sustento, habitación, vestido de los cónyuges, los que tengan por objeto mantener, educar e

(1) Según algunos, Messineo, por ejemplo, *ob. cit.*, pág. 187, n. 3, también los de la industria y trabajo separados, pero el texto de la ley no autoriza a tal extensión.

instruir la prole, y, en general, todos los *onera matrimonii*; a que se destina el patrimonio común.

c) Los *intereses* de las deudas personales de cada cónyuge que venzan y se devenguen durante la comunidad; la ley excluye que el pasivo personal y presente, o sea el existente al iniciarse la comunidad, entre a formar parte de ésta; excluye también que forme parte de la misma el pasivo de la sucesión diferida o de la donación hecha a uno de los cónyuges durante la comunidad (art. 1.435); pero no excluye ni puede excluir el que los intereses de este pasivo personal graven la comunidad, porque las utilidades de ésta requieren necesariamente la previa detracción de sus gravámenes, entre los cuales figuran los intereses.

d) Las *deudas personales* contraídas por el marido o la mujer durante la comunidad, por la sencilla razón de que los frutos de los bienes y los productos de la industria y del trabajo sólo resultan tales *deducto aere alieno*.

e) Finalmente, *las deudas de la comunidad*, o sean las que el marido, como gestor de ésta, hubiese contraído.

Esta es la composición normal del patrimonio común; pero la ley atribuye eficacia a la libre voluntad de las partes (dentro de límites infranqueables), y, por tanto, de un pacto especial puede derivar una composición diversa, con tal que no amplíe excesivamente el alcance de la comunidad y siempre que no determine la existencia de una comunidad universal de bienes que, como se dijo, está legalmente prohibida. Puede constituirse una comunidad combinada con el régimen dotal; el resultado de esta combinación será que sobre los frutos de la dote no tendrá el marido la libre disponibilidad, y que el excedente de los mismos, después de cubiertas las necesidades familiares, deberá revertir en la comunidad. Puede pactarse una comunidad más restringida, limitándola a los frutos de los bienes y excluyendo de ella los productos de la industria o del trabajo común.

Como quiera que sea la composición requisito necesario (común a toda convención matrimonial) es que la comunidad se constituye mediante otorgamiento de documento público (artículos 1.433 y 1.382) sin que pueda pactarse que no comience

el día mismo de la celebración del matrimonio (art. 1.433). Para mayor seguridad de los terceros la ley exige que antes del matrimonio se haga una descripción auténtica de los bienes muebles pertenecientes a cada uno de los cónyuges y también de los muebles que entraran a formar parte de la comunidad, para distinguir los personales de los cónyuges (que les pertenecieran originariamente o que hubiesen adquirido luego por donación o sucesión) de los adquiridos con los frutos o productos, que deben incluirse en la masa común. Sanción a la inobservancia de este precepto es la presunción establecida por la ley de que los bienes muebles se consideran adquisiciones de la comunidad (artículo 1.437); pero esta presunción es *iuris tantum*, puesto que admite la prueba en contrario.

Cuotas, administración y goce.—Es indudable que cada cónyuge tiene sobre los bienes que constituyen la comunidad un derecho propio representado por una cuota ideal o medida de coparticipación en el todo. Estas cuotas se presumen iguales según la regla general de toda sociedad. Pero no se prohíbe el pacto por el que se establece la desigualdad de cuotas: los esposos pueden convenir su participación por cuotas desiguales en las utilidades o que el sobreviviente de ellos descuente en su propio beneficio una determinada porción de las utilidades (*ante parte*), distribuyéndose el resto en partes iguales (art. 1.440, párrafo 1.º). A este pacto que abstractamente considerado hace pensar en una liberalidad en favor del cónyuge a quien se asigna la porción mayor o el derecho a verificar el citado descuento en beneficio propio, se niega el valor de acto de liberalidad, estando sustraído por su esencia o por su forma a las reglas propias de la donación. La libertad de pactar una distribución desigual no puede llegar hasta reputar admisible el pacto por el que se establezca que uno de los cónyuges contribuya al pasivo en una parte mayor de la que corresponda en el activo (art. 1.400, párrafo 1.º); si se permitiera dicho pacto se constituiría una sociedad leonina, que aun en la sociedad común es prohibida (artículo 1.719).

Los cónyuges son titulares de las cuotas iguales o desiguales,

según el pacto, pero no pueden durante la comunidad disponer de ellas ni pedir su conversión de intelectuales en reales, porque esto equivaldría a disolver la comunidad y ésta es por naturaleza perpetua. En este respecto la posición del marido y la de la mujer son iguales, pero, en cambio, hay desigualdad en cuanto al goce y a la administración, porque esta última facultad no corresponde en modo alguno a la mujer, y aquélla le corresponde sólo de modo indirecto y mediato en cuanto que goza de los bienes comunes solamente a través de la persona del marido. Esta especial posición del marido con respecto a la de la mujer no es otra cosa que aplicación del principio general que considera al marido como cabeza y guía de la familia; por esta razón procede atribuirle todos los poderes de administración y representación del patrimonio común; sólo el marido, dice el artículo 1.438, puede administrar los bienes de la comunidad y comparecer en juicio como actor y como demandado en orden a las acciones concernientes a aquélla.

No puede el marido, en cambio, como ya dijimos, enajenar la propia cuota, ni los bienes de la mujer cuyo goce se le concede, porque estos bienes no le pertenecen; sólo le es permitido enajenar o hipotecar aquellos cuya propiedad es objeto de la comunidad y siempre que la enajenación sea a título oneroso (excluyéndose las enajenaciones gratuitas); y esto se explica por la utilidad que puede reportar la conversión de estos bienes cuyo equivalente revertirá en la comunidad. En estos actos de gestión (dentro siempre de los límites predichos) y de disposición, el marido representa el interés de ambos cónyuges, o mejor, el interés superior de la familia, es una garantía otorgada a la mujer la facultad que ésta tiene de pedir la separación de bienes en caso de mala administración por el marido (artículo 1.442) (1).

(1) La exclusión de la mujer de la administración de los bienes comunes no es un signo de su inferior capacidad o de su inferioridad jurídica, sino mera consecuencia de atribuirse al marido la condición de cabeza de familia. Por lo demás, nada se opone a que de hecho la mujer participe en la gestión de la cosa común; es más, hay que suponer que un régimen como el que estudiamos, en el que hay efectiva cooperación

Hay, pues, en el régimen que examinamos tres patrimonios que deben distinguirse para valorar el pasivo y para determinar las responsabilidades, los derechos correspondientes a los cónyuges y a los terceros: el patrimonio particular del marido, el de la mujer y el de la comunidad. Los principios generales que rigen en la materia (salvo algunas excepciones como la del caso de ser un cónyuge comerciante, artículos 14 (hoy abrogado) y 782 del Código de Comercio) son: que las utilidades de la comunidad, entendiéndose las utilidades netas, no pueden resultar si no es reduciendo todos los gastos que pesan sobre la comunidad y los créditos de los propios cónyuges; que los acreedores de la comunidad tienen sobre los bienes de la misma un derecho de preferencia con relación a los acreedores de los cónyuges; que el marido en cuanto es gestor del patrimonio común y titular del suyo particular está expuesto a la acción de los acreedores personales y de la comunidad, sin limitación alguna, y en cambio la mujer no puede ser demandada nunca por los acreedores de la comunidad.

Disolución.—Como del régimen dotal, también de ésta es fin natural y normal la disolución del matrimonio, o sea la muerte de uno de los cónyuges. Excepcionalmente este fin puede ocurrir por la ausencia, por la separación judicial de los bienes y por la separación personal (art. 1.441) (1). La muerte extingue con las relaciones personales las patrimoniales. La ausencia es sustancialmente una cesación de hecho, o por lo menos una suspensión en la vida conyugal, de modo que si no extingue el vínculo matrimonial imposibilita la subsistencia de una hacienda común, sobre todo cuando esté ausente el marido, pues en tal caso no podrá éste ejercitar la facultad de administrar. La separación judicial de bienes es un remedio y una tutela otorgada a la

y aportación continua de valores por uno y otro cónyuge, se dé una participación en la gestión a favor de aquélla que es un factor común para obtener la fusión y armonía más perfectas.

