

2ej 435



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE  
MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

La Disolución del Vínculo Matrimonial  
en el Derecho Canonico y en el Derecho  
Civil Mexicano

**T E S I S**  
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A  
**AVELINO C. TOSCANO TOSCANO**

México, D. F.

1 9 8 2

# I N D I C E

	Página
PROLOGO	I
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS	
A.- Breve referencia a los antecedentes históricos del matrimonio.	1
1. Formas históricas del matrimonio.	1
1.a. El "vagus concubitus".	1
1.b. La unión o emparejamiento transitorio	4
1.c. La monogamia.	5
1.d. El matriarcado.	7
2. Evolución del matrimonio.	10
2.a. Promiscuidad primitiva. Crítica.	11
2.b. Matrimonio por grupos.	13
2.c. Matrimonio por rapto.	14
2.d. Matrimonio por compra.	15
2.e. Matrimonio consensual.	17
2.e.1 Romano.	19
2.e.2 Canónico.	22
2.e.3 Civil.	27
B.- Antecedentes históricos de la disolución del vínculo matrimonial.	33
1. Pueblos primitivos.	33
1.a. India.	33
1.b. Egipto.	34
1.c. Grecia.	35
1.d. El pueblo hebreo.	36
1.e. Los persas.	42
1.f. Mahometanos.	42
1.g. Babilonia.	43

	Página
2. Derecho Romano.	44
3. Edad Media. (Derecho Canónico).	49
3.a. Concilio de Trento.	52
4. Epoca moderna.	60
4.a. Encíclicas.	60
4.a.1 Arcanun Dei (León XIII).	60
4.a.2 Casti Connubii (Pío XI).	65
5. Antecedentes en el Derecho Civil Me <u>x</u> icano.	70
5.a. Epoca pre-hispánica.	70
5.b. Epoca Colonial.	71
5.c. Epoca independiente.	73
5.c.1 Ley del matrimonio civil de - 1859.	73
5.c.2 Código Civil de 1870.	80
5.c.3 Código Civil de 1884.	86
5.c.4 Ley sobre relaciones familia- res de 1917.	87
Citas Bibliográficas.	90

## CAPITULO II

DERECHO COMPARADO.	94
A.- Breve referencia a la disolución del vín- culo matrimonial en el Derecho Comparado.	94
1. Derecho civil europeo.	95
1.a. Derecho civil portugués.	95
1.b. Derecho civil francés.	97
1.c. Derecho civil español.	100
1.d. Derecho civil italiano.	107
1.e. Derecho civil sueco.	110
1.f. Derecho civil alemán.	111
1.g. Derecho civil inglés.	113
2. Derecho americano.	114

	Página
2.a. Estados Unidos de Norteamérica.	114
2.b. Argentina.	115
2.c. Chile.	116
2.d. Colombia.	116
2.e. Costa Rica.	117
2.f. Honduras.	117
2.g. Nicaragua.	118
2.h. Perú.	118
2.i. Venezuela.	119
3. Derechos socialistas.	119
3.a. Rusia.	120
3.b. Cuba.	120
3.c. Alemania del Este.	122
3.d. Polonia.	123
3.e. República Popular China.	123
Citas Bibliográficas.	126

### CAPITULO III

DERECHO CANONICO Y DERECHO CIVIL MEXICANO.	127
A.- Clasificación de conceptos.	127
1. Nulidad.	127
2. Separación.	128
3. Divorcio.	130
B.- Derecho canónico.	132
1. La Ley Evangélica y los principios de - unidad e indisolubilidad del matrimonio. Propiedades esenciales.	132
2. La sociedad conyugal y el orden de la <u>na</u> turaleza.	143

	Página
3. De los impedimentos del matrimonio.	150
3.a. Impedientes.	152
3.b. Dirimentes.	155
3.c. Causas de nulidad.	167
4. De la separación de los cónyuges.	171
4.a. De lecho, mesa y habitación.	171
5. Divorcio.	173
5.a. Perfecto e imperfecto.	173
5.b. Privilegio paulino.	175
5.c. De las segundas nupcias.	178
6. La convalidación del matrimonio.	179
6.a. Subsanación en la raíz.	180
C.- Derecho Civil Mexicano.	182
1. Código Civil de 1928.	182
1.a. Impedimentos para contraer ma- trimoni.	182
1.a.1 Dispensas.	185
1.a.2 Causas de nulidad.	187
1.b. Causales de divorcio.	194
1.c. Causales de separación.	210
2. El divorcio.	212
2.a. Clases de divorcio.	213
2.a.1 Divorcio voluntario: Adminis- trativo y Judicial.	213
2.a.2 Divorcio necesario o Contencio- so.	219
2.b. La defensa del divorcio.	226
2.b.1 Juristas.	231
2.b.2 Filósofos.	236
2.c. El ataque al divorcio.	241
2.c.1 Juristas.	249

	Página
2.c.2 Filósofos.	257
Citas Bibliográficas.	263
CAPITULO IV	
IMPORTANCIA DE LA INTRODUCCION DE LA SEPARACION O DIVORCIO IMPERFECTO, COMO SITUACION PREVIA AL DIVORCIO DEFINITIVO, EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.	266
A.- Limitación de las cuasales de divorcio establecidas en el ordenamiento civil - vigente.	266
B.- El silencio legal en materia de separación de los cónyuges.	274
C.- Principios de discrecionalidad del Juez de lo Familiar para decretar el divorcio.	277
D.- Conveniencia socio-jurídica de instituir el divorcio imperfecto.	286
Citas Bibliográficas.	299
Reflexiones.	301
CAPITULO V	
CONCLUSIONES.	307
Bibliografía General.	313
Legislación.	316

---

LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL  
EN EL DERECHO CANONICO Y  
EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

"La indisolubilidad del vínculo matrimonial se funda en la recta razón; el divorcio vincular en la prevalencia de las pasiones. Como hombres nos distinguimos del resto de los animales por la razón: hagamos honor a ello".

Edmundo J. Carbone.

---

## PROLOGO.

He elaborado el presente trabajo con la idea de - que una tesis profesional constituye la manifestación de una inquietud surgida durante la permanencia del sustentante por las aulas de nuestra Alma Mater, respecto de algún tema concreto; que luego de estudiarlo con esmero, opina, conforma - su criterio y entresaca algunas conclusiones; las cuales no serán aceptadas por todos, pero que en definitiva significan señalamientos personales del alumno.

El mérito del trabajo es; entonces, la defensa de aquéllos, condicionados a la exposición detallada, serena e íntegra de diversas ideas u opiniones favorables y en contra rio que en la materia existan.

En este contexto, me preocupa el controvertido -- asunto de la disolución del vínculo matrimonial, mismo que - es tratado aquí a la luz del derecho canónico y del derecho civil mexicano. Parece contradictorio hablar de disolución en el derecho canónico, pero sin mayores reflexiones infiero que éste prohíbe, salvo ciertos casos, la disolución del enlace conyugal en virtud del carácter sacramental del matrimo nio, considerándolo símbolo de la unión de Cristo con su Igle sia; en tanto que nuestro derecho obedece, como casi todos - los ordenamientos jurídicos, a la liberalización legal del -



divorcio. Se expone; previamente, la evolución histórica del matrimonio, la regulación del divorcio hecha tanto en los -- pueblos primitivos como en el derecho civil mexicano.

Asimismo, se señala la voz del Cristianismo en es ta materia. Igualmente, realizo un análisis del tema según el derecho comparado; seguidamente, anoto la opinión oficial del derecho canónico de la disolución matrimonial a través - de las excepciones al principio de indisolubilidad y del pri vilegio Paulino. Se señalan las clases de divorcio y las -- causales previstas en nuestro régimen jurídico y, por último, concluyo en el capítulo IV con la proposición de la convenien cia socio-jurídica de instituir en nuestra legislación el di vorcio imperfecto, al que considero el mejor remedio para -- las crisis matrimoniales en atención a la proporcionalidad - de los perjuicios que origina el divorcio vincular; destacan do que esta clase de divorcio fue regulada ampliamente en le gislaciones nuestras abrogadas.

Estimo que un juicio de divorcio no favorece el - conflicto conyugal porque no corrige al cónyuge culpable, de nigras al inocente, debilita la institución del matrimonio y escandaliza a la sociedad; sin olvidar el pésimo ejemplo a - los hijos y sus consecuencias psicológicas.

A lo largo del trabajo se citan los distintos argumentos de divorcistas y antidivorcistas. Ambas partes sostienen serios planteamientos. No obstante; entiendo que aquellos tienen razones, pero no tienen razón, toda vez que centran su defensa en una lógica impecable que parte de una concepción individualista, según la cual el matrimonio es una institución creada en beneficio de los cónyuges. Por otra parte, los adversarios del divorcio contemplan el matrimonio como institución natural y moralmente necesaria, con relevantes consecuencias sociales que rebasan intereses estrictamente particulares.

En consecuencia, me adhiero a las tesis de estos últimos porque nos convence la idea de que el enlace conyugal si bien tiene por fundamento la diferenciación de los sexos, se basa en la razón; es ella -dice Ignacio L. Vallarta- quien nos persuade que el enlace tiene una naturaleza muy diversa de las uniones casuales de los brutos. Ahora bien, la indisolubilidad que se defiende implica la garantía de derechos de terceros, a saber, los hijos y el bien común. Los primeros en unión de sus padres forman la familia, soporte y raíz del Estado. Por tanto, es imposible referirse al divorcio vincular excluyendo la familia y el Estado.

Por ello, matrimonio-familia-Estado no son instituciones excluyentes, sino complementarias y armonizantes; - de donde se explica la participación del derecho en la defensa y regulación del matrimonio. Es por lo anterior que adopto las palabras finales del discurso pronunciado por Ezio Cusi ante la Barra Mexicana de Abogados: "Señores barristas, - yo suscribo y me adhiero a las enseñanzas de esta venerable institución (se refiere a la Iglesia), porque reconozco que el orden jurídico, muy respetable, muy entrañable, no constituye un fin en si mismo, sino que es instrumento para la realización de un fin superior".

Por último; habiendo admitido que el matrimonio - es fundamento de la sociedad familiar y esta a su vez, del - Estado; que los intereses del individuo deben sacrificarse, - aun cuando esto parezca cruel, en beneficio del núcleo familiar, colige que el divorcio vincular es nocivo para los esposos, perjudicial a los hijos y altamente dañoso a la sociedad. Por todo lo cual reconozco que el matrimonio indisoluble es una institución que responde, en definitiva, al llamamiento de un orden natural establecido y diseñado para la integración, complementación y desarrollo de la personalidad humana.

- V -

Consecuentemente, si el matrimonio indisoluble asegura las condiciones de perfectibilidad de las potencialidades del individuo, no hay razón para buscarlas en uniones - con caracteres distintos.

Avelino C. Toscano Toscano.

## CAPITULO PRIMERO

### ANTECEDENTES HISTORICOS

#### A.- BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO.

##### 1.- FORMAS HISTORICAS DEL MATRIMONIO.

1.a. "VAGUS CONCUBITUS". En realidad, se ignora - cuál haya sido la primera institución social reconocida como forma auténtica de la fijeza de las relaciones familiares. - Teorías de naturaleza psicológicas, zoológicas, etnográficas, sociológicas y evolucionistas; sostenidas entre otros, por Lewis H. Morgan, Lubbock, Lipper, Gumplowics y Engels, defienden que la forma más antigua de relación sexual en la especie humana es el "vagus concubitus" o prosmicuidad primitiva, la que se caracteriza por uniones sexuales efímeras carentes de vínculos permanentes entre el varón y la mujer.

Predomina en esta época, dicen dichas teorías, la total ausencia de la paternidad; lo cual es comprensible si se atiende a que la madre tenía cópula con varios hombres, - resultando imposible determinar cuál de ellos la fecundó. - Afirman que no existía entonces el concepto de familia, lo cual excluye evidentemente la posibilidad de entender el matrimonio con sus características y finalidades propias. Así, el fundamento familiar radica en impulsos sexuales, en instin

tos de aquel hombre primitivo salido apenas de la animalidad e incapaz de encontrar elementos racionales y trascendentes en una unión de naturaleza sexual.

Imposible era entonces la existencia de relaciones entre un solo hombre con una sola mujer. Por el contrario, imperaban las uniones sexuales colectivas; por lo cual, ante la incertidumbre de la paternidad, corresponde a la madre -- la manutención directa de los hijos hasta en tanto pudieran valerse por sí mismos.

Al respecto, no es vana la opinión corriente sobre la etimología de la palabra castellana matrimonio (matri monium, de matris monium) que significa carga, gravamen o -- cuidado de la madre.

Acertadamente, las Decretales de Gregorio IX concluyen que "para la madre, el niño es antes del parto oneroso, doloroso en el parto, y después del parto gravoso, por -- cuya razón el legítimo enlace del hombre y la mujer se ha de nominado matrimonio, mas bien que patrimonio" (1)

Surge en esta forma el matriarcado.

Lógico es concluir que aquella forma primitiva de

uniones sexuales se caracteriza por la práctica indiscriminada de la poligamia en sus dos variantes; la poliandria o poliviria (unión simultánea de una mujer con varios varones) y la poliginia (unión simultánea de un varón con varias mujeres).

Aparece de esta manera la poligamia.

Al abordar el tema, el P. Pesch en su Tratado de Economía Nacional, t.I, núm. 69 y relacionándolo con un sistema político colectivista, refiere:

"El sistema de la comunidad de mujeres (poliandria y poliginia a la vez) tal como Platón lo soñó para su república ideal y lo propusieron los representantes del comunismo, corresponde en realidad al nivel bestial de aquellas "primitivas" hordas humanas, sobre las cuales suelen fantasear a su sabor los sociólogos prehistóricos. Desaparecería en él todo vestigio de familia; y del amor y cuidado de ambos padres para con sus hijos, tan indispensables al bien de la Humanidad, de la veneración y estima de los hijos para con sus padres, de toda la obra de la educación en general, no quedará rastro alguno a causa de la incertidumbre de la paternidad" (2)

Por su parte, la Tradición cristiana apoyada tan-

to en el Antiguo como en el Nuevo Testamento, contempla al matrimonio como institución divina y en forma monógama.

En efecto, el libro del Génesis indica:

"Dijose entonces Dios: 'Hagamos al hombre a nuestra imagen y a nuestra semejanza, para que domine sobre los peces del mar ...' Y creó Dios al hombre a imagen suya, a imagen de Dios lo creó, y los creó macho y hembra; y los bendijo Dios diciéndoles: 'Procread y multiplicaos, y henchid la tierra...' (Cap. I, vers. 26-28). Y más adelante agrega:

"Por eso dejará al hombre a su padre y a su madre; y se adherirá a su mujer; y vendrán a ser los dos una sola carne" (Cap. II, vers. 24).

En el Nuevo Testamento, San Pablo, ratifica las enseñanzas que acabamos de transcribir, en su Epístola a los Efesios (Ef. 5.31).

1.b.- LA UNION O EMPAREJAMIENTO TRANSITORIO.- Al respecto, Eleutherópulos en su Soziologie (2a. ed. p. 39) -- sostiene que la primitiva forma de relación sexual en la especie humana es la que él denomina "unión o emparejamiento -



transitorio". Añade que esta forma "matrimonial" presenta -  
cierto grado de estabilidad en la pareja, toda vez que ésta  
permanece unida hasta el destete de la prole y, una vez ocu-  
rrido ello, cada uno queda en libertad para efectuar poste-  
riormente nuevas e independientes uniones transitorias (3).

1.c.- LA MONOGAMIA.- Puede afirmarse con toda pro-  
piedad que a esta forma histórica del matrimonio pertenecen -  
los diversos romano, canónico y civil (de los que se habla-  
rán más adelante); aunque no debe perderse de vista que la po-  
nogamia se presenta, transitoriamente, durante las épocas del  
matrimonio por raptó y del matrimonio por compra.

Sobresale en la institución de la monogamia la rela-  
ción familiar fija, regulada por la ley ó por la costumbre. -  
La poliandria tiende a desaparecer paulatinamente. No obstan-  
te ello, se presenta excepcionalmente debido a la escasez de  
mujeres, de tal manera que una misma mujer tiene por maridos  
a varios hombres. En realidad; dentro de la monogamia, la po-  
liandria rara vez llega a manifestarse, pues la sola idea de  
monogamia excluye la posibilidad de cualquier forma de poliga-  
mia.

Por propia definición, la monogamia significa la -

unión conyugal entre un solo hombre y una sola mujer. El -- Cristianismo, desde sus orígenes, vió en el enlace monogámico como la única unión conyugal válida, moral y religiosamente, por la que un hombre y una mujer pueden hacer vida marital.

Así se confirma de la lectura del siguiente texto bíblico:

"Cuanto a las cosas de que me escribisteis, bien es al hombre no tocar mujer. Mas a causa de las fornicaciones, cada uno tenga su mujer y cada una tenga su marido (Cor. 7,- 1-2).

Dos ventajas propiciaron la aparición de la monogamia: a) el amor filial y la consiguiente certidumbre en los descendientes, y b) la ventaja económica. Esencial es en el matrimonio el reconocimiento de la paternidad que implica en los progenitores un importante estímulo en la vida; mientras que en los hijos provoca una protección y una base sólida de desarrollo humano. La procreación trae consigo múltiples responsabilidades, circunstancia que destaca y cobra vida con la venida de la monogamia; en la cual el marido, de manera independiente, dirige las finanzas y los negocios familiares sin la ayuda de la mujer. De esta suerte, el marido está en posi

bilidad de acrecentar sus bienes y formar un patrimonio familiar, situación que resultaba imposible durante la vigencia de las relaciones poligámicas.

Con la aparición de la monogamia se logran la permanencia y plenitud en las relaciones familiares, lo que reporta a la familia y a la sociedad un sin número de ventajas.