(1) Algunos enumeran entre estas causas la quiebra de uno de los cónyuges, especialmente del marido, Bonelli, *Il fallimento*, II, pág. 577. Pero, ¿es posible añadir otras causas a las taxativamente enunciadas en la ley?

mujer por las mismas causas por las que puede pedir la separación de la dote: la mala administración de la comunidad por el marido; el desorden en los negocios con el que ponga en peligro los intereses de la mujer (art. 1.442). También pueden pedir la separación los acreedores cuando obren autorizados por la mujer (art. 1.421). Finalmente, también la separación personal de los cónyuges puede ser causa de disolución y también aquí (como en la dote) en el sentido de que la mujer tiene facultad de demandar sin necesidad de alegar peligro alguno ni de acusar al marido de mala administración, y en cuanto haya separación de cuerpos, la disolución de la comunidad, la cual puede subsistir, sin embargo, entre los cónyuges separados.

Pero a diferencia de la dote se autoriza, en los casos de ausencia y de juicio de separación, una restauración para restablecer la relación personal en toda su plenitud (reconciliación de los cónyuges y regreso del ausente), otorgando para ello los cónyuges un nuevo documento público, el cual hace resurgir aquella relación inmediatamente como si jamás se hubiese interrumpido (efecto retroactivo), respetándose, no obstante, los derechos adquiridos por los terceros durante la separación, y la hace resurgir con los mismos pactos y condiciones de antes, ya que está prohibido el renovarla estipulando otros pactos: esta prohibición responde al principio de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales (art. 1.443).

Con la disolución se *realiza* el derecho pleno y absoluto de cada cónyuge en su propia cuota. La disolución implica, en efecto, división del patrimonio común y transformación de las cuotas de ideales en reales. A la división (que se ejecuta según las normas ordinarias de la división en los casos de comunidad y de sucesión) sólo está sujeto el patrimonio de la sociedad conyugal. De este patrimonio deben separarse las cosas que sean de la propiedad particular de los cónyuges. Cada uno de éstos separará para sí las cosas que le pertenecían y ellos o sus herederos podrán siempre, no obstante la presunción sentada por el artículo 1.437 (omitida en la descripción de los bienes muebles), probar con todos los medios autorizados por la ley, el que determi-

nados muebles eran de su propiedad particular antes de constituirse la comunidad, o que los adquirieron durante ésta por sucesión o donación (art. 1.445, párr. 1.º). Además, en favor de la mujer (y de sus hijos o herederos) se permite recurrir a la prueba testifical siempre que se trate de una cantidad que supere las 500 liras (hoy 2.000) en orden a las cosas que hubieren adquirido por título de sucesión o de donación (art. 1.445, párrafo 1.º); y pueden repetir, detrayéndolo de la masa, el valor de las cosas muebles pertenecientes a la mujer que no existan en especie al tiempo de la división, probando suficientemente dicho valor (art. 1.445, párr. 2.º). En las relaciones con los terceros la detracción a que se ha aludido no puede hacerse si no es observando el precepto del art. 1.437, el cual fué redactado para proteger a los terceros: en defecto de inventario o descripción de las cosas muebles o de otro título auténtico de propiedad, los terceros que hubieren contratado con el marido como administrador de la comunidad, no deben sufrir perjuicio alguno y podrán, por tanto, dichos terceros ejercitar su acción contra la masa. La mujer (o sus herederos) que sufran por causa de esto algún perjuicio, tendrán acción de reembolso contra la porción de la comunidad que corresponda al marido y subsidiariamente sobre los bienes particulares de éste (art. 1.446).

Disuelta la comunidad y hecha la división, cada uno de los cónyuges adquiere la propia cuota, deducidos que sean previamente los créditos de los terceros contra la comunidad; y cuando ésta no bastase a satisfacer dichos créditos, responderán subsidiariamente los cónyuges con sus patrimonios particulares, porque la cuota real del cónyuge en la comunidad se traduce en este caso en un pasivo. Pero en esta hipótesis se otorga a la mujer un singular beneficio, el cual halla su razón de ser en el hecho de que la mujer no tiene la administración; sin embargo, este beneficio constituye una verdadera anomalía con relación a los principios generales: al disolverse la comunidad, la mujer puede renunciar a la comunidad o aceptarla con beneficio de inventario con tal de que se sujete a las normas prescritas para la renuncia a la herencia y para el beneficio de inventario (ar-

título 1.344). Con este medio la mujer o sus herederos se exoneran de toda responsabilidad, recayendo ésta enteramente sobre el marido y su patrimonio (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—La comunidad de ganancias regulada en el Código civil italiano (artículos 1.433-1.446) es análoga a la *sociedad de ganancias* que nuestro Código civil establece (artículos 1.392-1.431) como régimen legal de los bienes en el matrimonio, en defecto de estipulación entre los cónyuges (art. 1.315 párr. 2.º).

Este régimen se inicia el mismo día del matrimonio, siendo nulos los pactos en contrario, y por él hacen suyos los cónyuges por mitad, al disolverse el matrimonio o declararse la separación de bienes, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el mismo matrimonio (artículos 1.393, 1.932, 1.417 y 1.434).

Como sociedad de ganancias, conservan los cónyuges la propiedad de sus bienes privativos, teniendo este concepto los aportados como tales al matrimonio y los adquiridos, subsistiendo éste a título lucrativo o subrogados en lugar de bienes propios (artículos 1.396 a 1.400 y 1.402), coexistiendo junto a éstos otros que constituyen el capital social integrado por los productos de los bienes propios o de la sociedad o del trabajo o industria de los cónyuges, los bienes adquiridos con tales productos y los incrementos y mejoras de los bienes propios de cada cónyuge obtenidos por aplicación a ellas de fondos sociales (artículos 1.401 y 1.403 a 1.406), y, en general, todos los bienes del matrimonio, mientras no se demuestre que son privativos del marido o de la mujer (art. 1.407).

Los bienes gananciales están afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, respondiendo de las obligaciones válidamente contraídas por cualquiera de los cónyuges mientras aquél subsista, mas no de las anteriores al matrimonio, a no ser que el cónyuge deudor carezca de bienes propios bastantes y siempre salvo el cómputo que de lo pagado ha de hacerse al liquidarse la sociedad (artículos 1.408 a 1.411).

La administración de los bienes gananciales corresponde al marido, quien puede también gravarlos o enajenarlos, mas por testamento sólo puede disponer de la mitad no pudiendo donarlos sino a los hijos o moderadamente para objetos de piedad o beneficencia y sin reservarse el usufructo (artículos 1.412 a 1.415). La mujer no puede obligar los bienes gananciales sin autorización del marido, salvo que se le haya transmitido la administración o por los gastos usuales de la familia (art. 1.416).

La sociedad de ganancias se extingue por muerte de uno de los cónyuges, por nulidad del matrimonio o divorcio, por haber sido declarada la ausencia de un cónyuge o por condena a pena que lleve consigo la interdicción civil (artículos 1.417 y 1.433).

La extinción de la sociedad determina su liquidación y partición (artículos 1.418-1.431), precedida aquélla de la formación del inventario, salvo renuncia a los beneficios de la sociedad hechos en tiempo hábil y en escritura pública (quedando a los acreedores el beneficio que concede el art. 1.001) y salvos también los casos de nulidad de matrimonio con mala fe de uno de los cónyuges o en los que haya precedido la separación de bienes (artículos 1.418 y 1.394, § 2.º).

Formado el inventario, en el que no se incluirá el lecho conyugal ni las ropas que usaba de ordinario el matrimonio, se abonará a la mujer la dote y los parafernales, deduciéndose del capital inventariado las cargas a que estén afectos los bienes de la sociedad, se abonará al marido

§ 113.—B. *Relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Régimen de separación de bienes*

Brugi, *Ist.*, 80, c; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 773; Chironi, *Ist.*, II, §§ 395, 405; Zachariae *Man.*, III, §§ 502 y 511; Aubry y Rau, *Cours*, VIII, §§ 351, 352, 541; Planiol, *Traité*, II, n. 1.426 y siguientes; Windscheid, *Pand.* 2, § 507 (1).

Cuanto de complejo (y aun de complicado) tienen los regímenes estudiados, tiene de sencillo el de separación de bienes; y se ha simplificado éste aún más cuando con la abolición de la autorización marital se suprimió toda ingerencia del marido en los bienes propios de la mujer. Simplificación, pero no mejora del régimen, como ya dijimos en otro lugar; y como con este sistema se hacen uno a otro extraños los patrimonios de ambos cónyuges, se rompe aquella unidad de dirección a que respondía la autorización marital y se niegan la cohesión y la cooperación que deben tener y realizar las fuerzas patrimoniales del marido y la mujer.