1.d.- EL MATRIARCADO.- Es opinión común de la corriente sociológica el ubicar a las formas poligámicas del matrimonio, como el "vagus concubitus" o promiscuidad primitiva; el matrimonio por grupos y la unión o emparejamiento transitorio, dentro de la institución del matriarcado, en la cual quien gobierna la casa es la mujer.

Entiéndase por matriarcado -señala el canónigo de la Catedral de Barcelona, José María Llovera- un sistema de organización familiar, dentro del cual la determinación de la familia a que pertenece el individuo se verifica, no por relación al padre, sino a la madre. La madre viene a constituir como el centro y cabeza de la familia. Son parientes de un individuo todos los que tienen con él descendencia común de una misma madre. El régimen y administración de la

casa están a cargo de la madre o del hermano de la madre, no del esposo.

Bachofen y Morgan, principales defensores del matriarcado, sostienen que éste --considerado como período o fase general de la evolución familiar en todos los pueblos-- tiene estrecha vinculación con el "vagus concubitus" (4); o sea, con las formas matrimoniales típicamente poligámicas.

Suponen que el matriarcado encuentra su base sociológica en la hipótesis del feminismo. Bachofen apunta -- que en el período primitivo de la historia, la autoridad era ejercida por la madre y que el marido, de condición inferior a la mujer, vivía subordinado a ella dentro de la casa. Concluye que la evolución de la sociedad parte de una etapa inicial de promiscuidad; más tarde aparece el matriarcado o -- predominio de la mujer y finalmente se instaura la autoridad del varón, con el patriarcado.

Sánchez Azcona explica que en el matriarcado la -- mujer adquiere plena autoridad, convirtiéndose en el núcleo en torno de cual giran las relaciones conyugales; ella se -- encuentra en una situación privilegiada, fija los derechos -- y obligaciones de los miembros del grupo familiar y organiza

sus funciones, logrando una influencia determinante en las actividades económicas y en los sentimientos afectivos (5).

CRITICA.- Lombroso y Ferrero sostienen que entre los animales inferiores, la hembra tiene una superioridad -- marcada; pero no ocurre lo mismo en una escala zoológica superior, en la cual se invierte el orden. Aplicando la idea a las sociedades humanas, se infiere que en ellas, con raras excepciones, la sujeción de la mujer ha sido la regla; sujeción tanto más dura cuanto menos adelantada se hallaba la civilización.

En las sociedades primitivas la mujer era tratada con exagerada brutalidad en razón de su natural debilidad y del imperativo de la fuerza. Miraglia, en su Filosofía del Derecho, edición española; t. II, p. 291, señala:

"Una ginecocracia concebida como señorío organizado de la mujer no era posible en los tiempos primitivos, en los cuales el sentido del poder y la conciencia del -- propio ser no estaban desarrollados en ella, y en que siempre dominaba la fuerza" (6).

En consecuencia; deducimos que, salvo raras excepciones, por lo general ha prevalecido el patriarcado, en el que el padre se erige en amo y jefe del grupo familiar. Figura que alcanza su máxima relevancia en el derecho romano.

2.- EVOLUCION DEL MATRIMONIO.- La doctrina jurídica señala cinco etapas en la evolución del matrimonio: a) la promiscuidad primitiva; b) el matrimonio por grupos; c) el matrimonio por raptó; d) el matrimonio por compra y e) matrimonio consensual (romano, canónico y civil).

Cabe destacar que dentro de cada fase histórica han figurado determinados fenómenos; exclusivos en unas y accidentales en otras, a saber: la poligamia, la monogamia y el matriarcado.

Igualmente, es menester señalar que "pretender incursionar en la historia tratando de rastrear los orígenes del matrimonio sería tarea condenada de antemano al fracaso, por los escasos elementos de certeza con que cuenta el investigador en tal sentido". Tal vez sean exactas las afirmaciones de Nestermark, R. (Historia del matrimonio en la especie humana, Buenos Aires, 1946) en el sentido de que no hubo etapa del desarrollo humano en que no haya existido el matrimo-

nio. (7)

2.a.- PROMISCUIDAD PRIMITIVA.- En último análisis, viene a constituir esta el "vagus concubitus", que como hemos visto, se caracteriza por la incertidumbre de la paternidad y la inexistencia de la familia propiamente dicha. Subsiste en cambio, la idea de que toda raíz familiar obedece a "pasiones del momento, frenadas nada más por el miedo a las consecuencias", sin que exista la convicción de la gran responsabilidad que trae consigo el matrimonio.

La promiscuidad primitiva encuentra su base sociológica del amor libre o libertismo sexual, Cicerón dice que "hubo un tiempo en que los hombres vagaban por los campos como animales ...; entonces no había nupcias legítimas, y los hijos eran desconocidos de sus propios padres".

La idea transcrita define perfectamente la promiscuidad primitiva.

Lewis, H. Morgan indica que son exclusivos de este período de salvajismo sexual, la poligamia y el matriarcado (8).

Mac-Lennan y Bachofen, también de la corriente --

sociológica, conceden a la promiscuidad el honor de primerísima etapa de la organización familiar. Se trata -dicen- de un estado de libertad sexual o vaga venus, en el cual el amor libre entre hombres y mujeres no tenía más norma que su inclinación y sus pasiones. Spencer al referirse a esta figura promiscua apunta:

"Encontramos originariamente un estado en que la familia, tal como nosotros la comprendemos, se puede decir que no existía. En los grupos diseminados de los hombres primitivos no hay orden establecido; todo es indefinido, inorganizado. Así como son desordenadas las relaciones entre un hombre y otro, así son también entre hombres y mujeres. No hay otra norma que las pasiones del momento refrenadas únicamente por el temor de las consecuencias" (9).

CRITICA.- La vieja teoría de la horda promiscua, como primera forma de la cual emana toda relación familiar, ha encontrado diversas críticas como aquella de que la Humanidad no se hubiera conservado; ni menos aún perfeccionado, en medio de aquellos imaginarios desórdenes, contrarios a la educación de la prole y a la saludable formación monógama de la familia. El sentimiento de los celos -negado por Engels- y el amor a la prole, dicen Darwin y Sumner Maine, constitua-



yen una prueba de orden psicológico "que seguramente hubie--  
ran repugnado la promiscuidad sexual". Es claro que la natu  
ral posesión exclusiva de la mujer y el amor hacia los hijos  
son poderosos elementos humanos que desmienten todo razona--  
miento a favor de la promiscuidad, como forma originaria de  
toda relación familiar.

Finalmente, adoptamos la idea de Ralph Linton de  
que "la vieja idea de una horda promiscua como punto de par-  
tida de la evolución de la familia se basaba en la misma cla  
se de lógica que consideró a la familia victoriana como el -  
peldaño final de la evolución social, pero lo cierto es que  
carece de toda otra base" (10).

2.b.- MATRIMONIO POR GRUPOS.- Ya no aparecen ele-  
mentos instintivos en la relación, como ocurre en la fase an  
terior, sino destacan fenómenos religiosos. Se creía que --  
los miembros de una tribu eran hermanos entre sí y, por esta  
razón, existía impedimento para contraer matrimonio con muje  
res del propio grupo; por lo cual, celebraban matrimonio co-  
lectivo, formando un solo grupo y del cual derivan iguales -  
derechos y deberes para todos ellos. Por ejemplo, todos y -  
cada uno de los maridos estaban obligados a proporcionar a -  
todas las esposas e hijos, alimentación y protección; por su

parte, las mujeres debían atender a todos los esposos e hijos. Se implantó, como vemos, la división del trabajo.

Aun cuando no existen tan arraigadas las relaciones promiscuas, persisten la incertidumbre de la paternidad, la poligamia y sus variantes, así como la supremacía del poderío materno.

2.c.- MATRIMONIO POR RAPTO.- El maestro Ortiz Urquidí acertadamente apunta:

"la mujer se consideraba como parte del botín de guerra, adquiriéndolas en propiedad los vencedores, de la misma manera que se apropiaban de bienes o de animales" (11).

Efectivamente, el raptor se apoderaba violentamente de una mujer para casarse con ella. Aquel consideraba tener un derecho de propiedad sobre ésta, exigiéndole fidelidad y obediencia.

La figura del matrimonio por rapto trae consigo la paulatina desaparición del matriarcado. Esta vez, la condición de los hijos no es la de la madre, sino la del padre.

Además se presentan dos innovaciones; la aparición de la paternidad y la unión monogámica. Es entonces cuando el esposo, padre o marido, representa la máxima autoridad en el seno familiar, en tanto que la madre pasa a ocupar la condición de hija bajo la potestad marital.

El elemento jurídico en el matrimonio por raptó es la posesión o apoderamiento de la mujer, nunca el consentimiento.

2.d.- MATRIMONIO POR COMPRA.- Este se perfecciona hasta el momento en que la hija era entregada a un hombre por quienes tenían derecho sobre ella, y este pagaba un precio determinado. El consentimiento de la mujer era sustituido por el de los padres, los cuales recibían el precio de la venta. En ocasiones, tampoco se tomaba en cuenta la voluntad del novio, ya que eran sus padres quienes trataban la compra.

Con esta etapa histórica se consolida la monogamia, toda vez que la compra de la mujer concedía al marido el derecho exclusivo de disponer de la mujer. Igualmente, se "institucionaliza" el patriarcado, es decir, el reconocimiento de la patria potestad.

El matrimonio por compra presenta dos modalidades: el matrimonio por servicio y el matrimonio por intercambio. En el primero, el novio presta sus servicios a los padres de la novia durante un cierto tiempo en calidad de pago. El si guiente texto bíblico da testimonio de ello:

"Amaba Jacob a Raquel, y dijo a Labán: 'Te serviré siete años por Raquel, tu hija menor'. Y contestó Labán: 'Mejor es que te la dé a ti que dársela a un extraño. Quédate conmigo'. Y sirvió Jacob por Raquel sie te años, que le parecieron sólo unos días, por el amor que le tenía (Gén. 29, 18-20).

La segunda modalidad consiste en entregar como pago otra mujer a cambio de la novia. Se entregaba a la hija como esposa a cambio de recibir a otra mujer.

La potestad del padre está por encima de los miembros de la familia; autoridad en principio ilimitada que bien podía disponer de la vida de sus hijos y esposa; o bien, dar en matrimonio a sus hijos sin su consentimiento. Se llegó al extremo de considerar al padre como dueño de la mujer, sus hijos y los bienes.

2.e.- MATRIMONIO CONSENSUAL.- Cada "momento" en la génesis del matrimonio presenta particularidades propias. Aquí, notamos una; la libre manifestación de voluntades "entre un hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie". Comienza a tomar forma el moderno concepto del matrimonio.

Sin embargo, es sabido que el derecho ha prescindido muchas veces del consentimiento de los contrayentes para unirse en matrimonio. Ello obedecía a aquel primitivo derecho de propiedad, que como hemos visto, tuvieron los padres sobre sus hijos. Era frecuente, sobre todo en las mujeres, que fueran vendidas por sus padres o dadas en matrimonio desde la infancia. Plutarco relata que en la antigua Italia las hijas eran compradas en matrimonio antes de cumplir los doce años. En Atenas, la mujer era casada por su padre, por su hermano o por el abuelo paterno. Era usual también que el padre dispusiera de sus hijas en el testamento.

Ante este marco, intervino la tendencia orientadora y armónica de la Iglesia Católica; quien respetuosa con el amor y voluntad de los contrayentes, puso límites racionales a la potestad de los padres cuando éstos eran arbitrarios.

exclusivos de la voluntad y porvenir de las hijas.

Don Felipe Clemente de Diego resume la evolución histórica del consentimiento paterno del siguiente modo:

Primer grado.- Matrimonio concertado por el padre sin contar con la voluntad y consentimiento de los hijos.

Segundo.- Reconocimiento de la personalidad de -- los descendientes, requiriendo en voluntad y consentimiento, pero siendo imprescindible el del padre, con tal fuerza, que sin él no hay matrimonio válido.

Tercero.- Consentimiento materno necesario, pero no hasta el punto de que sin él no hay matrimonio, (Derecho Canónico) (12).

El consentimiento, señala el maestro Ortiz Urquidí, es la culminación de la institución del matrimonio, dado que se presenta como una libre manifestación de voluntades - del hombre y de la mujer que se unen para constituir un esta do permanente de vida, con el fin de ayudarse a soportar el peso de ésta y perpetuar la especie, que es justamente el con cepto de matrimonio moderno (13).

Finalmente, concluimos este punto con la idea del autor español Castán Tobeñas de que el consentimiento es el elemento mediante el cual la unión matrimonial adquiere sentido y significación, y aún teniendo en cuenta ciertas desviaciones históricas, puede decirse con verdad: matrimonio es consentimiento (14).

2.e.1.- MATRIMONIO ROMANO.- En el derecho romano el matrimonio se daba solo entre libres denominándose *Iustum Nuptiales* o *Iustum matrimonium*. El *contubernium* o convivencia sexual entre esclavos autorizado por los señores, no era considerado como matrimonio. El concubinato nunca llegó al nivel del matrimonio justo; a pesar de ser considerado tal, dadas las consecuencias jurídicas que de aquel se derivaban. Dice Ramón Trevijano que el concubinato se distinguía del matrimonio como una forma menor de vinculación sexual, que tenía lugar donde estaba prohibido el matrimonio por diferencia social o se tenía por inadecuado. Era, pues, en primera línea, una vinculación semejante al matrimonio de personas a quienes no estaba permitido casarse entre sí. La consideración popular aproximaba luego el concubinato al matrimonio (15).

El concubinato, dice Ventura Silva, constituía un

hecho natural, un estado de vida al cual el derecho le concede efectos jurídicos. No se trata de una relación jurídica ni de un acto jurídico, sino más bien el matrimonio es una convivencia entre el hombre y la mujer, recogida por el Derecho Romano (16). No existen pues, formas legales para contraer el enlace conyugal, toda vez que el vínculo matrimonial en el derecho romano era solo una relación natural con consecuencias jurídicas.

Tres son los elementos constitutivos del matrimonio romano:

- a) Se trata de uniones duraderas y monogámicas - de un hombre y una mujer.
- b) Los sujetos tienen la intención de procrear - hijos y apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida. La tradicional frase de que el consensus y no el concubitus hace el matrimonio (...) significa, quizá que el hecho de continuar armonizando (co-sentir) y no el hecho de -- compartir el mismo hecho, es la base del matrimonio.
- c) Se trata de una forma socialmente respetada y no se exigía formalidad jurídica o intervención estatal algu



na (17).

Modestino concibe al matrimonio romano como "la -  
unión del hombre y de mujer, implicando igualdad de condición  
y comunidad de derechos divinos y humanos".

Concepto que incluye dos elementos:

1.- La deductio o corpus.- Unión material del hom-  
bre y de la mujer.

2.- El animus o affectio maritalis.- La consecra-  
ción espiritual de una comunidad de vida al amparo de los de-  
rechos divinos y humanos. Los juristas romanos parecen haber  
configurado la doctrina de que la característica del verdadero  
matrimonio es una peculiar affectio maritalis.

En efecto, el matrimonio se hallaba integrado por  
dos importantes elementos fundadores: a) la deductio o ---  
unión duradera del hombre y la mujer en un sentido elevado -  
que permite a los cónyuges llevar una vida en común. Se tra-  
ta de un elemento exterior que no implica ciertamente la -  
sola conjunción sexual, aunque con la deductio se inicia la  
cohabitación; por virtud de este fundamento físico, la mujer

es puesta a disposición del marido; aquella comparte la posición social de éste, y b) la affectio maritalis, factor espiritual que vivifica el elemento material o corporal, es la intención y voluntad continuas de los cónyuges de estar unidos en matrimonio, mantener la vida común y conseguir los fines de la sociedad conyugal.

2.e.2. MATRIMONIO CANONICO.- No es sino hasta el año de 1563, con el Concilio de Trento, cuando la Iglesia Católica se arroga el derecho de regular lo relacionado con las cuestiones matrimoniales, considerándolas como de su exclusiva competencia. Oficialmente se considera el Concilio de Trento quien regula el matrimonio con normas canónicas de modo definitivo y le concede carácter de Sacramento con base en la Ley Evangélica.

En efecto, San Mateo y San Pablo anuncian el rango sacramental del matrimonio.

Resulta imprescindible determinar el concepto del término "Sacramento", el cual deriva de la voz latina "sacramentum"; de sacer, sagrado. La expresión "misterio" es equivalente a la palabra "sacramento" y significa cosa sagrada, oculta o secreta. San Pablo (Ef. 5, 32) alude al término -

"misterio" al referirse al matrimonio.

Santo Tomás de Aquino define a los Sacramentos como signos prácticos de la Gracia, instituidos por Dios, moralmente necesarios y convenientes para que el hombre pueda conseguir su salvación eterna (18).

Antonio Royo Marín, recogiendo la idea del Doctor Angélico, define a los Sacramentos como "cosas sensibles que, en virtud de ciertas palabras significan una realidad sagrada que santifica a los hombres (19).

San Pablo, en su Epístola a los Efesios (2 22-23) confirma el carácter sagrado del matrimonio, equiparable a la unión de Jesús y la Iglesia:

"Las casadas estén sujetas a sus maridos como al Señor; porque el marido es cabeza de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia y salvador de su cuerpo. Y como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres a sus maridos en todo. Vosotros, los maridos, amad a vuestras mujeres, como Cristo amó a la Iglesia y se entregó por ella... Los maridos deben amar a sus mujeres como a su propio --

cuerpo. El que ama a su mujer, a sí mismo se ama, y nadie aborrece jamás su propia carne, sino que la alimenta y la abriga como Cristo a la Iglesia.. Gran misterio es éste, pero yo lo aplico a Cristo y a la Iglesia".

Por su parte, San Mateo reconoce el atributo sagrado del matrimonio, instituido por Jesucristo, al sentenciar:

"Lo que Dios ha unido no lo separe el hombre" (19, 6).

Lanza=Palazzini escribe:

"El Matrimonio es un misterio. Su más profundo - sentido no es accesible a fuerzas de reconocimiento puramente naturales; le es propia una característica que la razón humana no puede alcanzar sin la revelación divina; se ha substraído de la esfera puramente profana y se ha colocado en el ámbito de lo sagrado. Las verdaderas profundidades de este misterio solamente se abren al que reconozca su contenido en el sentido paulino. En su sentido - más profundo el matrimonio es un mysterium magna,

ya que es una imagen de la misteriosa unión existente entre Cristo y su esposa mística, la Iglesia" (20).

Así pues, el Concilio de Trento (1545-1563) retomando las enseñanzas de la Nueva Ley, impone como dogma de fe que el matrimonio es uno de los siete Sacramentos, anatematizando a quien así no lo creyere. Define el matrimonio como un contrato-sacramento en el que se combinan el elemento humano con el divino. En tal base se apoya el Derecho Canónico para imprimirle carácter sagrado al matrimonio. Ya antes, el Concilio de Verona de 1184 se pronuncia en el mismo sentido, al igual que los diversos de Lyon y Florencia, de 1274 y 1439 , respectivamente.

El matrimonio canónico se concibe pues, como la unión indisoluble de Cristo con la Iglesia y constituye un sacramento solemne, cuyos ministros son los esposos, siendo el Sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia. Los canonistas reconocen como materia del sacramento, la voluntad de los contrayentes; y como forma, la expresión de esa misma voluntad.

2. Canon 1081 así lo confirma:

"1081.1. El matrimonio lo produce el consentimiento entre personas hábiles según derecho, legítimamente manifestado; consentimiento que por ninguna potestad humana puede suplirse.

2. El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual ambas partes dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo, en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar prole".

El canon 1012 declara el carácter contractual y sacramental del matrimonio:

"1012.1. Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados.

2. Por consiguiente; entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido, que por el mismo hecho no sea sacramento".

De lo expuesto se infiere que por matrimonio canónico se entiende "la unión legal, elevada por Cristo a sacra-

mento, de un hombre y una mujer para la comunidad de vida recíproca y perpetua, espiritual y corporal" (A. Knecht, cit. - por Rafael Rojina V., op. cit. p. 204).

Ahora bien; la comunidad de vida a que alude el - profesor de la Universidad de Munich, desde el punto de vista canónico, el matrimonio comprende tres aspectos: el lecho, la mesa y la habitación, dentro de los cuales se realizan los - bienes del matrimonio, a saber: la prole, la fidelidad y el - sacramento.

Por otra parte, el concepto solo abarca a los fieles, es decir, a los bautizados, Será, en cambio, matrimonio natural, o puramente civil el que se contrae de conformidad - con las normas legislativas o consuetudinarias de un pueblo.

2.e.3. MATRIMONIO CIVIL.- Entiéndase: concepto - laico del matrimonio, en el que el poder temporal reclama el derecho de regular todo el quehacer humano. Las ideas filosóficas liberales del Humanismo o Enciclopedismo impugnan las - del Cristianismo a efecto de estructurar el Estado conforme a las leyes naturales, rechazando violentamente los principios sobrenaturales aceptados hasta entonces. Así sostienen que - el origen de toda autoridad en el pueblo; que es éste y nadie

más quien posee el poder originario de autogobernarse. Niegan el principio paulino de que toda potestad temporal deriva de lo Alto.

En tal orden de ideas -dicen- compete al pueblo, a través de sus representantes; la facultad de organizarse políticamente. Es la nefasta Revolución Francesa quien concede -carta de naturalización a tales ideas que encuentran su antecedente inmediato en la Reforma religiosa, acaudillada por Lutero y Calvino. Aquel; en 1520, defiende que el matrimonio -debe ser regulado por la autoridad civil; que no es más que -el resultado de una necesidad física y en consecuencia, la --castidad es contraria a la naturaleza. En suma, sostiene que el vínculo no es indisoluble. Contra tal tendencia, se pronuncia en 1535 el Concilio de Trento, según veremos.

Es una época en la que se sientan las bases de innumerables postulados filosóficos, políticos y económicos aun vigentes en el momento histórico presente.

Es de suponerse que la institución matrimonial, como muchas otras, se ve afectada severamente en su naturaleza sacramental aceptada entonces. Así, la Reforma Luterana denomina al matrimonio como "una cosa externa, mundana, como el -



vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular". Se acepta, con ciertas restricciones, el divorcio vincular.

Surge el concepto civil del matrimonio. No obstante, además de haberlo reducido a un acto meramente civil, le atribuyen un fuerte contenido moral, social y religioso. Por tal circunstancia, los protestantes aconsejan que para la reglamentación del matrimonio, era necesario seguir las orientaciones de los juristas religiosos. Es decir, sostienen el carácter laico del matrimonio, pero obedeciendo las enseñanzas del Evangelio. De primera intención, se nos antoja correcta la posición; pero de todos conocida es la libre e individual interpretación que del Evangelio hacen los protestantes y así, la concepción protestante del matrimonio habremos de imaginárnosla sin mayores comentarios.

Así es como han surgido las grandes herejías en la historia del Catolicismo.

También en Europa; pero mucho antes de la gran Revolución de 1789, en el siglo XVI la Iglesia Galicana sustentó una teoría bilateral del matrimonio, según la cual era al mismo tiempo que Sacramento, un contrato. Se decía entonces que el contrato era formalmente competencia exclusiva del Es-

tado, pero era condición tal celebración para poder recibir el Sacramento.

Una tercera influencia de la desacralización del matrimonio proviene de la llamada corriente naturalista racionalista de los siglos XVII y XVIII. Sostenía que el matrimonio es un simple contrato civil, no un Sacramento. Idea que es recogida por la Constitución francesa de 1791 al consignar que "la ley solo considera al matrimonio como un contrato civil" (art. 7o.).

El Código de Napoleón de 1804 adopta la teoría contractualista del matrimonio y de aquí se propaga a todo el occidente; al grado que, una centuria después nuestro país en la Carta Magna de 1917 adopta la comentada teoría, negando toda ingerencia del derecho canónico. Ya antes, nuestros códigos civiles de 1870 y 1884 reconocen al matrimonio como un acto civil.

Se ha dicho que si bien es cierto el matrimonio se ha desacralizado, no es menos cierto que ello no lo ha desformalizado, toda vez que la sacralización y la formalidad son conceptos distintos.

Por otra parte, la secularización del matrimonio no es óbice para la práctica de la celebración religiosa del mismo; en virtud de que se conserva el reconocimiento sacramental del matrimonio desde el punto de vista confesional.

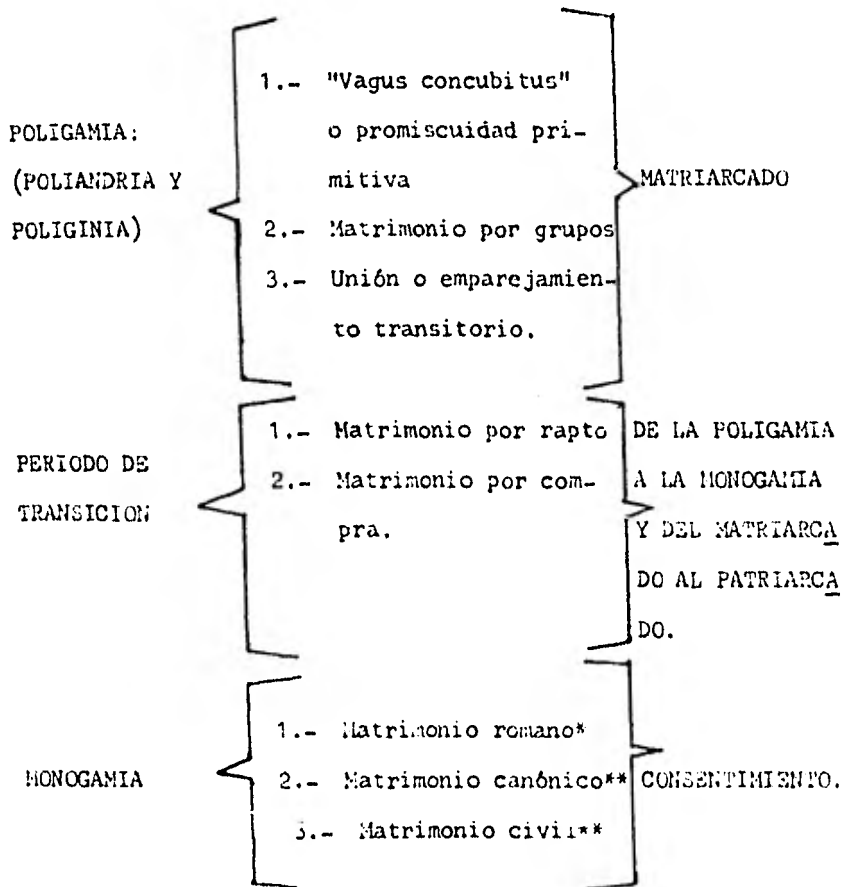
En México, como en muchos países occidentales, prevalece el sistema de la forma civil obligatoria por el cual se reconoce válido aquel matrimonio civil celebrado de conformidad con las leyes civiles estatales; resultando nula o inexistente cualquier unión permanente puramente privada o religiosa.

El sistema en comento admite dos variantes: la primera obedece al criterio de subordinación de la Iglesia al Estado; según la cual se hace necesaria la celebración del matrimonio religioso. Este sistema pertenece a Francia, Holanda, Suiza y Alemania.

La segunda modalidad obedece al criterio de independencia recíproca de los poderes temporal y espiritual, en el que se deja en libertad a los contrayentes de celebrar la ceremonia religiosa antes o después del acto civil (21).

Resumiendo gráficamente lo expuesto y haciendo una

relación de las formas históricas del matrimonio con las figuras de la poligamia, la monogamia, el matriarcado, el patriarcado y el consentimiento; desde el punto de vista sociológico, obtenemos los siguientes cuadros sinópticos:



\* Prevalece el Patriarcado.

\*\* No existe propiamente el Patriarcado, sino una compartida

responsabilidad en la sociedad conyugal.

B.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DISOLUCION DEL VIRICULO MATRIMONIAL.

1.- PUEBLOS PRIMITIVOS.

1.a. INDIA.- El Código de Leyes de Manú establecía que el matrimonio hindú se acercaba mucho a la promiscuidad dadas las características que presentaba y que eran propias de pueblos bárbaros. En efecto, imperaba el dominio del marido sobre la mujer, la cual era considerada como un ser impuro. Por tal motivo, señalaba el Código que la mujer debía reverenciar a su marido como a un dios.

El matrimonio tenía como fundamental objetivo, la procreación de un hijo varón, llegándose a autorizar que el fallecimiento del marido sin dejar hijos, podía un hermano de aquél asegurar la descendencia, con la viuda.

Asimismo, la finalidad del matrimonio entroncaba en la religión doméstica y el culto de los muertos. La ceremonia de las nupcias era, por otra parte, tan solemne y producía efectos tan graves, que no debe causar sorpresa que el

hombres la hayan creído lícita y posible solo para una mujer en cada caso. Tal religión no podía admitir la poligamia. - Hasta se concibe que una unión así fuere indisoluble y el divorcio casi imposible (22).

No obstante, el pueblo hindú, como la mayoría de los pueblos antiguos, la esterilidad significaba la muerte y la disolución del matrimonio. Así, la Ley de Manú (IX, 81) - establece que la mujer estéril sea reemplazada al cabo de ocho años. Admite la repudiación por causa de grave engaño sobre la honra o la salud física de la mujer o cuando ésta llegare a evidenciar espíritu de discordia o conducta vergonzosa. La fidelidad era una virtud común en el matrimonio hindú de entonces. "Mutua fidelidad hasta la muerte; tal es en suma, el principal deber que ha de reconocerse entre marido y mujer"

1.b. EGIPTO.- En el pueblo egipcio; si bien se practicaba primitivamente la poligamia, el matrimonio monogámico fue desplazando paulatinamente aquella costumbre.

Según D'Aguanno, los egipcios conocieron tres formas de matrimonio: a) el servil en que la mujer quedaba convertida en esclava del hombre a quien se unía, b) el que estaba basado en la igualdad de derechos y una cierta comunidad -

en los bienes de los cónyuges, y c) un tercero que estaba en posición intermedia con relación a los anteriores y que se fundaba sobre cierta dote que el marido hacía a la mujer (23).

Sin embargo, la mujer egipcia ocupó una situación de privilegio en la vida social y en el matrimonio gozó de garantías especiales en cuanto a sus bienes, así como de respeto y consideración social.

Por otra parte, el vínculo matrimonial monogámico era prácticamente indisoluble y tendía a una perfecta y eterna unión (24).

1.c. GRECIA.- En materia de matrimonio, los griegos presentan casi un uniforme pensamiento consistente en un cierto temor hacia éste por el riesgo que implica el mantener una familia; o bien, por conservar la independencia personal y, finalmente, por el imperativo ascético que rechazaba todo trato sexual. No obstante ello, el celibato era considerado como una desgracia como la esterilidad en el matrimonio, pues en Grecia como en Roma la máxima preocupación era la de evitar que la familia se extinguiese. Es también claro, por otra parte, que en la antigüedad; como hoy, el matrimonio fue y es una preocupación humana.

---

Se considera que ya desde el siglo V a.c. en Grecia existía el divorcio por mutuo consentimiento o bien a petición de parte. En Atenas, el esposo engañado tenía obligación de divorciarse, si no quería caer en deshonra, al sorprender a su mujer en adulterio. La mujer, en cambio, podía abandonar a su esposo y volver a casarse inmediatamente, luego de declarar tal situación de adulterio ante el arconte, con la ayuda de un abogado.

También se reconoce el divorcio forzoso de matrimonio infructuoso (sin descendencia) tras diez años de unión, o por muerte de un hijo por alguno de sus padres.

Resultaba legítimo y moral el repudio del culpable de la esterilidad, aun cuando no existe texto legal escrito que formalmente reconozca este derecho.

En Esparta, se permitía el repudio sin previo juicio por el menor descuido o por causa de esterilidad.

1.d. EL PUEBLO HEBREO.- Resulta imprescindible referirse a las Sagradas Escrituras al abordar el tema que nos ocupa. Es importante advertir igualmente que como en Grecia; en el pueblo hebreo, el adulterio estaba severamente castigado con la pena de muerte de los adúlteros. Pero, no existe



en toda la Biblia ningún ejemplo de la aplicación de la pena de muerte por adulterio.

Sin embargo, en cuestión de fidelidad conyugal ... existe una acentuada desigualdad: la prohibición de adulterio se destinaba solo a la mujer, dado que el marido no comete adulterio al tomar a otra mujer, pues la poligamia era permitida por la Ley (Dt. 21, 10-14); mientras que la esposa si lo comete, si se entrega a otro hombre en vida de su marido, excepción hecha al caso de que esté repudiada. En consecuencia, la ruptura del matrimonio queda bajo la decisión del marido; esto es, existe en el mundo hebreo el derecho de divorcio exclusivo del marido.

El texto fundamental para el divorcio en el Antiguo Testamento se halla en Dt. 24, 1-4 que establece:

"Si un hombre toma una mujer y llega a ser marido, y ésta luego no le agrada, porque ha notado en ella algo de torpe, le escribirá el libelo de repudio, y poniéndoselo en la mano, la mandará a su casa. Una vez que de la casa de él salió, podrá ella ser mujer de otro nombre.

Si también el segundo marido la aborrece y le escribe el libelo de repudio y, poniéndoselo en la mano, la manda a su casa, o si el segundo marido que la tomó por mujer muere, no podrá el primer marido volver a tomarla por mujer después de haberse ella marchado..." (cfr. Is, 50, 1; Jer. 3, 8).

Antes de tal ley, el matrimonio llegaba a su fin con la muerte de un cónyuge. La concubina -no la esposa- podía pedir la separación y volver a su casa, pudiendo contraer legítimo matrimonio.

La transcripción hebraica muestra el procedimiento del repudio, así como una prohibición al primer marido de volverse a casar con la mujer repudiada por él o por un segundo marido.

Excepciones al repudio: un hombre que hubiese acusado falsamente a su mujer de no haber llegado virgen al matrimonio, no podía repudiarla nunca, igualmente se prohibía el repudio en el caso del marido que se casaba con una mujer tras haberla seducido.

En el derecho judío, el divorcio no era solo un derecho, sino, en algunos casos, un deber. Después de que dejó de ponerse en práctica la pena de muerte por adulterio, era deber del marido divorciar una mujer sospechosa de falta de castidad, pero en tal divorcio ella conservaba el derecho a la compensación y a la dote. En este caso, el marido no podía volver a casarse con ella. En caso de adulterio comprobado, el tribunal reclamaba el divorcio al marido aunque estuviese dispuesto a perdonar la ofensa.

La esterilidad era razón de divorcio y, si después de diez años de vida matrimonial, la mujer no tenía hijos, el marido, de acuerdo con el mandamiento de "Creced y multiplicaos", debía tomar otra mujer. En tales circunstancias, la mujer recibía una compensación y quedaba libre para casarse de nuevo.

Según el derecho judío, la mujer no podía divorciar a su marido, pero si recurrir al tribunal a fin de solicitar requiera a su esposo le dé acta de divorcio. Era los casos de impotencia, negativa de los derechos conyugales, restricciones no razonables de libertad de movimientos o tareas enojosas (25).

En el siglo I y dentro de la Ley Mosaica, la expresión "algo de torpe", motivo para el repudio, suscitó polémicas en cuanto a su interpretación. Los schamaitas -de principios rígidos- declaraban permitido el divorcio cuando encontraban que la mujer había cometido una conducta vergonzosa; v. gr: falta de castidad o atentado contra las buenas costumbres. En consecuencia, jamás admitieron otro principio de separación que el adulterio. En este caso, se oponían a que la repudiada contrajese nupcias con el cómplice de su adulterio.

Conviene destacar que la palabra repudim deriva - de pudet, pudor. Significa repulsión o rechazo por razón de vergüenza. De aquí seguramente la interpretación estricta de los schamaitas.