Separación de bienes es aquel sistema por el que cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disponibilidad de los propios bienes, los cuales no están sujetos a vinculación alguna ni destinados de un modo especial al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Están sujetos a estas cargas, pero del mismo modo genérico con arreglo al cual se distribuyen entre marido y mujer las cargas de la convivencia y los gastos de mantenimiento y educación de la prole: la mujer con sus bienes libres contribuye a las cargas del matrimonio en proporción a sus disponibilidades (artículos 1.426 y 138). Subsistiendo, no obstante, la obligación del marido de proveer a todas las necesidades de la mujer en proporción también de sus disponibilidades (art. 132).

su capital, constituyendo el resto el haber líquido de la sociedad, que se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos.

Las reglas del contrato de sociedad regirán en todo lo no previsto en el capítulo que el Código dedica a esta sociedad de gananciales (artículo 1.395).

(1) Véase también Benoit, *Traité des biens paraphernaux*, 1846.

Parafernales son (dice el art. 1.425) todos los bienes de la mujer que no hubieren sido constituídos en dote. Lo son, por tanto, aquellos que no están incluidos en la dote o en la comunidad o todo el patrimonio de la mujer cuando ésta no hubiere estipulado capitulaciones matrimoniales; con menos palabras, todos los bienes libres. De éstos conserva la mujer el dominio, la administración y el goce, sin ingerencia del marido en la administración ni en la disposición de los mismos; recíprocamente, la mujer tampoco puede ingerirse en los bienes del marido. Sin embargo, se permite la ingerencia del marido frecuentemente y como intervención de hecho, pero puede ser esta intervención legal también, cuando el marido hubiere recibido mandato de la mujer (art. 1.427).

Si existe mandato, éste puede contener la cláusula por la cual se obliga al marido a rendir cuentas del empleo de los frutos, o no contenerla. De este modo pueden darse tres hipótesis distintas, a las cuales se refiere la ley en los artículos 1.428 y 1.429:

a) El marido administra en virtud de mandato de la mujer con la obligación de rendir cuentas de los frutos: en este caso tiene el marido las mismas obligaciones que el mandatario y responde ante ellas como cualquiera otro mandatario (art. 1.428), según las reglas ordinarias del procurador (art. 1.745). b) El marido administra en virtud de mandato, sin tener la obligación de rendir cuentas de los frutos; él y sus herederos están obligados en caso de demanda de la mujer o de disolución del matrimonio a entregar los frutos subsistentes, no los ya consumidos (art. 1.429). c) El marido administra y goza los bienes sin mandato, pero sin oposición de la mujer; se estima que en este caso hay un mandato tácito sin la obligación de rendir cuentas y se aplica la misma norma anterior, o sea que hay obligación de restituir los *fructus extantes* (art. 1.429).

Pero en el caso de haber originariamente un mandato posteriormente revocado, o en el de no haberlo, es concebible el hecho de que el marido asuma, contra la voluntad de la mujer, la administración y el goce de los bienes de ésta: la oposición de la mujer, con tal de que sea cierta y demostrable, basta a justificar

el que se considere el marido como poseedor de mala fe e implica el deber en éste o en sus herederos de devolver además de los frutos *extantes*, los *consumpti* (art. 1.430) (1).

La gestión de los bienes parafernales (haya o no mandato), además de las responsabilidades finales, implica obligación durante la misma. La ley las resume todas remitiéndose a la figura del usufructo y declara que sobre el marido pesan todas las obligaciones que pesan sobre el usufructuario (art. 1.431). Pero de esto no se puede sacar la consecuencia de que el goce de los bienes por el marido sea equiparable al del usufructo, puesto que difieren la naturaleza jurídica y el contenido respectivo. La ley recurre a esta figura únicamente para determinar las obligaciones y siempre que se trate de verdadero y propio goce por el marido, no de mera administración por cuenta ajena.

Aunque el caso sea menos frecuente, puede ocurrir que la mujer administre y goce los bienes del marido; al reproducirse en este caso las mismas hipótesis anteriormente examinadas, se aplicarán respecto a su responsabilidad y a sus obligaciones (de la mujer) las mismas transcritas (art. 1.432).

Importancia muy notable tenía en este régimen la institución de la autorización marital que templaba los inconvenientes derivados de la separación; pero dicha institución fué abolida por la ley de 17 de Julio de 1919, núm. 1.176, quedando suprimidas cuantas disposiciones de los Códigos civil y de Comercio hacían referencia a ella.

Al lado del régimen de separación, como régimen ordinario figuran los casos de separación judicial como remedio para que cese el régimen dotal o el de comunidad. Pero las normas respectivas difieren entre sí (2).

(1) El art. 1.430 no hace alusión a los frutos *percipiendi* y por ello deben estimarse éstos excluidos de la obligación.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — El régimen de absoluta separación de bienes de los cónyuges sólo se conoce en nuestra legislación — fuera del caso de opción por tal sistema — como sanción, en los matrimonios contraídos contra las prohibiciones del art. 45 (art. 50, regla 1.^a), mas esto no quiere decir que se desconozcan en nuestro Derecho bienes cuyo dominio y administración corresponda en principio a la mujer; existen, y, como en el Código italiano, se llaman parafernales. Estos bienes son los

§ 114.—*Disolución del matrimonio y separación de los cónyuges*

Brugi, *Ist.*, § 82; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 355; Chironi, *Ist.*, II, §§ 406, 407; Zachariae, *Man.*, III, §§ 443-466; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, §§ 473-490; Planiol, *Traité*, I, números 1.131 y siguientes, números 1.290 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 510-512.

Tres especies diversas de causas extintivas o perturbadoras, que responden a tres conceptos jurídicos diferentes, pueden distinguirse en el matrimonio: la disolución, la anulación y la separación. Cada uno de estos modos de extinción difiere de los demás por su causa, por los efectos que produce y por su intrínseca naturaleza jurídica. *Disolución* es la cesación del vínculo conyugal que ha existido legalmente; ya reconozca por causa la muerte, la ausencia o el divorcio, debe ser siempre posterior a la celebración, nunca anterior o simultánea a ésta. Su efecto no es otro que la extinción del vínculo en el momento en que intervie-

que aporta la mujer al matrimonio sin incluirlos en la dote y los que adquiere después de constituida ésta sin agregarlos a ella (art. 1.381). La mujer conserva el dominio de los bienes parafernales, mas no puede enajenarlos, gravarlos ni hipotecarlos sin licencia marital, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos sin dicha licencia, a menos que sea judicialmente habilitada al efecto, pudiendo el marido exigir el depósito del metálico, efectos públicos o muebles preciosos, cuya administración tenga la mujer, para que ésta no pueda enajenarlos o pignorarlos sin su consentimiento (artículos 1.382, 1.387 y 1.388).

La administración de los parafernales puede ser ejercitada por la mujer o transferida al marido, quien la ejercerá con arreglo a las normas relativas a bienes dotales inestimados, no pudiendo enajenar por sí los bienes sin intervención o consentimiento de la mujer, y si con tal intervención los enajenase, la mujer podrá exigir constitución de hipoteca en garantía del precio que recibió el marido (artículos 1.384, 1.389 y 1.390).

Los frutos de los bienes parafernales están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio y también lo estarán los bienes mismos por los gastos usuales de la familia causados por la mujer o de su orden con la tolerancia del marido si los bienes del marido y los dotales no son suficientes para cubrir esas responsabilidades; solamente responderán de las obligaciones personales del marido los frutos de los parafernales cuando se pruebe que aquéllas redundaron en beneficio de la familia (artículos 1.385 y 1.386).

La devolución de los bienes parafernales cuya administración se transfirió al marido, tendrá lugar en los casos y en la forma prescrita para la de los dotales inestimados (art. 1.391).

ne o es reconocida la causa de disolución (muerte, sentencia que declare la presunción de muerte del ausente, sentencia de divorcio), respetándose, en cambio, los efectos (personales o patrimoniales) que se hubieren producido hasta el momento de la disolución. *Anulación* es la destrucción del vínculo conyugal, el cual sólo aparentemente ha existido, porque legalmente tal vínculo era imperfecto (y si se trata de nulidad, inexistente para el derecho); sus causas son los vicios que acompañan o preexisten a la celebración (y en caso de nulidad, la falta de elementos esenciales o la violación de impedimentos absolutos), por tanto, causas siempre anteriores o simultáneas a la celebración, jamás sobrevenidas. Su efecto es suprimir el vínculo conyugal como si no lo hubiere habido nunca, destruyendo los efectos que se hubieren producido ya, salvo las normas referentes al matrimonio putativo. *Separación* es, finalmente, una suspensión (temporal o permanente) de las principales manifestaciones del matrimonio—la convivencia, la asistencia mutua, la subordinación de la mujer al marido—sin que cese o se extinga el vínculo conyugal y con posible repercusión en las relaciones patrimoniales si acompaña a ella la separación de bienes. Sus causas son hechos distintos de aquellos que determinan la disolución o anulación y no produce efectos substanciales y permanentes comparables a los producidos por dichas disolución o anulación.