Por otra parte, la escuela de Hillel daba una interpretación laxa a la expresión; admitía el divorcio por haberse quemado la comida del marido por culpa de la mujer o - por otras faltas menos serias.

En el siglo II Aquiba fue más allá que Hillel al mantener los poderes arbitrarios del marido. Consentía que el marido podía divorciar a su mujer si encontraba otra que le gustase más; sin embargo, Aquiba imponía al divorciante severas sanciones pecuniarias en favor de la divorciada.

En conjunto, "se puede decir que en el período misnaico no había matrimonio en el pueblo judío que no pudiese ser disuelto legalmente por el marido mediante entrega de acta de repudio" (26).

Ahora bien, el derecho farisaico no se opone al divorcio por mutuo consentimiento, en virtud de que el matrimonio era también asunto de mutuo consentimiento. En el documento judío de divorcio no se daba la razón del acto, sino -- que simplemente el marido declaraba que su mujer quedaba libre en adelante para contraer nuevo matrimonio. También es cierto que ante la aprobación del divorcio por acuerdo común, era deber de los rabinos agotar todos los medios de disuación moral; es decir, procuraban la reconciliación de matrimonios desavenidos.

En distinto orden de ideas, la vida del pueblo judío no puede contemplarse separada de factores religiosos, morales, culturales. La enseñanza y la educación se dirigían a la sobriedad moral, continencia y pureza.

La ley judía del divorcio se aplicaba en una sociedad de firme solidaridad doméstica, en la que predominaban -- los matrimonios jóvenes y los contrayentes solían entrar en -- la vida matrimonial saliendo de hogares muy asentados (27). --

Por lo expuesto, la gran mayoría de los matrimonios judíos acababan con la muerte. Las facilidades para el divorcio más bien solían aplicarse preferentemente en los casos del segundo matrimonio de un viudo.

Por lo que hace a los textos del Nuevo Testamento, Cristo se vale de aquellas palabras "... y los dos vendrán a ser una sola carne" para probar a los fariseos la indisolubilidad del matrimonio. San Pablo nos enseña que la unión íntima y estrecha de Adán y Eva, que eran como dos almas en un solo cuerpo, significa la de Cristo y su Iglesia. (Cfr. Mt. 19, 5; Mc. 10, 7; Ef. 5, 31; Cor. 7, 16).

1.e. LOS PERSAS. Entre ellos prevaleció el predominio del hombre, como rasgo típico de la familia. Una curiosa costumbre persa y admitida por la ley civil consistió en la celebración del matrimonio por tiempo determinado, vencido el cual, los cónyuges podían o no renovarlo.

El marido tenía el derecho de repudiar a la mujer y al mismo tiempo, aquel conservaba el derecho de vida y muerte sobre ésta y sus hijos. Agrega Mateo Goldstein que el divorcio entre los persas era desconocido, pero la repudiación podía operarse si la mujer no lograba dar un hijo durante --

nueve años de convivencia; el esposo estaba libre para buscar se otra.

1.f. MAHOMETANOS. El Alcorán, libro sagrado de los musulmanes, establecía dentro del régimen de los impedimentos matrimoniales, entre otros, no casarse con las esposas del padre; señala al respecto:

"... os están vedadas vuestras madres y vuestras hermanas y vuestras tías y tíos y las hijas del hermano y las hijas de la hermana y vuestras madres que os amantaron y vuestras hermanas de leche y las madres de vuestras mujeres... y las mujeres de vuestras mujeres..." (26).

Por otra parte, existió el derecho de repudio respecto del hombre, ya que la mujer se consideraba como un ser inferior. En tal caso, el divorciante debía pensionar a la repudiada.

1.g. BABILONIA. En contraste con los pueblos hindú y egipcio, el Código de Hamurabi concedía el divorcio, "si una mujer ha menospreciado a su marido y le ha dicho: no quie

ro ser tuya, será examinado su secreto acerca del perjuicio - de que sea víctima, y si es buena ama de casa, sin tacha, y - si su marido sale y la descuida mucho, esta mujer no es culpa ble; puede tomar su ajuar e irse a casa de su padre".

Por vez primera observamos una causal de divorcio imputable al marido, situación que aún prevalece en modernos sistemas jurídicos.

## 2. DERECHO ROMANO.

Afirma Goldstein que en los primeros tiempos de Ro ma los divorcios fueron muy escasos, más al fin de la Repúbli ca y sobre todo bajo el Imperio, con la liviandad de las cos tumbres, los casos se multiplicaron extraordinariamente... La presencia de los emperadores cristianos significó un alivio a la frecuencia alarmante de los divorcios. Los gobernantes no lo prohibían, pero si procuraban dificultarlo, imponiendo al deseoso de repudiar a su cónyuge que precisare las causas de su conducta. Esta fue la táctica de Constantino, Teodosio, - Valentiniano. Numerosas "constituciones" señalaron, a su vez, severas penas para el culpable de una repudiación falaz o pa ra el responsable de la repudiación del cónyuge inocente (op. cit. pp. 1-2).



Por otro lado, el adulterium comprobado por el marido permitía a éste matar a la mujer y vengarse impunemente del hombre. Más tarde, la Lex Iulia limita la práctica.

El divortium se presenta en Roma como la designación genérica de todo tipo de separación, ya por declaración unilateral como por acuerdo mutuo. El repudium es la declaración dirigida por un esposo a otro de su voluntad de divorcio.

La declaración debía transmitirse expresamente al otro cónyuge para dejar clara la disolución de la relación matrimonial. Bastaba una declaración oral para el divorcio unilateral, que solo precisaba ser transmitida por un mensajero.

Los divorcios ocurrían en Roma fundamentalmente -- por libre deseo de los cónyuges; y fueron solo dificultados, -- en parte, por su ligadura a ciertas formas o bien, por quedar sujetos a multas. La praxis y legislación posteriores fueron más lejos para contrapesar los divorcios arbitrarios en un -- tiempo de creciente falta de moralidad. En efecto, la facilidad de divorcio trajo consigo su muy lamentada frecuencia. -- Se dió el caso que una divorciada volviese a casarse a los -- dos días, o de un personaje que, por conseguir un cargo, di-- solvió un matrimonio al día siguiente de contraerlo (29).

Hemos visto como el matrimonio romano (Cfr. 2.e.1.) se integra de dos elementos, uno de los cuales es la  *affectio maritalis* o deseo de preservar en el tiempo la comunidad conyugal. Es claro que si desaparece, la disolución es siempre posible, dado que "los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la  *affectio maritalis* había desaparecido" (30). Bastaba la declaración de uno de los cónyuges para que el matrimonio se disolviera.

En consecuencia, en el derecho romano además de la muerte de uno de los cónyuges disolvía el vínculo, también era causa común el mutuo consentimiento por la desaparición de la  *affectio maritalis*.

Otras causales:

1. La pérdida del estado de libertad de uno de los cónyuges, que los romanos denominaban "*capitidiminutio máxima*", situación que solía producirse por la cautividad con motivo de las inacabables guerras que los romanos sostenían. También podía ser causa de divorcio la esclavitud derivada de una pena, como la condena a trabajos forzados (*servitus poenae*). Pero esta causa fue abolida por Justiniano (529-530),

el último gran legislador romano cristiano.

2. Pérdida de la ciudadanía romana o "capitidiminitio media.

3. Por el incesto superveniente (incestus superveniens), consistente en que el padre del marido adoptaba a la esposa de éste, con la cual el marido y la mujer se convertían en hermanos, lo que producía el anulamiento del matrimonio. La causal se daba igualmente si el padre de la mujer adoptaba al marido.

4. Por la pérdida de la affectio maritalis, o mutuo consentimiento de las partes, en virtud de no encontrar satisfacciones esperadas. No se requería autorización de un tribunal. Esta es la causal por antonomasia de divorcio entre los romanos.

En 331, Constantino siguiendo la facilidad de decretar el divorcio, pretende restringirlo. Así, solo lo autoriza cuando la mujer sea declarada culpable de adulterio, envenenamiento o alcahuetería. A su vez, la mujer podía divorciarse cuando el marido sea culpable de homicidio, envenenamiento y violación de sepulcros.

Teodosio II y Valentiano III, en 449 asienten que la mujer podía divorciarse del marido adúltero, homicida, -- reo de envenenamiento, crímenes contra el Estado, profanador de sepulcros, hurtador de cosas sagradas, ladrón o encubri-- dor de ladrones, plagiarío (que trata a un libre como esclavo o induce a este último a escapar de su amo), o que trate con mujeres de mala fama en su propia casa o a la vista de su mujer. El marido podía divorciarse si su mujer era reá de -- equivalentes delitos (31).

Al llegar Justiniano al trono, aportó nuevas res-- tricciones al divorcio; así, castiga el divorcio por mutuo consentimiento. Pero dado que la legislación justinianea ul-- trapasaba los límites tolerables de la sociedad romana; su -- sucesor, Justino II incluyó en el Corpus Iuris Civilis la li-- citud de este tipo de divorcio.

Tenemos que Justiniano al aparecer se encuentra -- con cuatro clases de divorcio, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial:

- a) Por mutuo consentimiento (*comuni consensu*).
- b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley (*ex iusta causa*).

- c) Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, - en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio (típica ilustración de una disposición legal minus *quan perfecta*), - sine causa.
  
- d) Bona gratia, es decir no basado en la culpa - de uno de los cónyuges, pero sí fundado en -- circunstancias que hacían inútil la culminación o continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada o inmoral (voto de castidad) (32).

3.- EDAD MEDIA (DERECHO CANONICO).- Hasta el siglo X la Iglesia llega a poseer el control legal del matrimonio de sus fieles como de su competencia exclusiva. Antes, tuvo que compartirla con los poderes seculares y aún hoy se encuentra con que el Estado reclama este aspecto en la vida de sus súbditos. Sin embargo, esta controversia "jurisdiccional" - ya se ha resuelto considerando la naturaleza y razón de ser que animan a ambas entidades.

Es sabido que a partir de Carlomagno, la jurisdic

---

ción sobre las causas matrimoniales compete a la Iglesia, -- que trata de imponer el derecho canónico en este punto. En esta época se da el triunfo de este derecho sobre el germánico y el romano.

Ya en la alta Edad Media, la Iglesia impuso su -- punto de vista coincidiendo con el debilitamiento del poder secular, con una mayor permeabilidad de la vida social o individual por los principios del cristianismo y bajo una insistencia tesonera por parte de la misma Iglesia (33),

El maestro Margadant añade que en la Edad Media, -- el derecho canónico continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, pero permitiendo como remedio para situaciones inaguantables el divortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum (divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo) (op. cit. p. 213), esto es la autorización del divorcio imperfecto o separación de cuerpos. Modernamente se ha denominado divorcio no vincular; ello porque no se rompe el vínculo.

Larga es la trayectoria de la Iglesia en su intervención sobre las instituciones y dentro de ellas, el matri-

monio. La luz de los concilios y en general las Decretales de los Papas o colecciones canónicas han negado la autorización del divorcio vincular ni aún en caso de adulterio, como erróneamente lo plantearon los protestantes y según se analizará más adelante.

Sería interminable y abrumador citar aquí los numerosos concilios y colecciones canónicas en torno a la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Pero si resulta útil - consignar que las decisiones de los concilios son fuente importante del derecho canónico.

Basta mencionar -con Antonio García y García- (op. cit., pp. 144 ss) una clasificación de las colecciones canónicas del primer milenio respecto de la materia; colecciones de tipo universalista o ecuménico y las de corte particularista o de la Iglesia "local".

De las primeras destacan la Colección de Dionisio el Exiguo y la Hispana. En estas, dice el autor en comento, sería vano intento tratar de encontrar textos de signo divorcista. De las segundas, existen los penitenciales de la Iglesia céltico-anglosajona, de los cuales es frecuente la afluencia de textos divorcistas; admitiendo el divorcio vincu

lar y autorizando el segundo matrimonio viviendo el primer -  
consorte. Como causales de divorcio aducían el mutuo consen-  
timiento, el adulterio, el abandono o menosprecio de la mujer  
hacia el marido, la caufividad, la impotencia, etc.

No pretendemos ser exhaustivos sobre el tema ---  
pues existe abundante literatura al respecto; bástenos men--  
cionar que el siglo XII aporta criterios oficiales del cató-  
licismo en materia de matrimonio. Establece su formación, --  
su finalidad y su sacramentalidad. En este mismo siglo, el  
Papa Alejandro III resuelve la polémica entre la escuela de -  
Paris de Pedro Lombardo y la diversa de Bolonia de Graciano  
en el sentido de que el matrimonio es perfecto por el consen-  
timiento y aquel se consuma cuando se manifiesta éste. Agre-  
ga que el matrimonio consumado es indisoluble.

Notamos que la doctrina antidivorcista de la Igle-  
sia Católica quedó establecida antes de mediados del siglo -  
XIII casi en los mismos términos que aparece en la vigente -  
legislación.

3.a. CONCILIO DE TRENTO (1545-1563).- Se consti-  
tuye fundamentalmente para afianzar la fe católica, aclarar  
su verdadera doctrina y denunciar la posición herética de --



los reformadores. Pone en claro la herejía protestante, definiendo la tradición genuina de la Iglesia y propone la verdad católica.

Resumiremos los cánones que en materia de indisolubilidad matrimonial se originaron, como consecuencia de -- las ideas protestantes de entonces.

Al negar la sacromortalidad de matrimonio e interpretar inexactamente los textos de Mt. 19, 9 y 1 Cor. 7, 15 (repudios por adulterio y por abandono de hogar respectivamente), Lutero concluye que es mandamiento de la Iglesia repudiar por causa de adulterio, como un derecho del cónyuge inocente y como una concesión divina.

En 1520 en su libro *De captivitate Babylonica nigra* Lutero la autoridad del Papa sobre los fieles a la cual -- consideraba una opresión hacia estos, que Cristo había querido libres. Sostenía que la intervención eclesiástica en el matrimonio era una usurpación de poder; pues si bien aquel -- revestía cierto carácter sagrado, pertenecía a una realidad terrena. En consecuencia, se opuso a la doctrina indisoluble del matrimonio.

Por su parte, Melancton, jurista protestante, más

moderado que Lutero afirmaba que la indisolubilidad era una prescripción de Dios; pero aceptaba el divorcio en caso de - adulterio y de abandono de hogar, Calvino seguía a Lutero al aceptar el divorcio por adulterio.

La respuesta católica no se hizo esperar. Las Universidades de París y Lovaina; los Sínodos de Colonia (1536), de Maguncia (1549) y de Lowics (1556) defienden la autoridad de la Iglesia y reafirma la indisolubilidad del matrimonio.

No obstante y contrariamente a lo que se cree -incluso en la actualidad la Iglesia si acepta en ciertos casos que el vínculo conyugal se disuelva. En aquel entonces señaló algunos casos de disolución:

a) Profesión religiosa solemne y matrimonio no - consumado; b) dispensa pontificia del matrimonio rato y no consumado; c) matrimonios entre no bautizados (privilegio - paulino). Cabe hacer notar que el Concilio no hizo ningún - canon acerca de este privilegio. Aceptó la separación de -- cuerpos en caso de adulterio, más no la disolución del vínculo.

Finalmente, los teólogos canonistas del Concilio de Trento concluyen que el vínculo conyugal es perpetuo e --

indisoluble ya en el orden de la creación (Sesión XXIV, cánones 5 y 7 ). Sostienen tal doctrina con estricto apego a varios textos de la Escritura: el hombre no debe separar lo -- que Dios ha unido; los dos cónyuges son una sola carne; el -- matrimonio cristiano es símbolo del amor de Cristo a la Iglesía.

El texto conciliar aprobado --dice Jaime Ruiz de Santiago-- recuerda en un principio la indisolubilidad y la -- monogamia, propiedades esenciales del matrimonio. A conti-- nuación se desarrollan los 12 cánones que constituyen al do-- cumento:

El c. 1 Afirma el carácter sacramental del ma-- trimonio (DZ. 1801) en el que se basa la indisolubilidad para los cristianos y la competencia de la Iglesia.

El c. 2 Expone el carácter monogámico del ma-- trimonio entre cristianos. La poliga-- mnia está prohibida en virtud de una -- ley divina, revelada en las Escrituras. (DZ. 1802).

Los. c. 3 y 4 Exponen los impedimentos matrimoniales. El 3 se dirige contra Lutero, que sólo admitía como válidos los impedimentos citados en ley, y negaba poder a la Iglesia para establecer otros.

El 4 sostiene de manera general, la capacidad de la Iglesia para establecer impedimentos dirimentes (DZ. 1803 y -- 1804).

El c. 5 Afirmaba la indisolubilidad del matrimonio (DZ. 1805) aún por causa de herejía.

"Si alguien dijere que el vínculo del matrimonio puede ser disuelto a causa de herejía, o de dificultad en la convivencia, o de ausencia afectada del cónyuge, sea anatema".

El c. 6 Trata del matrimonio rato no consumado (DZ. 1806).

"Si alguien dijere que el matrimonio -  
rato y no consumado no se disuelve por  
la profesión solemne del cónyuge, sea  
anatema".

El c. 7 Declara que el matrimonio es indisolu-  
ble aún en caso de adulterio de uno de  
los cónyuges. (DZ. 1807).

Con toda propiedad puede decirse que -  
es éste uno de los cánones que dió la  
exégisis exacta al texto de Mt. 19, 9.  
En efecto, señala el canon aprobado en  
1563 con solo tres votos contrarios --  
frente a unos 200 favorables:

"Si alguno dijere que la Iglesia yerra  
cuando enseñó y enseña, según la doc-  
trina del Evangelio y de los Apóstoles,  
que no se puede disolver el vínculo del  
matrimonio a causa de adulterio de uno  
de los cónyuges, y que ninguno de los  
dos, ni siquiera el que es inocente por  
no haber motivado el adulterio, - - -

puede contraer otro matrimonio, -  
mientras viva él otro cónyuge, y  
que <sup>+</sup>comete adulterio aquel que, -  
alejada la esposa adúltera, se --  
une con otra mujer, y aquella que,  
alejado el marido adúltero, se --  
une a otro hombre, sea anatema".

El c. 7 defiende directamente la inerrancia de la Iglesia en su enseñanza sobre la indisolubilidad; y esta en -- cuanto tal, se deduce de tal inerrancia: si la Iglesia no se equivoca, el contenido de su enseñanza es verdadero. Dice el canon que la enseñanza es conforme a la doctrina del Señor y a la - de los Apóstoles, considerada esta verdad como revelada. Finalmente, reconoce que esta doctrina no es nueva en la Iglesia, sino que está enraizada en la Tradición, ya que fue enseñada en el - pasado.

El c. 8 Se refiere al poder que tiene la Iglesia para permitir la separación de cuer

pos (DZ. 1808).

"Si alguien dijere que la Iglesia yerra cuando determina que entre los esposos la separación del lecho conyugal o la cohabitación durante un tiempo determinado o indeterminado puede darse por diversas causas, sea anatema. La separación legal no da derecho a nuevas nupcias.

El c. 9 Se refiere al celibato y a los votos solemnes (DZ. 1809).

El c. 10 Se refiere a la superioridad que sobre el matrimonio tiene el estado de celibato y virginidad consagrados a Dios (DZ. 1810).

El c. 11 Defiende las formas tradicionales de la celebración del matrimonio (DZ. 1811).

El c. 12 Ultimo del documento, señala a los jue

ces eclesiásticos como competentes para conocer las causas matrimoniales (DZ. 1812). (34)

#### 4.- EPOCA MODERNA.

##### 4.a. ENCICLICAS.

4.a.1. ARCANUM DIVINAE (LEON XIII).- Dada en Roma el 10 de febrero de 1880. Léase: El secreto designio de la sabiduría divina.

El objeto de esta encíclica es la familia, cuyo origen es el matrimonio.

Sabido es que a partir del Concilio Tridentino, el matrimonio se considera oficialmente como sacramento, que mediante aquel se equipara la mística unión de Cristo con la Iglesia; y aún más: se confirmó que la unión entre marido y mujer es de suyo indisoluble, en virtud que la unidad, la firmeza y perpetuidad del matrimonio emanan de Dios, su autor.

Para efectos del presente estudio sólo analizare-



mos la indisolubilidad, sin más comentarios sobre el matrimonio en sí y sus caracteres.

El Romano Pontífice se apoya entre otros textos, - en los del Gén. II 24 y Mt. 19, 5-6, para decretar la indisolubilidad del vínculo marital. Se unirá (el hombre) a la mujer, y serán los dos una sola carne. De manera que ya no son dos, sino una sola carne. Por tanto, lo que Dios unió no lo separe el hombre.

El documento ratifica el texto paulino dirigido - a los Efesios (5, 25, 32) así como a Corintios (1Cor. 7, 10-11) donde enseña la unidad e indisolubilidad, principios esenciales del matrimonio desde su origen. Por lo anterior, la encíclica en cuestión, señala:

"... es también muy necesario saber que la disolución del matrimonio rato y consumado entre los fieles es totalmente imposible - y que por lo mismo son reos de un manifiesto delito los cónyuges que, sea la que sea la causa propuesta, se ligan con un nuevo vínculo matrimonial antes de disolverse el primero por la muerte" (25).

No obstante, la Iglesia hace una exhortación y establece normas prácticas ante las situaciones intolerables de cohabitación: "si las causas llegan a tal extremo que la cohabitación se hace intolerable, entonces la Iglesia permite - que cada uno de los cónyuges viva por separado, y con los cuidados y remedios acomodados a la condición de los cónyuges - que pone en práctica, procura suavizar los inconvenientes de esta separación y nunca permite que cese el esfuerzo por restablecer la concordia o que se desespere de conseguirla.- Mas estos casos extremos a los que difícilmente se llegaría si los esposos se acercaran al matrimonio con las debidas intencio--nes, no movidos por la pasión, sino pensando seriamente en -- las obligaciones conyugales y en las causas nobilísimas que - deben mover al matrimonio... Y, para decirlo todo en pocas - palabras, el matrimonio tendrá una estabilidad plácida y tranquila cuando los cónyuges se acerquen a él con un vivo espíritu religioso, que es el que da al hombre invicta fortaleza de espíritu y hace que los defectos que puedan existir entre los cónyuges, las diferencias de carácter y costumbres, el peso - de los cuidados maternales, la trabajosa solicitud de la educación de los hijos, los afanes inseparables de la vida y las adversidades y penas, se soporten, no solo con moderación, si no también con una buena voluntad" (Ibídem, No. 25; pp. 104--105).

Señala los males del divorcio:

"Apenas es necesario decir los innumera-  
bles males que encierra el divorcio.  
Por causa del divorcio pierde su esta-  
bilidad la alianza matrimonial, se de-  
bilita el amor mutuo, queda abierto el  
camino a los perniciosos incentivos de  
la infidelidad, se perjudica la educa-  
ción y la seguridad de los hijos, se  
ofrece una ocasión continua para disol-  
ver la sociedad doméstica, se multipli-  
can las semillas de discordia entre --  
las familias, se disminuye y pisotea --  
la dignidad de la mujer, que cae en el  
peligro de verse abandonada por su ma-  
rido después que éste ha satisfecho la  
torpeza de sus pasiones" (36).

Finalmente, nos enseña que el matrimonio es fuen-  
te de bienes para el individuo y el Estado; que las legisla-  
ciones civiles, por principios de conservación y de paz y de  
experiencia histórica, deben procurar la protección y defen-  
sa del matrimonio; pues "tan pronto como las leyes ofrecie--

ron un seguro camino al divorcio, aumentaron extraordinariamente las disensiones matrimoniales, los odios y las separaciones, y llegó a tal punto la inmoralidad que se derivó de esta legislación, que los mismos defensores del divorcio se arrepintieron de lo hecho; pues era de temer que, si no se ponía remedio pronto a tan graves males con una legislación contraria, la misma sociedad se precipitaría rápidamente en su más completa ruina" (37).

Continúa la encíclica que del análisis de la experiencia histórica acerca del divorcio, "fácilmente se comprende que el divorcio es enemigo número uno de la prosperidad de la familia y del Estado, porque el divorcio nace cuando la moral de los pueblos ha quedado corrompida y, como enseña la experiencia, deja el camino expedito y la puerta abierta a las costumbres más viciosas en la vida pública y privada" (Ibidem no. 17; p. 97).

Por último, se infiere que "el matrimonio, además de ser el medio apto para la propagación del género humano, tiene como fin mejorar y hacer más feliz la vida de los cónyuges; y esto por muchas razones, a saber, por la mutua ayuda en el remedio de las necesidades, por la constancia y fidelidad en el amor, por la comunidad de todos los bienes y por la

gracia celestial que brota del sacramento. El matrimonio es también un medio efficacísimo para la felicidad de las familias, porque el matrimonio, cuando es conforme a la naturaleza y concuerda con las intenciones de Dios, puede consolidar la concordia entre los parientes, garantizar la buena educación de los hijos, moderar la patria potestad con el ejemplo de la potestad divina, hacer que los hijos obedezcan a los padres y los criados a los amos. De matrimonios de esta clase pueden con todo derecho esperar los Estados una generación de ciudadanos virtuosos, que, acostumbrados al amor y al respeto de Dios, consideren como obligación de conciencia la obediencia a la legislación justa de los poderes legítimos el amor de todos y el respeto de los derechos de los demás" (38).

4.a.2. CASTI CONIUGII.- (PIO XI).- Encíclica dada en Roma el 31 de diciembre de 1930. Léase: Cuán grande sea la dignidad del matrimonio casto.

La presente forma un cuerpo de doctrina con la anterior de León XIII.

El análisis se centrará solo respecto de la indisolubilidad del vínculo a la luz de la encíclica. Señala -

que Cristo por boca de San Mateo "Lo que Dios unió, el hombre no lo separe"; revoca la primitiva ley del repudio que - por la dureza de los hombres, permitió Moisés.

Adopta el texto paulino tantas veces invocado aquí sobre la indisolubilidad y las ideas de San Agustín de - que "pues esto se observa en Cristo y la Iglesia, que, vi- - viendo los dos eternamente, ningún divorcio puede separarlos. Tan grande es la observancia de este sacramento en la ciudad de nuestro Dios..., esto es en la Iglesia de Cristo..., que, casándose las mujeres y tomando esposa los hombres para tener hijos, ni siquiera es lícito repudiar a la esposa estéril para tomar otra fecunda. Y, si alguno lo hiciera, será reo de adulterio, no ante la ley de este siglo (en el cual, mediando repudio, se puede contraer otros matrimonios; lo - que también el Señor atestigua que el Santo Moisés permitió a los israelitas por la dureza de corazón de éstos), sino ante la ley del Evangelio, como también ella si se casare con otro" (39)

El Magisterio Eclesiástico en todos los casos ha denunciado los males sobre la Humanidad, motivados por el de sacato a la Ley divina; pero también aconseja remedios. En el caso, nos enseña "que todos esos inconvenientes se evitan

y se ahuyentan los peligros con solo permitir, en tales extremos circunstancias, la separación imperfecta de los cónyuges, es decir, quedando incólume e íntegro el vínculo, y que la misma ley de la Iglesia concede en claras palabras - de los cánones que dictaminan sobre la separación de lecho, mesa y habitación (can. 1128 ss.). Corresponde a las leyes sagradas, y en parte al menos también a las leyes públicas, conviene saber, en lo que atañe a las relaciones y efectos civiles, determinar las causas, las condiciones de dicha separación, así como también el modo y las cauciones con que se na de satisfacer no solo a la educación de los hijos, sino también a la incolumidad de la familia y se salvaguarde, en la medida de lo posible, de los daños que pueden amenazarles tanto al cónyuge como a los hijos y aun a la misma - sociedad civil." (40).

Se indican tanto los males del divorcio como los beneficios que implican la indisolubilidad del matrimonio en relación a los cónyuges, a la prole y a la sociedad.

a) A los cónyuges y a la prole.- "(17) Cuántos y cuán grandes beneficios dimanar de la indisolubilidad del matrimonio, no puede ignorarlo quien reflexione, siquiera - superficialmente, tanto sobre el bien de los cónyuges y de

la prole cuanto sobre el bien de la sociedad humana. Y, en primer lugar, los cónyuges tienen en esta firmeza el sello inviolable de perennidad, que tanto reclaman por su misma - naturaleza la generosa entrega de la propia persona y la íntima compenetración de las almas, ya que el verdadero amor no reconoce límites...

b) A la sociedad.- "Y no son menos los bienes que originan a la sociedad humana. La experiencia demuestra, en efecto, que la estabilidad inalterable de los matrimonios es una fuente ubérrima de honestidad de vida y de integridad de costumbres y que, guardado este orden, la felicidad y la salud públicas están aseguradas, pues la sociedad en tal cuales son las familias y los hombres de que consta, como el cuerpo de miembros. Son, por consiguiente, beneméritos tanto del bien privado de los cónyuges y de la prole cuanto del bien público de la sociedad humana quienes decididamente defienden la inviolable estabilidad del matrimonio" (41).

Por último y a manera de epílogo, concluimos --  
con Pío XII:

"(96) Y haciendo uso, una vez más, de la



sentencia de nuestro predecesor, casi no hace falta decir que como es de grande - la cantidad de bienes que implica la indisoluble firmeza del matrimonio, así lo - es la cosecha de males que comporta el - divorcio. En efecto, vemos de un lado, - por el vínculo inviolable, los matrimo-- nios firmes y seguros; del otro, ante la perspectiva de una posible separación de los esposos o ante la presencia de los - peligros mismo del divorcio, las alianzas conyugales inestables o ciertamente car-- comidas por angustiosas sospechas. De - un lado vemos admirablemente consolidada la benevolencia mutua y la unión de los buenos; del otro, extenuada de manera las tímida por esa sola posibilidad de ha--- llarse rotas. De un lado, protegida in-- mejorablemente la casta fidelidad de los cónyuges; del otro, presa de los perni-- ciosos incentivos de la infidelidad. De un lado, asegurados con toda eficacia el reconocimiento, la protección y la educa-- ción de los hijos; del otro, expuestos -

aun a los mas graves daños. De un lado, cerradas las numerosas puertas de la disensión entre familias y parientes; del otro, campando por doquiera las ocasiones de discordia. De un lado, fácilmente sofocadas las semillas del odio; del otro, sembradas copiosamente y a todos los vientos. De un lado, felizmente regtablecidos y recuperados, sobre todo, la dignidad y el cometido de la mujer tanto en la sociedad doméstica cuanto en la civil; del otro, indignamente envilecida, ya que las esposas se hallan expuestas al peligro de ser abandonadas luego de haber servido al deleite de los maridos" (42).

#### 5.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

5.a.- EPOCA PREHISPANICA.- Apunta el maestro Toribio Esquivel Obregón que entre los aztecas la edad para el matrimonio era 22 años para el hombre y entre los 10 y los 18 para la mujer; contraerlo era una obligación y el hombre que no lo hacía a tiempo no podía contraerlo después. (43).

La poligamia era lícita y frecuente; existiendo ciertas juerarquías entre las esposas: la primera se ll ma-ba cihuatlanti. Las demás cihuapilli o damas distinguidas; dentro de estas últimas había la cihuane mastil, que eran dadas por los padres a los señores y reyes; las tlacihuasantin o esposas robadas.

El consentimiento paterno era elemento indispensable en el matrimonio.

Era reconocido el derecho de divorcio -señala - el maestro Esquivel Obregón (op. cit. p. 365)- al hombre y a la mujer. En cuanto al primero lo fundaba el que la mujer fuera estéril o pendenciera, impaciente, descuidada y -perezosa. En cuanto a la mujer no se sabe cuales serían -- las causas aceptadas de separación. Los tribunales dificultaban y retardaban la resolución, y cuando, al fin, la da--ban, no decretaban el divorcio; sólo autorizaban a los esposos a hacer lo que quisieran; pero el hombre y la mujer que se habían divorciado y volvían a unirse eran castigados con pena de muerte.

5.b.- EPOCA COLONIAL.- Entre los pueblos precortesianos, la pligamia era frecuente. El indio veía en sus

mujeres no solamente un medio de satisfacer sus necesidades carnales, sino un sinnúmero de servidoras obligadas a los trabajos que se le imponían, y renunciar a ellas era perder las ventajas económicas de sus servicios. Dada, por otra parte, la poca diferencia que había entre mujer legítima y concubina, el hecho de aceptar a una sola con aquel carácter, no parecía un obstáculo para continuar sus relaciones con otras (44).

Ante el panorama, los misioneros procuraron derrotar la costumbre a la luz del principio sacramental del matrimonio cristiano. Para ello, comenzaron a catequizar a los indígenas, enseñándoles las verdades más elementales del Cristianismo. No fue tarea fácil, pero al cabo del tiempo, la Iglesia Católica hizo valer la indisolubilidad del matrimonio según el texto evangélico "quod Deus conjunxit nunc non separet"; así como su carácter sacramental.

La primera de las características citadas, como veremos más adelante, se conservó en la ley del matrimonio civil de 1889 y en los Códigos Civiles de 1870 y 1904, hasta que finalmente se rompe el principio de indisolubilidad con la ley sobre relaciones familiares de 1917.

Es claro que en esta época, los misioneros ense-  
ñaron los principios que inspiran el matrimonio cristiano;-  
pero se preocuparon sobremanera por regularizar las uniones  
conyugales. Se presentaron muchas dificultades que incluso  
tuvo que pedirse consejo a la Sante Sede. Una dificultad -  
consistió en determinar cuál de las mujeres debía considerar  
se como legítima; si debía el indio libremente escoger a una  
de ellas. Tras largas polémicas, la cuestión fue resuelta  
finalmente por el Papa Paulo III en 1573 en el sentido de -  
que cuando un indio hubiera tenido en su gentilidad muchas  
mujeres, se quedase con la primera que tomó, y si no recor-  
daba cuál había sido la primera, eligiese la que quisiera. -  
Era requisito que el indio hubiera recibido el bautismo pa-  
ra que operara tal situación.

La cuestión fue resuelta por medio de la bula -  
Altitudo divini consilii.

#### 5.c.- EPOCA INDEPENDIENTE.

5.c.1.- LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DE 1859.- Epo-  
ca en verdad difícil para la nación mexicana. Efervescen--  
tes se hallaban los medios políticos mexicanos originados -  
por las apasionadas ideas de los liberales y los conservado

res, manifestadas tanto en los campos de batalla cuanto en las instituciones y ordenamientos jurídicos de entonces. Son continuos los cambios de unas y otros. El matrimonio; naturalmente, se ve afectado por las cambiantes situaciones.

Aparece en México el primer ordenamiento legal del matrimonio con la expedición de la ley del matrimonio civil de 23 de abril de 1859, por Benito Juárez, en su carácter de Presidente interino. Establece como principios la secularización del matrimonio, su naturaleza contractual, la monogamia, la indisolubilidad matrimonial y la autoridad matrimonial.

Se comentará solo su naturaleza contractual, la secularización y la indisolubilidad. Se desconoce, en consecuencia, el carácter religioso que tenía el matrimonio como sacramento, sustituyéndolo por un rango puramente civil.

Como pequeña digresión, citaremos las palabras escritas del entonces Ministro de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública, Lic. Manuel Ruiz, dirigidas a funcionarios oficiales, en 1859:

"El gobierno ha procurado arriar de un

modo solemne el contrato del matrimonio, para que mediante la fe de testigos caracterizados que en todo tiempo caractericen la unión legítima de las personas, estas y sus familias gocen del honor, derechos y consideraciones que la sociedad y la ley dispensan a los casados. Esencialmente se ha cuidado de conservar el lazo de unión entre los esposos, para que viviendo en la honorabilidad y en la justicia, procuren de consuno el bien de ellos mismos y de sus hijos.