De la anulación (y de la nulidad) del matrimonio se trató ya (§ 108); de la separación de bienes se trató al estudiar el régimen dotal y el de comunidad (§§ III, 112). Debemos ocuparnos aquí de la disolución y de la separación personal.

I. *Disolución del matrimonio*.—La causa única de disolución del matrimonio según nuestro Código (art. 148) es la muerte.

No lo es la ausencia, porque ésta, por muy duradera que sea, no determina jamás en nuestro Derecho la declaración de muerte del ausente (1). Excepcionalmente para los desaparecidos en la guerra se admitió por la ley de 15 de Agosto de 1919, número 1.467, la disolución del vínculo conyugal, y se autorizó al cónyuge desaparecido para contraer nuevo matrimonio; y ello

(1). Contrariamente en otros Códigos extranjeros.

porque en orden a tales desaparecidos se admitió la presunción y declaración de muerte. Pero esta disolución es condicionada a la existencia de un segundo matrimonio y al no regreso del ausente; si el cónyuge del desaparecido no contrae nuevo matrimonio, subsiste el anterior (aunque apenas si surte algún efecto jurídico); si el ausente regresa, el segundo matrimonio puede ser anulado y el anterior resurge. Y se condiciona dicha disolución al no ejercicio de la acción de anulación, puesto que si el ausente vuelve, pero ninguno de los tres interesados ejercita la acción de impugnación, el primer vínculo conyugal no se restablece porque vive el segundo que excluye necesariamente al anterior por la incompatibilidad absoluta de los dos vínculos en la misma persona.

Tampoco el divorcio es causa de disolución. Nuestra ley ha rechazado de un modo absoluto esta institución por estimarla peligrosa y contraria al buen orden de las familias. Este sistema rígido que no acepta motivo alguno por grave e imponente que sea de disolución del matrimonio en vida de los cónyuges, fué acogido por el legislador de 1865, no sólo a imitación de la legislación francesa—la cual, habiendo admitido el divorcio en el Código napoleónico, lo abolió bien pronto con la ley de 8 de Mayo de 1816 (y no fué reestablecido sino 70 años más tarde por la ley de 27 de Julio de 1884)—, sino también por razones objetivas, por respeto a la tradición y al sentimiento y al pueblo italiano. Son dignas de recuerdo las discusiones, que tuvieron entonces, entre partidarios y enemigos del divorcio y que condujeron a la absoluta exclusión de éste para garantizar el orden y solidez de las familias. Dichas discusiones se han renovado muchas veces siempre que, con proyectos o proposiciones de ley (1), se ha intentado modificar el régimen vigente introduciendo en Italia el divorcio.

(1) De 1876 a 1880 se presentaron cuatro proyectos de ley a la Cámara por Morelli; uno en 1881 por el guardasellos Villa; otro por el mismo como Diputado en 1903; en 1901 fué presentado otro por Berenini y Borciani, y en 1902 otro por los Ministros Zanardelli y Cocco-Ortu; el último fué presentado por Mazangoni y Lazzarí. Ninguno llegó a ser discutido en las dos Cámaras.

Los partidarios de la reforma defienden ésta recurriendo a la lógica, a la ética, la política, al derecho comparado. Si el matrimonio es un contrato no hay razón que pueda justificar el que como todo otro contrato no pueda disolverse por mutuo disenso. El vínculo conyugal debe ser permanente, duradero, pero en tanto subsistan las condiciones objetivas y subjetivas que hacen posible la convivencia y armónicas la coexistencia y cooperación de ambos cónyuges. Constreñirlos a la vida común y ligarlos de un modo perpetuo cuando sea insostenible la cohabitación, es atentar contra el orden de la familia y provocar el desorden, el adulterio, el concubinato. Se citan los casos más graves: el del cónyuge que enloquece o es condenado a cadena perpetua o a otra larga pena restrictiva de la libertad personal, o el del que ha contraído una enfermedad incurable repugnante o contagiosa, el del que sea impotente con impotencia manifiesta y perpetua contraída con posterioridad al matrimonio, el del que ha atentado contra la vida del otro cónyuge, el del que está ausente. Se recurre al adulterio estimándolo una ofensa grave, una perturbación profunda de la vida familiar. Se invoca el ejemplo de las legislaciones extranjeras que en su mayoría admiten el divorcio, y se recuerda que en Europa solamente tres Estados lo rechazan: Italia, España y Portugal, debido a su gran catolicismo, mientras Austria lo admite para los acatólicos. Se afirma, finalmente, que en Italia la aversión al divorcio está fomentada y sostenida por la creencia religiosa y por el partido católico que ven en la indisolubilidad del matrimonio un reconocimiento del dogma de la Iglesia y del principio evangélico *Quod Deus coniunxit homo non separet*, lo que se opone abiertamente a los principios del Estado laico.

Todas estas razones son en parte falsas y en parte artificialmente exageradas, y en su conjunto revelan una visión unilateral y apasionada de tan grave problema. Lo demuestra el hecho de que siempre que se ha suscitado esta cuestión, las discusiones han surgido idénticas por el antagonismo entre el Estado y la Iglesia, entre el partido católico o clerical y el liberal o socialista. Y, sin embargo, la indisolubilidad, aun cuando

tradicionalmente se ofrezca como un producto de las enseñanzas de la Iglesia, rige en nuestro Derecho independientemente de la idea religiosa; fué declarado expresamente en las discusiones parlamentarias que precedieron al Código, el principio de la indisolubilidad en nuestro Derecho no halla su justificación en las creencias religiosas, sino en razones superiores que se refieren al orden ético y político de la familia y del Estado. Es un error el admitir el mutuo disenso fundando éste en la naturaleza contractual del patrimonio, porque (como se vió en lugar oportuno) es falsa la premisa. Esto fué puesto ya de relieve por Vigliani en su relación al Senado (1): «no es exacto llamar contrato al matrimonio por fundarse éste sobre el consentimiento de los cónyuges...; el matrimonio es una gran institución social que nace de la voluntad del marido y de la mujer, pero que recibe de la exclusiva e inmutable autoridad de la ley su forma, las normas que lo rigen y los efectos que produce». Hay, ciertamente, casos graves y lamentables que mueven a la piedad, y en orden a ellos o a algunos de ellos debiera admitirse el divorcio. Pero por un lado se objeta que con admitirlo se rebaja el espíritu de sacrificio que ennoblece y santifica el vínculo; por otro se opone la dificultad que entraña el discernir los casos verdaderamente graves. El problema se reduce a esta pregunta: ¿dónde detenerse en la elección y cuál el criterio para clasificar los casos que aconsejan el divorcio y los que lo rechazan? Y el peligro—aunque hubiese una ley muy restrictiva y rigurosa—consiste en la natural e irreprimible tendencia a ampliar la procedencia del divorcio aplicando a muchos casos menos graves o no graves la excepción consentida para los de verdadera gravedad: el hábito, la propensión a la disolución, harían considerar como disolubles muchos otros casos sobre los admitidos en principio. No sirve de nada el invocar las legislaciones extranjeras mientras no se demuestre que allí donde exista el divorcio, la moral pública y la solidez del organismo familiar son más elevadas y mayores que en Italia; y tal prueba no parece posible. Olvidan los partidarios del divorcio el argumento de daño

(1) Véase Gianzana, *Cod. civ.*, 1, pág. 265.

de la prole, a la que principalmente perjudica la disolución del vínculo de los cónyuges, quienes al contraer nuevas nupcias conceden sus preferencias casi siempre a los hijos del segundo matrimonio. Pero sobre todos es argumento de fuerza, no tanto, la consideración del perjuicio que causa el divorcio declarado y consumado, cuanto la del peligro que su posibilidad representa: la seguridad que los esposos tienen de que por una u otra causa pueden demandar, el divorcio haría más precipitados e irreflexivos los matrimonios y los cónyuges se sentirían también más inclinados a aumentar los motivos de las disensiones y discrepancias. Ya lo dijo Pisanelli en su discurso en el Senado (1): «Apenas si necesito decir que el nuevo Código no admite el divorcio. El divorcio produce graves daños, más graves aún para los hijos que para los cónyuges; el más grave de los perjuicios que entraña es el que implica la posibilidad. Si la ley fijase en el dintel del matrimonio y en su seno la ley del divorcio, esta idea empañaría la santidad de las nupcias, su honestidad; tal idea se convertiría dentro del hogar doméstico en una continua y amarga sospecha» (2).