-----

"Con relación al divorcio, el gobierno, comparando siempre la esencia de la unión conyugal, ha señalado como causas suficientes para la separación temporal de los esposos, todas las que justamente hagan amarga, desesperada e insoportable la vida en común de los casados, ora sea porque se des honren o infamen, ora porque se dañen en su salud física o en su sentimiento moral;

sin embargo ha prohibido expresamente, -- como es de su deber, la realización de -- otro enlace mientras viva alguno de los divorciados. Garantizando el lazo conyugal hasta en estos casos, ciertamente -- graves, la familia conservará el amparo que le dió la naturaleza y que le consagró la sociedad" (45).

Notemos los acertados principios que en nombre de la sociedad, inspiraban entonces al matrimonio, los cuales fueron desapareciendo también en nombre de la sociedad, curiosamente.

El artículo 1o. de la Ley del Registro Civil de 1859 establecía que:

"El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez, hasta rá que los contrayentes, previas formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquella y expresen libremente -- la voluntad que tienen de unirse en ma--



rimonio".

Regula la secularización del matrimonio.

Por su parte, el artículo 40. de la ley en cita, se refiere a la indisolubilidad del vínculo conyugal al señalar:

"El matrimonio civil es indisoluble, por consiguiente, solo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por algunas de las causas expresadas en el artículo 20 de esta Ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas".

Como comentario a lo preceptuado, Ramón Sánchez Medal escribe:

"Se proclamó reiteradamente la indisolubilidad del matrimonio, ya que sólo la muerte de uno de los cónyuges podía di--

solverlo, y únicamente se permitió el di  
vorcio-separación por las causas previs-  
tas en la ley" (46).

Ahora bien, el artículo 20 establece:

"El divorcio es temporal y en ningún caso deja  
hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio mien-  
tras viva alguno de los divorciados".

A su vez, el artículo 21 de la ley que nos ocu-  
pa señala las causales de divorcio no vincular:

"1o.- El adulterio, menos cuando ambos  
esposos se hayan hecho reos de este cri-  
men, o cuando el esposo prostituya a la  
esposa con su consentimiento, mas en ca-  
so de que lo haga por la fuerza, la mu-  
jer podrá separarse del marido por deci-  
sión judicial sin perjuicio de que este  
sea castigado conforme a las leyes. Es-  
te caso, así como el de concubinato pú-  
blico del marido, dan derecho a la mu-  
jer para entablar la acción del divorcio

por causa de adulterio.

2o.- La acusación de adulterio hecha por el marido a la mujer o por ésta a aquel, - siempre que no la justifiquen en juicio.

3o.- El concúbiteo con la mujer, tal que resulte contra el fin esencial del matrimonio.

4o.- La inducción con pertinacia al crimen, ya sea que el marido induzca a la mujer, o ésta a aquél.

5o.- La crueldad excesiva del marido con la mujer o de ésta con aquél.

6o.- La enfermedad grave o contagiosa de alguno de los esposos.

7o.- La demencia de uno de los esposos, - cuando ésta sea tal que fundamentalmente se tema por la vida del otro. En todos - estos casos, el ofendido justificará en -

la forma legal su acción ante el juez de la instancia competente; y este, conociendo en juicio sumario, fallará inmediatamente que el juicio esté perfecto, quedando en todo caso a la parte agraviada el registro de apelación y su súplica".

5.c.2.- CODIGO CIVIL DE 1870.- Mantiene el principio de indisolubilidad matrimonial. Al respecto, el maestro Rojina Villegas sostiene:

"Este ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades" (47).

"Art. 159.- El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

"Art. 239.- El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos - de este Código".

"Art. 240.- Son causas legítimas de divorcio:

- 1o. El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2o. La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
- 3o. La incitación o la violencia por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.

- 4o. El conato del marido o de la mujer - para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción.
- 5o. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más - de dos años.
- 6o. La sevicia del marido con su mujer, o la de ésta con aquél.
- 7o. La acusación falsa hecha por un cón- yuge al otro".

Los artículos a continuación son los relativos al divorcio en el Código Civil de 1870:

"Art. 246.- Cuando ambos consortes con- vengan en divorciarse, en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los - términos que expresan los artículos si- - guientes: en caso contrario, aunque vivan separados, se tendrán como unidos para lo

dos los efectos legales del matrimonio".

"Art. 247.- El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad".

"Art. 248.- Los cónyuges que pidan de conformidad su separación del lecho y la habitación, acompañarán a su demanda una escritura que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de separación".

"Art. 249.- Mientras se resuelve de un modo definitivo sobre la separación, los cónyuges vivirán y administrarán los bienes de la manera que hayan convenido; sujetándose este convenio a la aprobación judicial".

"Art. 250.- La separación no puede pedirse sino pasados dos años de la celebra--

ción del matrimonio. Presentada la soli  
cidad, el juez citará a los cónyuges a -  
una junta, en que procurará reestablecer  
se entre ellos la concordia; y si no lo  
lograre, aprobará el arreglo provisorio  
con las modificaciones que crea oportu--  
nas, y no citará a nueva junta hasta des  
pués de tres meses".

"Art. 251.- Pasados los tres meses, só-  
lo a petición de alguno de los cónyuges,  
citará el juez a otra junta en que los -  
exhortarán de nuevo a la reunión; y si -  
ésta no se lograre, dejará pasar aun --  
otros tres meses".

"Art. 252.- Vencido este segundo plazo,  
si alguno de los cónyuges pidiere que se  
determine sobre la separación, el juez -  
decretará ésta, siempre que le conste --  
que los cónyuges quieran separarse libre  
mente".

"Art. 253.- Al decidir sobre la separa-



ción, el juez aprobará el convenio de — que habla el artículo 249, si por él no se violan los derechos de los hijos o de un tercero".

"Art. 254.- La sentencia admite los recursos que se conceden en los juicios de mayor interés".

"Art. 255.- Si dentro de los ocho días siguientes a cualquiera de los plazos señalados en los artículos 250 y 251, - no promueve ninguno de los cónyuges, dichos plazos, correrán de nuevo".

"Art. 256.- Mientras no cause ejecutoria la sentencia que se pronuncie sobre la separación, sólo podrán observarse - los arreglos provisorios en lo que no - perjudiquen los derechos de tercero".

"Art. 257.- La sentencia que apruebe - la separación, fijará el plazo que ésta deba durar conforme al convenio entre -

las partes, con tal que no exceda de tres años".

"Art. 258.- Si pasado este término, los consortes insisten en la separación, el juez procederá como está prevenido en los artículos 248 a 257, duplicando todos los plazos, fijados en ellos".

"Art. 259.- Lo mismo se hará si concluido el término de la segunda separación, in sisten en ella los consortes; pero esta vez no se duplicarán ya los plazos. Lo dispuesto en este artículo se observará siempre que concluido el término de una separación, los consortes insistan en el divorcio".

5.c.3.- CODIGO CIVIL DE 1884.- El artículo 226 manifiesta aún el divorcio no vincular al señalar que sólo se admitía como divorcio la separación de cuerpos; subsistiendo, naturalmente, el vínculo matrimonial.

Se conservan las mismas causales de divorcio que

en el Código de 1870, se aumentan otras: el hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo; la negativa de uno de los cónyuges de administrar al otro alimentos conforme a la ley; los vicios - incorregibles de juego o embriaguez; una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge; el mutuo consentimiento, - (fracciones II, IX, X, XI y XII respectivamente, del artículo 227 del Código de 1884).

Notamos otra innovación, la regulación expresa - del mutuo consentimiento, como causal de divorcio, pues aunque ya existía en el Código de 1870, no se contemplaba expresamente como tal.

#### 5.c.4.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.-

Con esta ley se admite en nuestro sistema jurídico el divorcio vincular. Cabe aclarar que este tipo de divorcio se introduce por vez primera en México, a través de dos Decretos de Carranza, uno de 29 de diciembre de 1914 que reforma la Ley Orgánica de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución de 1857; y otro, de 29 de enero de 1915 que refor-

mó el Código Civil de 1884.

"Art. 75.- El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En conjunto, la única y trascendente innovación de la ley en cita es la introducción y regulación del matrimonio vincular que llevaba aparejada la consecuente celebración de segundas nupcias.

Las causales de divorcio previstas en esta ley, son las mismas que reguló el Código Civil de 1884.

Admitido el divorcio vincular como regla general, sólo se permitió una excepción: la relativa a las enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias; en cuyo caso, el cónyuge sano podía pedir o el divorcio vincular o la simple separación del lecho y habitación (art. 76 fracción IV).

Se consideró en su tiempo a la ley en comento radical y destructora del núcleo familiar. El maestro Eduardo Pallares, la consideró como un virus destructor de primer

orden, perjudicial a la familia.

En efecto, dice: "La nueva Ley sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria, y destructora - del núcleo familiar. Sacude al edificio social en sus cimientos, y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una nueva era... La verdad es que lleva un virus destructor de primer orden" (48).

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

- ( 1 ) III, 30, 2o., cit. por Castán Tobeñas, José. La Crisis del Matrimonio, p. 44.
- ( 2 ) Cit. por Llovera, José María. Tratado de Sociología, - p. 67.
- ( 3 ) Llovera, José María; op. cit.; p. 67.
- ( 4 ) Ibidem, p. 68.
- ( 5 ) Familia y Sociedad, p. 18.
- ( 6 ) Cit. por Castán Tobeñas, J.; op. cit., p. 249, en Nota 3.
- ( 7 ) Enciclopedia Jurídica Omeba; t. XII, notas 2 y 4, p. - 147.
- ( 8 ) La Sociedad Primitiva, p. 395.
- ( 9 ) Principes de Sociología; Edición Alcán, París 1891; - t. II, p. 213; cit. por Castán Tobeñas, J.; op. cit., - p. 139 en nota 1.
- (10) Cit. por Mac Iver, R. H. y Page, Charles. Sociología; p. 253.
- (11) Matrimonio por Comportamiento, p. 95.
- (12) Castán Tobeñas, J.; op. cit., p. 295.
- (13) Op. cit., p. 90.
- (14) Op. cit., p. 80.

- (15) .revijano, Ramón y otros. El Vínculo Matrimonial ¿ Di  
vorcio o Indisolubilidad ? p. 23.
- (16) Derecho Romano, p. 103.
- (17) Margadant, Guillermo F. El Derecho Privado Romano; p.  
207.
- (18) Magallón Ibarra, Jorge M. El Matrimonio-Sacramento-Con  
trato-Institución, p. 16.
- (19) Teología Moral para Seglares, t. II. Los Sacramentos,  
p. 20.
- (20) Cit. por Magallón Ibarra, J. M.; op. cit.; p. 30 en no  
ta 42.
- (21) Cit. por Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexi-  
cano, t. I. Derecho de Familia, p. 207.
- (22) Foustel de Coulange. La Ciudad Antigua; cit. por Golds  
tein, Mateo en Repudiación y Divorcio en el Derecho An  
tigo; Rev. LA LEY, 12 de marzo de 1955, t. 77, Buenos  
Aires, Argentina.
- (23) Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XIX, p. 148.
- (24) Goldstein, Mateo; op. cit., p. 1.
- (25) Bernárdez Cantón, A. y otros. El Vínculo Matrimonial.  
¿ Divorcio o Indisolubilidad ? pp. 19-20.
- (26) Ibídem, p. 21.
- (27) Ibídem, p. 22.

- (28) Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba; t. XIX, p. 149.
- (29) Cfr. Bernárdez Cantón, A. y otros; op. cit., p. 26.
- (30) Margadán Guillermo F.; op. cit., p. 211.
- (31) García y García, Antonio y otros; op. cit., pp. 120 y ss.
- (32) Margadán G. F.; op. cit., p. 212 (cfr. García y García, A. y otros; op. cit., pp. 123-24).
- (33) García y G. A. y otros; op. cit., pp. 125, 162.
- (34) Ruiz de Santiago, Jaime. Naturaleza del Vínculo y de los Impedimentos Matrimoniales en la Legislación Eclesiástica, p. 494 (cfr. Bressan, Luigi y otros; op. cit., pp. 219 y ss.)
- (35) León XIII. Enc. Arcánium Divinae; 10 de febrero de --- 1960, No. 25, p. 104.
- (36) Ibidem, No. 16; p. 97.
- (37) Ibidem, No. 18; p. 98.
- (38) Ibidem, No. 14; pp. 94-95.
- (39) Cit. por Pío XI, Enc. Casti Connubii, No. 36 en nota - 38, p. 566.
- (40) Ibidem, No. 94; p. 594.
- (41) Ibidem, No. 37; pp. 567-68.



- (42) *Ibidem*, p. 595.
- (43) *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, t. I., p. 336.
- (44) Esquivel Obregón, Toribio; *op. cit.*, t. II., pp. 584 y ss.
- (45) Juárez G., Benito. *Documentos. Discursos y Correspondencia. Secretaría del Patrimonio Nacional; México*, - 1964, p. 524.
- (46) *Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México*, p. 11.
- (47) *Op. cit.*, p. 389.
- (48) *El Divorcio en México*, pp. 35-36.

## CAPITULO SEGUNDO

### DERECHO COMPARADO

#### A.- BREVE REFERENCIA A LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL EN EL DERECHO COMPARADO.

La autorización del divorcio vincular en los Estados modernos obedece fundamentalmente a las siguientes causas: la reforma protestante; la escuela del derecho natural racionalista y la Revolución francesa, de las cuales ya se ha hecho breve referencia en el capítulo precedente; la revolución de octubre; el laicismo y otros fenómenos como el feminismo y la libertad de conciencia.

La reforma protestante y el iusnaturalismo ra--  
cionalista conceden carácter puramente civil al matrimonio; admitiendo, en consecuencia, el divorcio en caso de adulte--  
rio. La revolución francesa recoge las ideas de los filóso--  
fos liberales del S-XVIII de Montesquieu y Voltaire, quie--  
nes atacan el principio de indisolubilidad matrimonial en -  
nombre de la libertad. En los países socialistas se admite  
el divorcio vincular como mal necesario, en caso de que los  
matrimonios desunidos no cumplan con la misión que les in--  
cumbe y que puedan considerarse como socialmente dañinos. -  
Se acepta libremente el divorcio por mutuo consentimiento.

1.- DERECHO CIVIL EUROPEO.

1.a.- DERECHO CIVIL PORTUGUES.

Portugal admite por vez primera el divorcio, por ley de 3 de noviembre de 1910.

Como causales, señala el mutuo consentimiento, diversas causas subjetivas y objetivas. Entre las primeras están: cualquier hecho que ofenda gravemente la integridad física o moral del demandante; adulterio; prácticas anti-conceptivas o de aberración sexual realizadas contra la voluntad del demandante; condena a pena de prisión superior a dos años; condena por lenocinio practicado contra descendiente o hermana del actor o por delito contra la vida de este o de un pariente hasta el tercer grado de la línea colateral; vida y costumbres deshonrosas; el hecho de que el fracaso de una demanda judicial por divorcio o separación haya llegado a lesionar gravemente el honor y la dignidad del otro cónyuge (incisos a, b, c, d, e, g, e i del artículo 1770 del Código Civil de 1967, modificado en 1975).

Como causas objetivas señala el abandono del hogar por tiempo superior a tres años y la separación de lo

cho por cinco años sucesivos (incisos f y h del artículo 1778 del Código Civil de 1967).

En el mismo año (1910) se implanta el matrimonio civil obligatorio; modificando sustancialmente el sistema matrimonial instituido por el Código Civil de 1867. En efecto, éste último Código, en su artículo 1056 sostenía la indisolubilidad del vínculo conyugal, al establecer: "el matrimonio es un contrato perpetuo hecho entre dos personas - de sexo diferente, con el fin de constituir legítimamente - la familia".

Igualmente se reconocían efectos civiles al matrimonio canónico y se reservaba el matrimonio civil a quienes no profesaban el dogma católico.

La revolución de 1910 transforma estos principios matrimoniales al implantar el matrimonio civil obligatorio y autorizar el divorcio vincular.

No obstante ello, el artículo 24 del Concordato de 15 de febrero de 1975 entre Portugal y la Santa Sede, -- permite la libertad de celebrar el matrimonio canónico, sin efectos civiles. En consecuencia, no puede acudirse a los

Tribunales Civiles a solicitar la disolución del vínculo --  
contraído canónicamente.

El comentado artículo 24 establece:

"Celebrado el matrimonio católico, los -  
cónyuges asumen por ello mismo, frente -  
a la Iglesia, el compromiso de atenerse -  
a las normas canónicas que le regulan y  
en particular de respetar sus cualidades  
esenciales. La Santa Sede, mientras rea  
firma la doctrina de la Iglesia Católica  
sobre la indisolubilidad del vínculo ma-  
trimonial, recuerda a los cónyuges que -  
han contraído matrimonio canónicamente -  
el grave deber que les incumbe de no va-  
larse de la facultad civil de pedir el -  
divorcio" (1).

1.b.- DERECHO CIVIL FRANCÉS.

En Francia, el divorcio se introdujo bajo la re-  
volución (1789), lo conservó el Código de Napoleón (1804) y  
fue suprimido por la restauración (1816). Finalmente se re-

restableció por la ley de 1884, por iniciativa del diputado Naquet después de una campaña de varios años.

Abandonando los aspectos históricos, apuntamos que la ley vigente de 1975 regula el divorcio de esta manera:

I.- Mantiene el divorcio-sanción. El artículo 242 permite el divorcio como causa general por "hechos imputables a la otra parte, cuando constituyen una violación grave o renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio y hacen intolerable el mantenimiento de la vida común".

Como causa específica de divorcio, el artículo 243 señala la condena a una pena afflictiva e infamante.

II.- Divorcio por mutuo consentimiento, bajo dos formas: la normal y la excepcional. La primera consiste en una petición conjunta de ambos cónyuges (artículos 211 y 212), que debe ir acompañada de un proyecto de convenio en orden a las consecuencias del divorcio sobre los hijos y los bienes. Como requisito, la ley exige cuando menos seis meses de matrimonio y que sea renovada la petición por tres meses de presentada la demanda.

La segunda forma consiste en que uno de los cónyuges se adhiere a la solicitud del otro, reconociendo la - certeza de los hechos- que hacen intolerable la vida común - (artículos 233 - 236).(2).

III.- Divorcio por ruptura de la vida en común basado en causas objetivas.- Los artículos 237 - 239 consideran como tales la separación de hecho que haya durado seis años, la alteración profunda de las facultades mentales de uno de los cónyuges que conducen a una separación efectiva por el mismo período.

Los artículos 240 y 241 imponen al solicitante la obligación de asumir las cargas pecuniarias derivadas -- del divorcio. Pero; por otra parte, si el cónyuge demandado demuestra que el divorcio reportaría a él y sus hijos -- "consecuencias materiales o morales de excepcional dureza", el juez rechaza la demanda. Además, el juez puede también rechazar la demanda cuando el divorcio puede provocar consecuencias demasiado graves para la enfermedad del otro cónyuge (art. 238), o bien, no decretar el divorcio "si constata que el convenio salvaguarda insuficientemente los intereses de los hijos o de uno de los cónyuges" (art. 232).

Como comentario a la ley francesa del divorcio de 11 de julio de 1975, García Contero (op. cit. p. 440) -- apunta:

"Esta ley instauro un sistema complejo que, por un lado, acepta el divorcio por mutuo consentimiento; por otro, conserva el divorcio-sanción, y solo excepcionalmente admite el divorcio por causas objetivas, en casos determinados, con muchas precauciones".

1.c.- DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

La ley española de divorcio es la más joven de todas las legislaciones divorcistas europeas; en virtud de haber sido aprobada el 22 de junio de 1981.

Como breve apunte histórico, el principio de indisolubilidad matrimonial fue introducido en España por la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1554.

La ley de 1870 sobre el matrimonio civil, conserva este principio. Por su parte, el Código Civil de 1809 re



conoce el matrimonio civil y el canónico; no autorizando la disolución en ninguno de ellos, sino solo la separación de las personas.

Es con la Constitución de la II República de 9 de diciembre de 1931 cuando se permite el divorcio vincular. El artículo 43 establece que "el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse - por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa".

Así la ley de divorcio de 2 de marzo de 1932, de rogada por la de 1938, establece un sistema de divorcio-san ción.

Posteriormente, la ley de 23 de septiembre de - 1939 vuelve a la prohibición del divorcio vincular, admitien do solo la separación de los cónyuges.

Finalmente, con apoyo en el artículo 32.2 de la Constitución española de 1978, la vigente Ley de divorcio - de 1981, modifica radicalmente el sistema matrimonial au torizar el divorcio vincular.

El citado precepto constitucional estatuye que "la ley regulará las formas de matrimonio, la edad, la capacidad para contraerlos, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

Por su parte, la ley de la materia de 1981 en el artículo 85 consigna que "el matrimonio se disuelve, sea -- cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio".

El artículo 86 señala como causas de divorcio:

1a.- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, -- cuando aquella se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2a.- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconciliación confor-

me a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si --- transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3a.- El ces efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a).- Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b).- Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurrido en causa de separación.

4a.- El cese definitivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5a.- La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos conforme a los artículos 90 y 103 de este código.

La disposición jurídica transcrita demuestra -- por sí sola que la separación en España, como en todas las legislaciones europeas, puede transformarse en divorcio.

En efecto, el Capítulo VII de la ley española - regula lo referente a la separación (artículos 81 a 84).

"Art. 81.- Se decretará judicialmente la separación cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio.

1o.- A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la

demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.

2o.- "A petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación".

"Art. 82.- Son causas de separación:

1a.- El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que le alegue.

2a.- Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3a.- La cadena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4a.- El alcoholismo, la taxicomania o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5a.- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio - admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

6a.- Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3a., 4a., y 5a. del artículo 86".

"Art. 82.- La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y ceza la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica".

"Art. 84.- La reconciliación pone término a la"

procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo -  
en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en  
conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el -  
litigio.

Ello no obstante, mediante resolución judicial, -  
serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en re-  
lación a los hijos, cuando exista causa que los justifique.

Finalmente, la legislación reconoce como formas  
de celebración del matrimonio, la religiosa y la civil, con-  
cediendo al matrimonio canónico efectos civiles (artículos  
49, 59, 60).

#### 1.d.- DERECHO CIVIL ITALIANO.

La vigente ley fortuna-Baslini de divorcio es de  
10. de diciembre de 1970 y ha sido calificada por la doctri-  
na de ese país como "muy confusa". En efecto, no habla de  
"divorcio", sino de "disolución del matrimonio", o bien, --  
de "cesación de los efectos civiles", para los matrimonios  
contraídos bajo la forma canónica.

Luego al señalar los casos de divorcio y tras -

hacer numerosas remisiones al código penal, finaliza sin precisar si el fundamento de la ruptura del vínculo es la culpa u otras razones objetivas. Sin embargo, los estudiosos están de acuerdo en que tal fundamento es la separación de los cónyuges.

En efecto, el artículo 2o. de la ley dispone que el juez pronuncia la disolución del matrimonio contraído según las normas del código civil cuando, fracasado el intento de conciliación, constata que la comunión espiritual y material entre los cónyuges no puede ser mantenida o reconstituida por la existencia de alguna de las causas previstas en el artículo 3o.

A su vez este último precepto enumera las causas de divorcio y las clasifica en:

I.- Penales.- Condena a cadena perpetua o a pena superior a quince años; con excepción de los delitos culposos y políticos, así como los llevados a cabo por motivos de particular valor moral y social.

A. respecto nos preguntamos si existen delitos que tengan un valor particular moral y social.



¿Cuáles serían?

Son también causas penales de divorcio la condena por delitos contra la honestidad cometidos contra los -- próximos parientes o por delitos contra la vida.

II.- Civiles.- Separación de hecho de los cónyuges (separación consensual homologada), como causa general de divorcio. La separación debe ser motivada por sentencia; por mutuo consentimiento, siempre que la separación de hecho sea anterior a dos años a la entrada en vigor de la ley.

Ahora bien, se exige para poder decretarse la disolución, que la separación dure 5 a 6 años como mínimo, incluso con oposición del otro cónyuge.

Observamos que la separación puede transformarse en divorcio, en virtud de que la prolongación temporal de aquella supone la imposibilidad material y moral de la vida común; es decir, el legislador adopta el sistema del divorcio sanción o por culpa de una de los cónyuges.

La no consumación del matrimonio es igualmente causa de divorcio. Así, los cónyuges casados concordatoria

mente pueden solicitar al mismo tiempo dispensa canónica --  
"super rato" y el divorcio civil.

III.- Otras causas.- Cuando el cónyuge siendo -  
extranjero haya celebrado nuevo matrimonio en país también  
extranjero, como consecuencia del anulamiento o la disolu--  
ción del matrimonio.

Finalmente, concluimos con M.D'Antonio y G. Ma--  
zzeo que "para la ley examinada (la italiana) carece de in--  
fluencia el hecho de que haya hijos y de que (para ellos el  
divorcio represente un bien o un mal)". (3).

El artículo 4o. dispone que el Presidente del -  
Tribunal intentará la reconciliación de los cónyuges, oyén--  
dolos primero por separado y luego juntos. Asimismo oirá -  
a los hijos menores si lo considera oportuno, antes de de--  
cretar el divorcio.

#### 1.e.- DERECHO CIVIL SUECO.

Este país escandinavo se halla enormemente in--  
fluenciado en favor de una liberalización del divorcio. La  
ley de 13 de diciembre de 1968, reformada en 1973, concedía

la disolución relativamente fácil y establecía como causas de divorcio la separación legal de un año sin reanudación de la vida común; el abandono de uno de los cónyuges durante dos años; la separación de hecho durante tres años; algunas causas tipificadas en la ley, como el adulterio, la enfermedad venérea, condena penal a tres años, el abuso de bebidas alcohólicas, enfermedad mental.

La reforma de 1973 a la ley vino a hacer aún -- más fácil la disolución. Elimina las causas de divorcio, -- exigiendo sólo la petición de uno o ambos cónyuges. Se reduce, de un año a 6 meses, el plazo para convertir la separación legal en divorcio de manera automática, salvo que el otro cónyuge se oponga o existan hijos menores de 16 años.

1.f.- DERECHO CIVIL ALEMÁN (REPUBLICA FEDERAL  
ALEMANIA O ALEMANIA OCCIDENTAL).

La vigente ley alemana de divorcio de 10. de julio de 1977 adopta fundamentalmente el sistema de divorcio por quiebra o por fracaso. En efecto, el artículo 1565 del BGB dispone: "Un matrimonio puede disolverse cuando ha fracasado". El matrimonio ha fracasado cuando ya no subsista la convivencia conyugal y no cabe esperar su restablecimien

to".

El artículo 1566 presume que el matrimonio ha fracasado cuando los cónyuges viven separados por tres años; presunción que admite prueba en contrario. Se trata, pues, de una presunción iuris tantum. El plazo de separación se produce, de tres a un año, cuando ambos cónyuges solicitan el divorcio, o cuando el demandado consienta en divorciarse.

Ahora bien, en términos del artículo 1567 del B GB, la separación consiste en que entre los cónyuges no subsiste la comunidad doméstica y uno de los cónyuges se opone manifiestamente a su restablecimiento al rechazar la convivencia conyugal (4).

Por su parte, el artículo 1568 establece la excepción a la regla general del divorcio por fracaso del matrimonio, a través de la aplicación de la "cláusula de duración" a "cláusula de dureza".

Dicha cláusula consiste en que el matrimonio no debe ser disuelto, aunque haya fracasado si el mantenimiento del matrimonio es absolutamente necesario en interés de los hijos menores por especiales razones o el divorcio re--

sulta excepcionalmente perjudicial para el cónyuge demandado. Esta cláusula no puede aplicarse cuando media una separación de hecho mantenida durante cinco años (5).

1.g.- DERECHO CIVIL INGLES.

Como en Alemania, Inglaterra reconoce como causa general de divorcio "el irremediable fracaso del matrimonio". Ello se presume cuando se comprueba: el adulterio del cónyuge demandado o que el actor considere intolerable la convivencia; la conducta del demandado que razonablemente haga imposible el mantenimiento conyugal; el abandono por un período mínimo de dos años; la separación de hecho por igual período, cuando el demandado consiente en el divorcio; la separación de hecho de los cónyuges por una duración superior a cinco años.

Tales hipótesis se encuentran previstas en la Matrimonial Causes Act. de 1973.

Si concurre cualquiera de éstos supuestos existe presunción iuris tantum de fracaso del matrimonio.

También en el Derecho Inglés existe la "cláusula

---

de dureza", cuando en la separación de hecho por cinco o más años, el demandado puede oponerse al divorcio alegando que - la ruptura le ocasiona grave perjuicio financiero o de otro tipo.

## 2.- DERECHO AMERICANO.

### 2.a.- ESTADO UNIDOS DE NORTEAMERICA.

En los Estados Unidos -apunta García Cantero (6)- el divorcio es una institución generalmente admitida, variando los motivos de un Estado a otro. Son causas admitidas en todos ellos; adulterio, la crueldad física o mental, abuso - del alcohol o estupefacientes, delitos contra naturam, impotencia antecedente e incurable, enfermedad mental incurable, condena por delitos graves, abandono. En el Estado de Nueva York, la Domestic Relations Law, de 1976 ha modificado el régimen del divorcio ampliando sus causas (separación legal o mutuo consenso por espacio de dos años).

Independientemente de lo anterior, otros Estados de la Unión aplican la Uniform Marriage and Divorce Act, de 1970, revisada en 1971, que adopta el sistema de divorcio remedio por ruptura irreparable del matrimonio.

La incompatibilidad de caracteres y la culpabilidad de uno de los cónyuges son igualmente causas objetivo-subjetivas aceptadas en la mayoría de los Estados de la Unión.

2.b.- ARGENTINA.

En los países hispanoamericanos anotan Jesús Rey y Francisca Sauquillo (op. cit. p. 25)- el divorcio se concede con las excepciones de Argentina, Chile, Brasil, Paraguay y Filipinas (Colombia y la República Dominicana niegan el divorcio a los matrimonios canónicos). Admiten el divorcio por mutuo consentimiento, aunque con determinados requisitos, México, Costa Rica, Honduras, Uruguay, Nicaragua, Bolivia y Ecuador. En cambio en Perú y Venezuela sólo se admite el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y a solicitud del otro.

Por lo anterior, se infiere que en Argentina no se permite el divorcio para ninguna clase de matrimonios.

Como apunte histórico, la ley 14.394 de 22 de diciembre de 1954, permitió el divorcio vincular en su artículo 31; pero tal experiencia divorcista de escasos dos años, fue suspendida con el decreto-ley 4.070 de 10. de marzo de -

1956.

2.c.- CHILE.

Tampoco se autoriza el divorcio vincular en este país. El artículo 102 del Código Civil así lo declara:

"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Durante el gobierno de Salvador Allende existieron intentos de implantar el divorcio, pero fracasaron.

También debe señalarse que en la ley de 1884 introdujo en Chile el sistema, aun vigente, de matrimonio civil obligatorio.

2.d.- COLOMBIA.

Ya se ha señalado que en Colombia no se autoriza el divorcio para los matrimonios canónicos.



No obstante, después del Concordato de 12 de julio de 1973, ratificado en 1975, se ha promulgado una ley de divorcio exclusivamente para el matrimonio civil.

2.e.- COSTA RICA.

Este país admite el divorcio vincular por mutuo consentimiento, sujeto a determinados requisitos, entre los que sobresalen principalmente la culpa del otro cónyuge y a solicitud del inocente.

También existe la separación legal, misma que puede transformarse en divorcio al cabo de un año de separación y después de dos tentativas de conciliación.

Ahora bien, para que proceda el divorcio por mutuo consentimiento es necesario que hayan transcurrido por lo menos cinco años de la celebración del matrimonio, debiendo presentar escritura pública sobre la situación de los hijos y de los bienes.

2.f.- HONDURAS.

Como en Costa Rica, Uruguay, Nicaragua, Bolivia y

Ecuador, en Honduras se admite el divorcio por culpa del otro cónyuge a petición del inocente.

Además, se admite el divorcio por mutuo consentimiento cuando los cónyuges son mayores de edad.

En este país rige el sistema de matrimonio civil obligatorio.

#### 2.g.- NICARAGUA.

Rige el sistema de matrimonio civil obligatorio.- Por consiguiente, se permite el divorcio vincular por culpa del otro cónyuge a solicitud del inocente; o bien, por mutuo consentimiento. Siempre que los cónyuges estén de acuerdo sobre la partición de los bienes.

#### 2.h.- PANAMÁ.

Rige también el sistema de matrimonio civil obligatorio. Sólo se acepta el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y a instancia del inocente.

No se admite el divorcio por mutuo consentimiento.

## 2.i.- VENEZUELA.

Lo mismo que se anotó en Perú, es válido para este país. En efecto, rige el sistema de matrimonio civil obligatorio; autorizándose el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y a instancia del otro; tampoco se permite el divorcio por mutuo consentimiento.

## 3.- DERECHOS SOCIALISTAS.

En conjunto, regulan el divorcio con criterio subjetivo, utilizando diversidad de fórmulas legales: incompatibilidad de caracteres, continuos desacuerdos, hostilidad permanente (Yugoslavia); malos tratos, ofensas graves (Albania); perturbación grave o insanable de la convivencia (Rumania y Bulgaria); desacuerdo profundo y permanente entre los cónyuges (Checoslovaquia); desunión completa y duradera (Polonia).

Se observa que impera el sistema de divorcio remedio.

El artículo 14 de la Ley Fundamental soviética sobre el matrimonio y la familia dispone que el divorcio judi-

cial sólo debe decretarse cuando se comprueba la imposibilidad de continuación de la vida conyugal.

3.a.- RUSIA.

Aparte de lo señalado, el Código de Leyes sobre matrimonio, la familia y la tutela, de la Unión Soviética de 1968, autoriza el divorcio por mutuo acuerdo, el cual se basa en un procedimiento sumario por vía administrativa cuando los cónyuges carecen de hijos menores, bastando la solicitud de ambos en el Registro Civil, que los inscribirá en el plazo de tres meses.

Se concluye que en la Unión Soviética existe el divorcio por mutuo consentimiento sin alegación de causa.

3.b.- CUBA.

Los artículos 50 y 51 del Código Cubano de la familia, de 1975, regulan el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges en virtud de sentencia judicial.

Según el artículo 51 del Código Cubano de la familia -escrito García Cantero (7)- procede el divorcio cuando

el Tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y - para los hijos, y con ello también para la sociedad. Aclara el artículo 52 que tal situación se produce cuando existan - causas que hayan creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en que de modo adecuado se puedan ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lo--grarse los fines a que se refiere la propia ley.

En forma semejante a lo expresado por el autor es pañol citado, se declaran partidarios del divorcio otros paí ses socialistas al autorizarlo cuando el matrimonio ha perdi do su razón de ser (art. 54 del Código Albanes de la familia); o cuando ya no tenga una finalidad social (párrafo 24 de la ley sobre la familia de Checoslovaquia); o bien, cuando el - Tribunal constata que el matrimonio ha perdido todo valor pa ra los cónyuges, los hijos y la sociedad.

Al respecto, cabe la pregunta de cuándo el matri monio pierde su razón de ser y cuando desaparece en él todo valor social.

Si consideramos al matrimonio como institución en

la cual la sociedad encuentra su fundamento, estimamos que - el matrimonio como institución, jamás pierde su valor social. En consecuencia, pensamos que es inexacto afirmar que el matrimonio pierda alguna vez todo valor para los cónyuges, los hijos y la sociedad.