La prohibición del divorcio es absoluta, de modo que el Juez italiano no podría declarar éste en orden a cónyuges extranjeros cuya ley nacional lo admitiese; con más razón aún, no podrá declararlo si se tratara de cónyuges originariamente italianos que luego se nacionalizasen en el extranjero. Y ello porque la familia es una institución de orden público y la aplicación de la ley na-

(1) Gianzana, *Cód. civ.*, I, pág. 10.

(2) Sobre el problema de la introducción del divorcio en Italia hay una abundante literatura monográfica, no toda valiosa, y respondiendo en su mayor parte a tendencias políticas y sociales, no a un contenido estrictamente jurídico; es una literatura ocasional florecida al tiempo de presentarse ante las Cámaras algún proyecto de ley. Descuellan, sin embargo, algunas monografías por el gran prestigio de sus autores, y a éstas limitaremos las citas: Gabba, *Pro e contro il divorzio*, Florencia, 1891; Filomusi, *Contro il divorzio* (en *Atti del III Cong. giur.*, Roma, 1897); Polacco, *Contro il divorzio*, Padova, 1892; Cimbali, *La questione del divorzio in Italia* (en *Studi di dir. civ.*, 2.^a edic., Turín, 1900). Véanse además, Gianturco, *Pref. al sistema di dir. civ.*, 3.^a edic., páginas 46 y siguientes, y en Filomusi, *Enc. Giur.*, 6.^a edic., páginas 388 y siguientes.

cional del extranjero cesa cuando dicha aplicación choca con el orden público interno (art. 12, disposición preliminar). Viceversa, si el divorcio fué declarado en el extranjero entre extranjeros, el principio de la nacionalidad que implica la necesidad de juzgar del estado personal del extranjero por su respectiva ley nacional (art. 6.º, disposición preliminar), exige que el cónyuge divorciado en el extranjero debe ser considerado como libre y facultado para contraer nuevo matrimonio en Italia.

A la sentencia extranjera de divorcio que haya de ejecutarse en Italia puede darse la necesaria ejecutoriedad mediante el correspondiente juicio; no constituye obstáculo a ello el principio del orden público, porque el Juez encargado de dar ejecutoriedad a la referida sentencia no pronuncia el divorcio, sino que reconoce simplemente el que fué legalmente pronunciado en el extranjero. Respecto a este punto tienen decisivo valor las normas contenidas en la Convención internacional de La Haya sobre divorcio y separación, celebrada el 12 de Junio de 1902 y convertida en ley italiana por la ley de 7 de Septiembre de 1905, n. 523.

Se impone, sin embargo, un límite infranqueable al reconocimiento de la sentencia extranjera para impedir que ciudadanos italianos casados cambien de nacionalidad asumiendo la extranjera e invocando la legislación del país donde se hubieren nacionalizado obtengan en éste el divorcio y luego vuelvan a Italia, adquieran su primitiva nacionalidad y traten de dar eficacia a la sentencia de divorcio extranjera solicitando su reconocimiento. En virtud de los artículos 2.º, 4.º y 7.º de dicha Convención, debe prohibirse no sólo la readquisición de la nacionalidad italiana, si que también debe negarse ejecutoriedad en el Reino a la sentencia extranjera por haber sido ésta provocada en virtud de un fraude (I).

(I) No parece que en los últimos tiempos nuestras Cortes de Apelación hayan aplicado siempre la convención: ha habido el caso escandaloso de italianos que cambiaban de nacionalidad para conseguir el divorcio y hacer valer éste luego en Italia. Ejemplo, las sentencias dictadas en Fiume, que con facilidad se hicieron ejecutivas en el reino por nues-

II. *Separación personal* (I).—Único remedio a las perturbaciones de la vida conyugal en un sistema que no admite el divorcio, es la separación personal de los cónyuges; que puede coexistir con el divorcio en las legislaciones que lo admiten y que puede utilizarse en todos aquellos casos en que el divorcio no se permitiría. La ley, en efecto, no puede imponer ineludiblemente, por muy rígida que sea, la observancia de los deberes matrimoniales y la convivencia a dos personas que no puedan en modo alguno tolerarse; pero tampoco puede la ley desatender la interrupción de hecho por los cónyuges de las relaciones matrimoniales, confiando al arbitrio de aquéllos una decisión que tan gravemente atenta al principio de la unidad familiar. De este modo la separación personal se convierte en una institución jurídica, en un estado (aunque patológico) matrimonial que la propia ley prevé y disciplina con normas determinadas. Cuando estas normas se observan se legitima la suspensión de algunos deberes matrimoniales; en caso contrario, habrá una infracción o violación de dichas normas.

En armonía con las doctrinas canónicas, que precisamente para suavizar el rigor del principio de la indisolubilidad admitieron la separación *quo ad thorum et mensam* (o sea en cuanto al lecho y a la mesa), nuestro Código regula la separación sobre la base de dos conceptos fundamentales. Uno es el que dicha separación produce la suspensión, no de todos los deberes conyugales, sino sólo de aquellos que son más incompatibles con la enemistad que ahora existe entre los cónyuges, o sean el deber de cohabitación, el de entrega recíproca del *jus in corpus*, el de la mutua asistencia. Todos los demás deberes subsisten por difícil y penosa que sea su observancia: la mutua fidelidad, la obligación alimentaria, no cesan entre los cónyuges separados, así

tras Cortes, no obstante ser evidente que la condición de ciudadano de Fiume se adquiriría para poder efectuar el fraude. Dicho abuso se suprimió, por lo menos para Fiume, por Real decreto de 20 de Marzo de 1924, número 352.

(1) Nassol, *De la separation de corps et ses effets quant aux personnes et aux biens*, 1831; Sechi, *La separazione pers. dei coniugi nella legisl. it.*, Turín, 1894.

que es posible que uno de los cónyuges se querelle contra el otro por adulterio de éste (1). En abstracto puede decirse que subsiste el poder marital, si bien—abolida la institución de la autorización—no puede dicho poder manifestarse concretamente, ya que la mujer separada no tiene obligación de seguir al marido y adquiere un domicilio propio e independiente (art. 18). El otro concepto es que la separación, por su esencia como estado anormal y tolerado, es precaria y transitoria; puede, ciertamente, durar toda la vida, pero debe estimarse, o por lo menos desearse, que sea de duración temporal; puede hacerse cesar en cualquier momento y sin necesidad de observarse forma alguna ni de que intervenga el Juez, con sola la reconciliación de los cónyuges y el establecimiento de la vida común interrumpida. Y así, mientras la separación está sujeta a gran rigor de formas y rodeada de muchas garantías, su fin está desprovisto de toda formalidad y se consigue mediante la *reconciliación* de los cónyuges (artículos 153, 157).

Se suele decir que la separación tiene lugar por causas indicadas en la ley y en los casos que ésta taxativamente enumera. Con esto se parafrasea el precepto del art. 149 del Código. Pero este artículo dice solamente que el derecho de pedir la separación no puede ejercitarse sino en los casos determinados en la ley: se habla, pues, de la separación demandada por un cónyuge contra el otro, o sea de una contestación que surja con motivo de la disensión que turba la vida conyugal. Puede haber entre los cónyuges un acuerdo pleno sobre la necesidad de separarse uno del otro; y a este acuerdo atribuye la ley eficacia, cualquiera que sea el motivo de la disensión. Admitida, pues, la eficacia de la voluntad concorde de los cónyuges, puede decirse que la separación se permite sin limitaciones y se remite al libre arbitrio de los interesados; la fórmula usualmente adoptada (incompatibilidad de caracteres) da idea de la ilimitación de la facultad de separarse. Esto a primera vista puede parecer censurable, pero la norma se justifica con la consideración de que si los

(1) La ley (Código penal, art. 356) priva, sin embargo, del derecho de querellarse al cónyuge que hubiere dado motivo a la separación.

cónyuges llegan a tal acuerdo es porque la vida en común se les ha hecho intolerable y el impedir la realización del propósito de separarse sería inútil y tal vez dañoso al interés familiar.

Hay, pues, según nuestro Código, dos especies de separación personal: una *judicial*, que presupone una contestación e implica un juicio en el cual cada cónyuge obra como actor frente al otro; otra *consensual*, que requiere, sí, la intervención del Juez, pero sólo para la aprobación. La primera tiene lugar en sede contenciosa, por causas determinadas en la ley, y produce efectos especiales; en la otra interviene el Magistrado, en funciones de jurisdicción voluntaria, no hay causas preestablecidas y sus efectos son menos graves.

I. *La separación judicial* se demanda por un cónyuge contra el otro cuando quien deduce la demanda pretende hacer constar que el culpable es el otro cónyuge, y que sobre éste deben recaer las consecuencias desventajosas de la separación (1). La culpa (que consiste siempre en la violación de uno de los deberes fundamentales del matrimonio) es la que produce estas consecuencias: el Tribunal, al decretar la separación, comprueba la existencia de la culpa, y la ley impone sanciones al cónyuge culpable, consistentes en determinadas desventajas patrimoniales. Pero puede ser el motivo que induce a accionar un mero interés moral, y muy frecuentemente es éste el único motivo para que conste ante la sociedad la inculpabilidad del actor. Nada impide que la culpa sea recíproca y que cada cónyuge haya violado el mismo deber matrimonial, o un deber el marido y otro la

(1) Insistimos en este elemento de la culpa, porque alguien ha dudado de la necesidad de la misma para que proceda la separación judicial: Se ha dicho también que las injurias graves, las amenazas contra el otro cónyuge sin haber *animus iniuriandi* o sin conciencia de amenazar, justifican la acción de separación ejercitada por quien sufre aquéllas. Esta tesis es insostenible: la separación judicial se funda en hechos culpables, en la responsabilidad contraída por infringir deberes conyugales; el Tribunal no podría decretar la separación si declarase no haber culpa en el demandado. Queda siempre abierta la vía a la separación consensual si la vida en común se hace imposible, porque en esta vía no se toleran las indagaciones sobre la culpa. En el mismo sentido, Venzi en *Pacifici, Ist.*, VII, pág. 391.

mujer; en este caso, ya accionen ambos el uno contra el otro o accione uno solo, puede haber una sentencia que decrete la separación por la culpa común, de modo que cada cónyuge sufra las correspondientes desventajas y la reprobación pública, que en esta materia pesa de un modo grave (1).

Ahora bien, una leve infracción de los deberes conyugales no puede ser causa legítima de separación; sólo pueden serlo los incumplimientos graves. Y, en general, puede decirse que en la violación de los deberes hay paridad entre marido y mujer; pero la misma naturaleza de las cosas exige que haya incumplimientos que sólo son posibles por parte del marido, porque a éste solamente se impone el deber violado (por ejemplo, la negativa a fijar una residencia), o bien, cuando el deber es común a ambos cónyuges, que se infrinja por uno de ellos más gravemente que por el otro (como ocurre con el adulterio). Teniendo en cuenta los deberes fundamentales de fidelidad recíproca, de mutua estimación y mutua asistencia, tienen carácter grave los incumplimientos o infracciones siguientes, que la ley reputa causas de separación, excluyendo toda otra:

a) El *adulterio*.—Supone violación del deber de mutua fidelidad y mancilla del tálamo con relaciones sexuales impuras. La ley (art. 150) distingue entre marido y mujer, requiriendo para el adulterio del primero el concurso de ciertas circunstancias agravantes necesarias para que la mujer pueda alegarlo como causa de separación.

Efectivamente, mientras el simple adulterio de la mujer, aun cometido una sola vez, basta para legitimar la acción del marido, la mujer puede accionar por adulterio del marido solamente cuando éste mantenga la concubina en casa o notoriamente en

(1) En realidad, no podría hablarse de culpa ni de incumplimiento de los deberes conyugales en el caso de condena a una pena restrictiva de la libertad personal. Sin embargo, también esta causa puede incluirse en el concepto de culpa en cuanto que el cónyuge que sufre la pena *quiso* el delito, y al *quererle* (con su efecto punitivo) ha imposibilitado por un hecho propio la observancia de los deberes de convivencia y de asistencia mutua.

otro lugar, o cuando la relación adulterina reúna circunstancias tales, que constituya una ofensa grave para la mujer. No basta, pues, en orden al adulterio, una relación cualquiera extraconyugal, sino que precisa continuidad en la relación, la cual, por e lugar en que se consuma (domicilio conyugal), por la notoriedad o por especiales circunstancias injuriosas, ofenda gravemente a la mujer en su dignidad, provoque escándalo o ataque o perturbe de modo profundo la armonía conyugal. Diferencia que (por más que digan los feministas) está justificada y unánimemente reconocida; el peligro que la mujer introduce en el matrimonio cuando mantiene relación sexual extraconyugal, aunque ésta consista en un solo acto de adulterio, no puede equipararse al adulterio del marido, que sólo es peligroso y grave cuando asume el carácter de relación concubinaria (art. 150).

b) El *abandono voluntario*.—Supone éste incumplimiento del deber de convivencia, y puede tal deber ser incumplido por una u otra parte. No se establece aquí diferencia alguna entre los cónyuges; lo infringe lo mismo la mujer que no siga al marido dondequiera que éste fije su residencia o que abandone la residencia fijada, como el marido que abandona a la mujer, aunque sea dejando a ésta en la casa conyugal. Pero el abandono debe ser voluntario, no forzado ni provocado por una causa ajena, y, además (aunque la ley no lo diga por suponerlo) arbitrario, injustificado. Por tanto, el momentáneo alejamiento del domicilio conyugal no legitimaría la acción de separación, ni tampoco la legitimaría el alejamiento duradero provocado por amenazas o malos tratamientos del otro cónyuge; ni tampoco, finalmente, el alejamiento injustificado con ánimo de volver, porque el *abandono* entraña una voluntad contraria al restablecimiento de la convivencia (art. 150).

c) Los *malos tratamientos* de que haga objeto un cónyuge al otro, la ley (art. 150) no emplea esta palabra, sino que habla de excesos de sevicias, de amenazas y de injurias graves. Y los intérpretes suelen considerar estos hechos como causas distintas que entrañan determinadas infracciones de los deberes de mutua estimación y asistencia. La expresión de la ley debe entenderse

como fórmula ejemplificativa, encaminada, no ya a fijar los hechos determinados que pueden ser motivos legitimadores de la acción, sino más bien a significar que los malos tratamientos deben ser de una cierta gravedad, como, *verbi gratia*, la intemperancia en las relaciones sexuales, los malos tratamientos de hecho, las violencias de toda especie, las ofensas a la dignidad y al honor, esto es, las injurias, etc. (1).

d) La *condena penal* que sufra uno de los cónyuges. Precisa que la condena sea grave, y el Código (art. 151) la determina adoptando la terminología del viejo Código penal, diciendo que ha de ser pena de cadena o reclusión perpetua de inhabilitación perpetua para el desempeño de funciones públicas, de reclusión o detención por tiempo no inferior a tres años.

La condena que autoriza el ejercicio de la acción es la que tiene lugar durante el matrimonio: quien se decide a contraer matrimonio con persona ya condenada acepta la suspensión forzosa de la vida común y el unirse en vínculo matrimonial con un delincuente. Sin embargo, la condena anterior puede ser ignorada por el otro esposo; en tal caso, la acción de separación es ejercitable (2). Esta causa de separación difiere por su fundamento de las restantes, porque sólo de modo indirecto puede hablarse aquí de culpa y de incumplimiento de los deberes conyugales; su verdadera justificación radica en el sentimiento del honor y de la dignidad que el otro cónyuge defiende, haciendo cesar la comunidad de vida y de intereses con el delincuente.

e) *La negativa del marido a fijar la residencia*.—El deber del marido de fijar la residencia y de fijarla de modo conveniente, esto es, a tenor de su posición social y de sus disponibilidades (artículos 131 y 132), del que deriva el de la mujer de acompañar al marido dondequiera que éste fije dicha residencia, pue-

(1) Confirma esto, Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 386, n. c., en donde puede verse como ejemplificación las aplicaciones prácticas jurisprudenciales.

(2) Pero, en realidad (y ello debiera tenerse en cuenta en la futura reforma del Código) sería más justo y socialmente más conveniente, conceder en tal caso la acción de anulación del matrimonio por error en la cualidad esencial de la persona.

de ser infringido no fijándola o fijándola de modo no conveniente. Y como este deber es unilateral, la acción de separación por esta causa corresponde a la mujer solamente (art. 152).

En los casos anteriores, la acción corresponde solamente al cónyuge y a nadie más, es intransmisible, no puede ejercitarse por subrogación, porque se trata de una relación estrictamente personal, en la que la valoración de los motivos del ejercicio de la acción no puede confiarse a un tercero, aunque éste tenga una potestad sobre el cónyuge, o sea, el representante legal del mismo (ejemplo, el tutor del cónyuge interdictado). El Tribunal, una vez admitida la demanda, comprueba si hay o no culpa, y aplica en el primer caso las sanciones establecidas por la ley; la ley prevé el caso de la culpa de ambos cónyuges y el de la culpa de uno de ellos. Respecto al procedimiento, el Código de Procedimiento civil (artículos 806-810) contiene normas especiales.

Estas sanciones, o sean, los efectos de la separación judicial son de un triple orden, pues se refieren a las relaciones personales de los cónyuges, a los bienes y a los hijos.

a) Respecto a las *relaciones personales*, el efecto fundamental consiste en la cesación de la obligación de convivencia, de las relaciones sexuales y—dentro de ciertos límites—de la mutua asistencia. Esta no cesa enteramente porque la obligación recíproca de alimentos, en caso de necesidad, no se extingue por la separación de los cónyuges. Tampoco éstos pueden eludir por la separación el deber de fidelidad. En esto es indiferente la circunstancia de la culpabilidad de uno u otro cónyuge.

b) En cambio, influye el elemento de la culpa respecto a los *efectos patrimoniales* de la separación. El cónyuge culpable pierde los lucros dotales, las utilidades que el otro cónyuge le hubiere concedido en el contrato matrimonial, el usufructo legal en los bienes de los hijos menores de edad (art. 156), el cual se transfiere (si el cónyuge culpable es el marido) a la mujer (artículo 231); pierde también el derecho de sucesión legítima (artículo 757). Por el contrario, el cónyuge inocente conserva todos estos derechos, y los conserva aunque en el contrato matrimonial se hubiere estipulado que los lucros y demás utilidades tu-

vieran carácter recíproco (art. 156, párrafo 1.º). Si la sentencia de separación reconoce culpa en los dos cónyuges, cada uno de éstos sufrirá las mismas pérdidas, salvo el derecho de alimentos en caso de necesidad (art. 156, párr. 2.º). Efectos ulteriores de la separación personal puede ser la separación de la dote y la disolución de la comunidad de bienes, como ya vimos en el lugar correspondiente.

c) Los efectos *respecto a la prole* son todavía más importantes. Rota la unidad familiar, representada por la casa común, habrá que proveer al destino de los hijos mientras no alcancen la mayor edad, así como a su protección, manutención e instrucción. La ley deja aquí un amplio margen a la discreción y a la prudencia de los Jueces y no pone límites o condiciones que se refieran a la culpa. Obliga al Tribunal a declarar cuál de los cónyuges debe tener la guarda de los hijos y proveer a su manutención, educación e instrucción; se le otorga también la facultad de ordenar, mediando motivos graves, el que se recluya los hijos en un establecimiento de educación o bajo la guarda de una tercera persona (art. 154), salvos siempre los derechos del padre y de la madre de vigilar su educación (art. 155). Podrá, pues, en el ejercicio de esta amplia facultad discrecional influir la culpa de uno u otro cónyuge y la naturaleza de la infracción; pero habrá de tenerse también en cuenta la edad y el sexo de los hijos, la condición social, la potencia patrimonial de ambos cónyuges, para adoptar las convenientes providencias y perjudicar lo menos posible a la prole.

Nada impide que ésta se distribuya entre los dos cónyuges, que se confíe (dada la tierna edad de los hijos) a la madre, aunque sea culpable, y luego al padre, que se distribuyan entre ambos cónyuges los gastos de manutención de la prole que se confía a la guarda de uno de ellos, etc.

II. *Separación consensual* (o *voluntaria*, como la llama el Código de Procedimiento civil) es aquella que sin previo juicio e independientemente de las causas que la provoquen, tiene lugar por acuerdo entre los cónyuges. Las causas pueden ser las mismas que darían lugar a la separación judicial; pero estas cau-

sas no se manifiestan y tienen el valor de simples motivos, ya que la causa (en sentido jurídico) se halla encarnada en el mutuo consentimiento. Este puede ocultar motivos leves, sinsabores o discrepancias que por sí no legitimarían la acción; causa única es la voluntad concorde de los cónyuges que acredita la intolerabilidad de la vida en común.

Porque la ley ha admitido esta segunda forma de separación se comprende y la admisión está plenamente justificada o los motivos son los que justificarían la separación judicial (renunciando el interesado a la acción y a sus efectos), queriéndose evitar el escándalo consiguiente a la publicidad del juicio; o son motivos menos graves («incompatibilidad de caracteres» es la fórmula usual para comprender éstos), no pudiéndose imponer a los cónyuges contra su voluntad la prosecución de la vida común. El único límite impuesto a la libre voluntad de los cónyuges es la necesidad de la intervención del Tribunal para autorizar el acuerdo (art. 158). A esta intervención debe preceder la exposición de las divergencias al Presidente y el intento del Magistrado de reconciliar a los cónyuges (art. 811 del Código de Procedimiento civil).

Efectos de esta separación son solamente los concernientes a las relaciones personales de los cónyuges, pues por causa del acuerdo entre éstos no se estima oportuno imponer caducidades o pérdidas de derechos patrimoniales. Respecto al destino de los hijos se proveerá en el mismo acuerdo, el cual, por esta razón, deberá ser aprobado por el Tribunal.

Reconciliación y fin de la separación.—Como el estado de separación significa una perturbación de las normales relaciones matrimoniales, la ley facilita y favorece su cesación. Esta facilidad que la ley otorga consiste en reputar suficiente para extinguir los efectos de la sentencia de separación o de la autorización de la separación consensual, un acto contrario de los cónyuges. La reconciliación de los cónyuges, como quiera que ocurra y cualquiera que haya sido la causa de su separación, es un feliz acontecimiento que, restableciendo la normalidad de las relaciones conyugales, no necesita reconocimiento ni aprobación

judicial (art. 157). Basta el reconstituir mediante la cohabitación las relaciones conyugales para que cese el estado de separación; a este fin puede agregarse una declaración expresa por la que los cónyuges renuncien a los efectos de la sentencia o a la convención que el Tribunal autorizó (art. 157). Es más, la reconciliación no sólo hace cesar la separación, sino que implica caducidad del derecho a demandarla y obstáculo al ejercicio de la acción, aun cuando dicho ejercicio se hubiere iniciado con la deducción de la demanda (art. 153). Todo esto debe entenderse con relación a las causas existentes en el momento de deducir la demanda; causas nuevas harán resurgir el derecho a demandar la separación sin que en modo alguno puedan utilizarse las anteriores que agotaron totalmente su eficacia.

Segundo matrimonio.—Disuelto o anulado el matrimonio, el cónyuge viudo, y en el caso de anulación ambos cónyuges, pueden contraer un ulterior matrimonio; en efecto, dichos cónyuges han readquirido su condición de libres y no hay motivo alguno para que la ley prohíba las segundas nupcias, si bien no las mire muy favorablemente. Se establece un único límite de tiempo con respecto a la mujer solamente para evitar la *turbatio sanguinis* y eliminar toda incertidumbre en orden a la paternidad de la prole. La mujer no puede contraer nuevo matrimonio antes de haber transcurrido, desde la muerte del marido o desde la anulación, los diez meses que comprende el término máximo legal de gestación (art. 57). Pero como es evidente, dicho límite deja de funcionar cuando la mujer hubiese dado a luz después de la disolución o anulación o cuando la anulación hubiese sido declarada por causa de impotencia manifiesta y perpetua (artículos 57 y 107), pues en ambos casos no hay peligro de incertidumbre de la paternidad.

El disfavor con que la ley mira las segundas nupcias que tiene una larga tradición en las legislaciones antiguas, obedece no a principios más o menos difundidos en la opinión pública, sino a una preocupación muy razonable por el destino de los hijos, pues ocurre muy frecuentemente que los hijos del segundo matrimonio son preferidos y antepuestos a los del primero; y

también suele ser preferido a éstos el mismo cónyuge (1). Para proteger la prole nacida del primer matrimonio contra los extravíos del sentimiento producidos por el nuevo vínculo, interviene la ley fijando límites especialmente en lo que afecta a las relaciones patrimoniales.

Una primera restricción afecta al derecho sucesorio en el conflicto que se plantea para el binubo entre el segundo cónyuge y los hijos del primer matrimonio. El art. 770 prohíbe al binubo dejar al nuevo cónyuge una porción mayor que la que hubiere dejado al hijo menos favorecido de los habidos del primer matrimonio. Una segunda restricción se refiere al usufructo legal correspondiente al padre o madre sobre los hijos menores de edad. Si el padre o madre contraen segundo matrimonio, dicho usufructo se extingue (art. 232) y los frutos y productos que produzcan los bienes de dichos hijos se reservan a los mismos y deben capitalizarse. Esta extinción es reputada por algunos como una penalidad conminada por la ley por el disfavor con que ésta mira las segundas nupcias, otros la estiman una medida de protección para los hijos del primer matrimonio en cuanto se trata de impedir que los frutos y productos de sus bienes se inviertan en provecho (y tal vez en exclusivo provecho) del segundo cónyuge y de los hijos habidos de éste, sustrayéndolos a sus legítimos titulares. Finalmente, mientras las citadas disposiciones son comunes al padre y a la madre que contraiga segundas nupcias, otras restricciones se aplican exclusivamente a la mujer y afectan a su libertad matrimonial o a su facultad de ejercer la patria potestad. La madre de hijos menores de edad que quiera contraer nuevo matrimonio debe convocar previa-

(1) Efectivamente; no son las segundas nupcias en sí y por sí lo que el legislador mira de modo desfavorable, sino sus consecuencias en orden a la prole nacida del primer matrimonio. Confirma esto el art. 850, que declara *contraria a la ley* la condición a que se sujeta un legado o una institución de heredero por la que se prohíben las primeras o ulteriores nupcias, equiparando el segundo matrimonio al primero. Otro alcance tiene la disposición contenida en los otros dos párrafos del mismo artículo: en ellos es supuesto el estado de viudez como requisito para adquirir o continuar el goce del legado o de la herencia.

mente un Consejo de familia, compuesto con arreglo a las prescripciones de los artículos 252 y 253 del Código civil. Este Consejo delibera acerca de si la mujer debe conservar la administración de los bienes y puede imponer a la mujer determinadas condiciones y hasta dictar normas relativas a la educación de sus hijos (art. 237). El Consejo de familia no es convocado para autorizar el matrimonio, el cual puede celebrarse sin la autorización de aquél; pero, como se ve, tiene dicho Consejo una ingerencia y un poder de vigilancia bastante amplios, pudiendo llegar hasta privar a la madre de su patria potestad. Y tan amplios son tales poderes que si la madre omite la convocatoria del Consejo, pierde *ipso iure* la administración, y el segundo marido responde solidariamente de las resultas de la administración que ejerció o conservó la mujer indebidamente. Para impedir que dicha administración continúe, se puede convocar de oficio dicho Consejo de familia y pedir que éste decida sobre las condiciones de la educación de los hijos o sobre el nombramiento de un curador para los bienes de éstos (art. 238). En todo caso cuando la madre conserve la administración, la ley establece que el nuevo marido se considere asociado a ella y responsable solidariamente con la mujer para con los hijos del primer matrimonio (art. 239) (I-2).

(1) Disposiciones estas quizás demasiado rígidas por su carácter general y absoluto que disminuye la dignidad y autoridad de la mujer sometiéndola a la voluntad de un Consejo de familia, incluso por lo que se refiere a la educación de los hijos. La protección debida a los hijos del primer matrimonio es aquí predominante solamente si se trata de la madre (no en cambio en el caso del padre binubo). De todos modos, no puede admitirse que los hijos tengan un derecho ilimitado para pedir a su madre cuenta de su administración, ni que este derecho sea equiparable al que asiste a cualquier administrado frente a su administrador extraño; hay de por medio la relación de potestad que implica reverencia y subordinación y que atenúa la obligación de rendir cuenta de los actos singulares de gestión.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — En nuestro Derecho, como en el Derecho italiano, solamente la muerte de un cónyuge produce la disolución del matrimonio (artículos 52 del Código civil español y 48 del Código civil italiano), sin que exista en nuestra legislación disposición análoga a la italiana de 15 de Agosto de 1919 dictada en orden a la situación personal de los cónyuges de los desaparecidos en la guerra.

Tampoco está el divorcio admitido en nuestra legislación, en la que rige para los católicos el *Codex Iuris Canonici*, admitido como ley del Reino por Real decreto de 19 de Mayo de 1919, y para los no católicos el Código civil, el que bajo el epígrafe «Del divorcio» estudia la separación personal y de bienes de los cónyuges, y no otra disolución del vínculo matrimonial, de igual manera que el Código italiano; mas es preciso anotar que hay casos especialísimos en que el Derecho canónico admite la disolución del vínculo: para el matrimonio rato y no consumado y para el consumado entre no bautizados, éste en virtud del privilegio Paulino (cánones 1.119 a 1.124).

Fuera de esos casos, para los católicos, éstos y los no católicos no pueden disolver el vínculo, sino únicamente obtener la separación personal, a la que tanto la legislación civil como la canónica designan con el nombre de divorcio. Las causas que lo originan son para el matrimonio civil: el adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resultare escándalo o menosprecio de la mujer; los malos tratamientos de obra o las injurias graves, la violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión; la propuesta del marido para prostituir a su mujer; el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución, y la condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua (artículo 105). En el matrimonio canónico el divorcio se origina por casi idénticas causas, mas otras de orden religioso, pero de una manera perpetua solamente por adulterio (cánones 1.129 a 1.131) No admite nuestro Código el abandono voluntario como causa de divorcio (art. 150 del Código civil italiano) y tampoco la negativa del marido a fijar la residencia (art. 152 del Código civil italiano), pero en cuanto a este caso, la mujer en nuestro derecho (art. 58 del Código civil) puede ser relevada, por ciertas causas, del deber de seguir a su marido.

La acción de divorcio corresponde solamente al cónyuge inocente (artículo 106) y la simple interposición de la demanda ya produce efectos, en orden a las personas de los cónyuges (separación, depósito de la mujer, cuidado de los hijos) y a las de sus bienes (señalamiento de alimentos, medidas para que el marido demandado no perjudique a la mujer en la administración de sus bienes) (artículos 68 del Código civil y 1.880 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento).

La sentencia de divorcio determina la separación de los cónyuges, la atribución de la patria potestad al cónyuge inocente o la constitución de tutela si ambos fueran culpables, la pérdida de toda ventaja patrimonial al cónyuge culpable, conservándola el inocente; la separación de bienes de la sociedad conyugal y la pérdida o la conservación de la Administración de los bienes de la mujer por el marido, según sea culpable o inocente (art. 73).

Mas como el estado de separación ha de procurarse sea transitorio, cuida nuestra legislación de mantener siempre abierta la puerta por donde llegar al fin de ella, mediante la reconciliación que restituye la primitiva posición de los cónyuges en el matrimonio y hace terminar el juicio de divorcio o los efectos de la sentencia, salvo los que se refieran a los hijos cuando se funde esta o en conato en connivencia de los cónyuges para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas (art. 74), volviendo a regirse la sociedad conyugal, en cuanto a los bienes, por las reglas establecidas por los cónyuges (art. 1.439).

El caso de separación de hecho, sin efecto alguno respecto al régimen de bienes, admitido en la legislación italiana como acto de jurisdic-

ción voluntaria, no está regulado expresamente en nuestro Derecho pero no se ve ningún obstáculo para admitirlo.

Las segundas nupcias no están prohibidas en nuestra legislación más que a la viuda en los trescientos un día siguientes a la muerte del marido o antes de su alumbramiento si hubiere quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo en los mismos casos y términos a contar desde su separación legal (artículos 45 del Código civil español y 57 del Código civil italiano).

Junto a estos casos de separación personal pueden presentarse otros en los que es posible decretar, sin ella, la separación de bienes (artículos 1.432 y siguientes del Código civil español).