En tal sentido opina F. W. Bosch (cit. por Jacques LeClercq. La familia según el derecho natural, pp 104, 105) al señalar: "No existen matrimonios sin valor para la comunidad; en los matrimonios concretos se realiza, desde el momento de su celebración, la institución matrimonial, y es mucho mejor conservar jurídicamente un matrimonio que culpablemente amenaza ruina -sobre todo si la parte inocente no quiere divorciarse- que perjudicar toda la institución y desvalorizar todos los matrimonios".

3.c.- ALEMANIA DEL ESTE (REPUBLICA DEMOCRATICA --  
ALEMANA)..

Con similar punto de vista al anterior, el párrafo 24 del Código de la familia de este país, establece que - el matrimonio puede disolverse por mutuo consentimiento sólo si hay serios motivos y el Tribunal constata que aquél ha -- perdido todo valor para los cónyuges, los hijos y la sociedad.

3.d.- POLONIA.

El Código Polaco de la familia de 1964 contiene una disposición "sui generis" en relación al divorcio y respecto de las legislaciones civiles socialistas.

En efecto, si bien es verdad que el artículo 56.1 indica que "cuando una desunión completa y duradera se manifiesta entre dos cónyuges, cada uno de ellos puede pedir al Tribunal la disolución de su matrimonio por divorcio. El divorcio no es admisible cuando se solicita por el único culpable de la desunión, a menos que el otro consienta o su negativa a consentir sea contraria a las reglas de la vida en sociedad", no es menos cierto que el artículo 56.2 prohíbe la disolución del vínculo "a pesar de la existencia de una desunión completa y duradera, cuando, a consecuencia del divorcio, padecería el interés de los hijos menores".

Más que ningún otro Estado socialista, Polonia encuentra que la unión conyugal resulta estrictamente indispensable a la formación de los hijos menores; lo cual, estimamos, rompe con los lineamientos de la moral socialista.

3.e.- REPUBLICA POPULAR CHINA.

La Ley China de 1950 -indica García Cantero (8)-- autoriza también el divorcio por consentimiento mutuo y sin invocación de causas en vía administrativa o judicial, siempre que se adopten medidas oportunas sobre los hijos y los bienes.

De todo lo expuesto, puede válidamente admitirse que el fundamento del divorcio ha variado considerablemente. Si bien en un principio radicaba en el adulterio de uno de los cónyuges; luego en la violación culpable de los deberes conyugales; más tarde en la desaparición de la vida en común, hoy en día se basa en la sola voluntad homologada de los consortes, y a veces de uno sólo, sin que medie causa alguna.

Podría hablarse de divorcio por mero capricho; o para mejor decirlo, no es más que la consecuencia del matrimonio libre que defendían desde 1899 los hermanos Margueritte, o sea, el divorcio libre.

Como Corolario, notamos en el derecho comparado - cierta evolución del divorcio. Primero el divorcio sanción que presupone la culpabilidad de uno de los cónyuges (causas subjetivas, como adulterio, pérdida de la libertad por sentencia judicial; es decir, divorcio basado en casos concretos y determinados que constituyen formulaciones generales,



amplias y flexibles). Más tarde aparece el divorcio nupcial en el que ya no cuentan aspectos subjetivos, culposos o "dramáticos", sino causas objetivas como la separación de hecho o de derecho.

Como efecto sociológico y ético debemos notar dice SCHMITZER, cit. por Jacques Leclercq; op. cit. p. 104 - en la evolución de las legislaciones europeas sobre el divorcio y la separación, la tendencia a hacer más fácil la disolución del matrimonio.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- ( 1 ) García Cantero, Gabriel y otros. El Vínculo Matrimonial ¿Divorcio o Indisolubilidad?; pp. 452 ss.
- ( 2 ) *Ibidem*, p. 450.
- ( 3 ) Cit. por García Cantero, G.; *op. cit.*, p. 458.
- ( 4 ) Sauquillo, Francisca y Jesús Rey. Ley del Divorcio; - p. 20.
- ( 5 ) *Ibidem*.
- ( 6 ) *Op. cit.*, p. 464.
- ( 7 ) *Op. cit.*, pp. 468-69, en nota 66.
- ( 8 ) *Ibidem*, p. 469.

## CAPITULO TERCERO

### DERECHO CANONICO Y DERECHO CIVIL MEXICANO.

#### A.- CLASIFICACION DE CONCEPTOS.

Dada la confusión con que suelen manejarse estos -  
términos, conviene precisar su significado.

#### I.- NULIDAD.

La nulidad del matrimonio se produce en virtud de causas coetáneas a su celebración; se distingue del divorcio en cuanto éste último aparece por causas sobrevenidas. No obstante, nulidad y disolución se asemejan en tanto que ambas suponen la existencia de la vida conyugal; por último, - la separación se limita a suspender la vida en común y deja subsistente el vínculo conyugal.

La nulidad tiene cabida cuando se demuestra que - el matrimonio se contrajo entre personas que según la ley -- son incapaces, o bien, cuando se celebró sin las formalida-- des exigidas legalmente, o cuando existe error de un cónyuge sobre la identidad o cualidades decisivas del otro, por haber sido contraído por coacción o miedo grave y, por último, cuan-- do no hubo consentimiento para contraerlo.

Si se presenta alguno de los supuestos puede afirmarse que el matrimonio es nulo; es decir, no hubo propiamente matrimonio. Los efectos de la nulidad son retroactivos, se retrotraen a la fecha de la celebración.

La acción para pedir la nulidad corresponde a los cónyuges y a cualquier persona que demuestre tener interés directo y legítimo en ella.

En algunos países como España, el matrimonio canónico produce efectos civiles; por lo que, las resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de esta clase de matrimonio o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil. Por tanto, se podrá solicitar la nulidad tanto del matrimonio civil como canónico; en el caso de este último, tras de pronunciarse la sentencia de nulidad canónica, habrá de seguirse el trámite de la ejecución civil ante Tribunales Civiles.

## 2.- SEPARACION.

Institución típicamente del orden del derecho canónico, en virtud de la cual cesa la convivencia de lecho y mesa subsistiendo el vínculo matrimonial. Se habla, entonces,

de separación de cuerpos o *divortium quoad torum et mensam*, dentro del derecho canónico; el cual señala que "los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay una causa justa que los excuse" (canon 1128).

Se distingue entre separación perpetua y temporal. La primera, únicamente en caso de adulterio de uno de los cónyuges (canon 1129); la segunda, por otras causas como malos tratos (canon 1131).

En consecuencia, el matrimonio supone la comunidad de vida entre los consortes. El artículo 68 de la Ley de Divorcio Española de 1981 dispone que "los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente".

La convivencia puede cesar por culpa de uno de los esposos o por mutuo consentimiento. Ahora bien, la separación puede ser de hecho (por abandono) o de derecho (por sentencia judicial); misma que puede convertirse en divorcio, pero en tanto subsista la separación, no pueden contraer nuevo matrimonio.

Por tanto, observamos que todas las legislaciones

européas regulan los casos que dan lugar a la separación de cuerpos. Asimismo, en igual forma lo hacen algunos países hispanoamericanos como Costa Rica, Bolivia, Uruguay, El Salvador, Ecuador y Panamá.

Igualmente advertimos el silencio que en esta materia incurre nuestra legislación vigente, a pesar de que tal institución no es de ningún modo extraña a nuestra tradición jurídica, pues rigió hasta la vigencia de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, cuando desaparece.

Por ello, estimamos prudente que sería conveniente establecer nuevamente tal figura en la ley civil, sin que ello implique alguna imitación a leyes extranjeras o un retroceso legislativo.

### 3.- DIVORCIO.

En este punto, basta decir que éste implica la ruptura del vínculo conyugal existente en un matrimonio válidamente celebrado, debido a determinadas causas distintas de la muerte de uno de los esposos, y con facultad de contraer nuevo matrimonio. Se trata, por tanto, de divorcio no sujeto al vínculo o divorcio vincular.

Sin embargo, se aclara que existe el divorcio no vincular o simplemente separación de cuerpos, en el derecho canónico; mismo que no admite, fuera de la muerte, la disolución del vínculo conyugal. Así lo expresa el canon 1118: "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte".

Con todo, como se verá al tratar el tema del privilegio Paulino, existen algunos casos en los que se puede disolver el vínculo.

Adelantándonos, el matrimonio canónico se disuelve por tres causas:

- a) Por muerte de uno de los cónyuges.
- b) Por dispensa del matrimonio rato y no consumado, dispensa que concede la Sede Apostólica por justa causa y a petición de ambas o de una de las partes aunque se oponga la otra.
- c) Por virtud de profesión religiosa solemne de uno de los cónyuges.

B.- DERECHO CANONICO.

1.- LA LEY EVANGELICA Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDAD  
E INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO. PROPIEDADES  
ESENCIALES.- ORIGEN NATURAL DEL MATRIMONIO.

La escuela católica cuando se refiere a la consti-  
tución y naturaleza del matrimonio, dice que por virtud de -  
la ley evangélica y por voluntad de Cristo, aquel es uno e -  
indisoluble.

PRINCIPIO DE UNIDAD.

Las encíclicas Casti Connubii y la Arcanum Divi--  
nae, que constituyen un sólido cuerpo de doctrina respecto -  
del matrimonio, disponen que tres son sus bienes: a) la pro-  
le (procreación y educación); b) la fidelidad (unidad, amor  
y perfeccionamiento mutuo y la obediencia); y c) el sacrament  
to (indisolubilidad natural).

Destacamos que de estos tres bienes, se señalan -  
la unidad y la indisolubilidad como propiedades esenciales -  
del matrimonio.



Por virtud del principio de unidad, se exige que por el bien de la institución familiar, el hombre y la mujer se entreguen mutuamente sin reservas para consagrarse juntos a la obra familiar de manera estable y permanente.

La poligamia repugna con el derecho natural, pues se contrapone con los fines primarios del matrimonio (generación y educación de los hijos) e impide el logro de los secundarios (mutuo amor).

De donde resulta que el régimen monógamo es el único que asegura al matrimonio la plena realización de sus fines.

Indicado por la naturaleza -escribe Jacques Leclercq (1)- el matrimonio monógamo es el único que asegura la unión más estrecha posible, unión de toda la vida, del hombre y de la mujer, unión que establece entre ellos una solidaridad completa y asegura la igualdad fundamental a que la mujer tiene derecho lo mismo que el hombre. El matrimonio monógamo es también el único en que los dos esposos forman una verdadera entidad moral en orden a la educación de los hijos. El régimen de monogamia es, en otras palabras, el único en que los esposos fundan una verdadera familia, cen-

tro de la vida de ambos.

Unión moral: el matrimonio monógamo es el único - que favorece la unión moral de los esposos, unión de sus vidas que trasciende la simple satisfacción de instintos.

Unión en plano de igualdad: el matrimonio monógamo es el único de acuerdo con la dignidad de la mujer, igual al hombre.

Unión familiar: el régimen de monogamia es el único que permite la educación de los hijos por el padre y la madre a la vez, unidos para la obra común de la familia.

En idéntico sentido opina José D'Aguanno en relación a la monogamia. De donde resulta -dice- que la forma de unión más propia para el desarrollo del sentimiento simpático parece que no puede ser otra que la monogamia. En efecto, sólo en ella es donde puede darse la concentración de afecto por medio de la cual se llega algunas veces al sacrificio de la propia vida (2).

Se objetará; sin embargo, que la poligamia ha existido siempre, lo cual es una verdad a medias.

En efecto, puede hablarse en todo caso de poligamia ocasional en la que el marido puede tomar otra mujer cuando la primera resulte estéril. Es el caso de los judíos, -- los babilónicos, los chinos, los hindúes y los esquimales. -- La esterilidad constituye causa de repudio en estos pueblos.

Aún más: se permite, aunque muy raramente, el adulterio lícito en la ley del levirato vigente entre los judíos, los árabes y los hindúes. En virtud de esta ley, cuando un hombre muere sin hijos, su pariente más cercano está obligado a casarse con la viuda para engendrar un hijo, el cual se considera legalmente procreado por el difunto. Así, si el -- segundo marido de la viuda ya está casado, surge la poligamia obligada.

Por otra parte; en relación al concubinato, este también se ha reconocido legalmente. El derecho romano lo -- permitía --dentro de la monogamia-- a quienes resultaba imposible contraer matrimonio legítimo debido a su condición social. No por ello era el concubinato considerado como una -- relación inmoral.

En consecuencia, el concubinato no significaba en tiempos pasados una relación al margen del matrimonio. Di--

riase que la concubina no pasa de ser una esposa secundaria, permitida por la ley y que vive en el seno de la familia. En China por ejemplo, a las concubinas se les llama mujeres pequeñas o esposas de segunda categoría; en cambio, la esposa es la gran mujer.

En Babilonia, la esposa puede dar a su marido una concubina escogida entre sus propias esclavas o comprada de acuerdo con él.

Pensamos que tal vez la práctica del concubinato legal pretenda limitar el adulterio del marido, permitiendo a la esposa proteger la paz y cierta dignidad del hogar.

Por último, concluimos con Jacques Leclercq (op. cit. p. 72) que de las encuestas realizadas de 50 años a esta parte sobre la organización familiar, en todas las sociedades resulta que el régimen de monogamia es verdaderamente el régimen humano, el normal y habitual del género humano. - Es el régimen de los pueblos más primitivos.

Admite que este punto ha sido muy discutido, principalmente por razón de las preocupaciones religiosas y morales que a él van vinculadas. Hoy se da por seguro -dice ci-

tando a Koppers, que "la más antigua capa de la humanidad -- que podamos alcanzar se distingue por la institución de la monogamia. No cabe duda de que hay que ver en ella la forma más antigua del matrimonio y de la familia" (3).

Como Corolario, Pío XI en la encíclica casti Connu  
bii número 20, refiriéndose al principio de unidad matrimo--  
nial, manifiesta:

"Esta fidelidad exige, por tanto, en --  
primer lugar, la absoluta unicidad del  
matrimonio que el propio Creador prees  
tableció en el matrimonio de los primes  
ros padres cuando quiso que este no --  
existiera sino entre un único hombre y  
una única mujer. Y, aunque después --  
Dios, supremo Legislador, suavizó tem-  
poralmente esta primitiva ley, ninguna  
duda queda, en cambio, de que la ley -  
evangélica restauró íntegramente aquel  
la primitiva y perfecta unidad y derog  
ó toda dispensa, como claramente muestr  
an las palabras de Cristo y el modo  
constante de enseñar y proceder de la

Iglesia. Con razón, por consiguiente, el santo Concilio de Trento declaró solemnemente: 'Que con este vínculo se ligan y unen nada más que dos, lo enseñó Nuestro Señor Jesucristo cuando dijo... ASI, PUES, YA NO SON DOS, SINO UNA SOLA CARNE" (4).

La ley de la unidad no admite más excepción que - muerto uno de los cónyuges, se permiten al que sobrevive, ulteriores nupcias.

Para mayor abundamiento, numerosos autores sostienen la defensa del principio en análisis como nota esencial del matrimonio. Así, hablan de unión o plenitud bio psicológica entre ambos sexos, elemento que diferencia a los aparejamientos sexuales de las bestias.

Sohm (5) define la unidad matrimonial como "la -- unión plena y legal de un hombre y una mujer para hacer vida común".

Rosmini y Miraglia (6) afirman que se trata de -- "la unión plena y perfecta, según naturaleza, entre dos in--

dividuos humanos de sexo diverso".

En suma, se concluye que la unidad o plenitud significa la "fusión de cuerpos y almas" (7).

#### PRINCIPIO DE INDISOLUBILIDAD.

Según se señaló, la legislación canónica prohíbe, fuera de la muerte, la disolución del matrimonio válido rato y consumado.

Ahora bien; por virtud de este principio, el matrimonio no puede disolverse por voluntad de los cónyuges.

Ello tiene una razón de ser: el matrimonio es un sacramento (Vid supra 2.c.2) y dado que el sacramento es el matrimonio y el matrimonio es el sacramento, se comprende -- que la Iglesia quiera regir el matrimonio de sus fieles dejando al Estado la reglamentación de los efectos civiles, es decir, los efectos sobre los bienes.

En este punto, explica Leclercq, prácticamente la indisolubilidad que es una institución exclusivamente católica.

El canon 1013.2 confirma lo dicho: "la unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales en el matrimonio cristiano obtienen una firmeza peculiar por razón del sacramento".

Por otra parte el Concilio de Trento (supra b.a) defendió la indisolubilidad aún en el caso de herejía o de adulterio; apoyándose en diversos textos evangélicos como el hombre no debe separar lo que Dios ha unido, los dos cónyuges son una sola carne, el matrimonio cristiano es símbolo del amor de Cristo a la Iglesia.

Como contrapartida a este principio está el divorcio en cuanto al vínculo, el cual se reflexionará más adelante y se expondrán algunas opiniones de distintos pensadores que lo defienden y lo impugnan.

Regresando al principio en análisis, conviene definir lo que se entiende por matrimonio rato y consumado, legítimo y putativo.

"1015.1. El matrimonio válido de los cristianos se llama rato si todavía no ha sido consumado; rato y consumado, si



entre los cónyuges ha tenido lugar el -  
acto conyugal, al que por su misma natu-  
raleza se ordena el contrato matrimonial  
y por el que los cónyuges se hacen una  
sola carne.

"2. Si los cónyuges han cohabitado des-  
pués de haber celebrado el matrimonio,  
se presume que lo han consumado, mien-  
tras no se demuestre lo contrario.

"3. El matrimonio válido entre no bauti-  
zados se llama legítimo.

"4. Si por lo menos uno de los cónyuges  
ha procedido de buena fe al celebrar el  
matrimonio inválido, este se llama puta-  
tivo hasta que ambos conozcan con certe-  
za la nulidad".

La ley de la indisolubilidad admite las siguientes  
excepciones:

a).- El matrimonio rato (celebrado entre cristia-

nos), no consumado, se disuelve por profesión religiosa de uno de los cónyuges (canon 1119).

b).- El celebrado entre bautizado e infiel si tan poco ha sido consumado (Ibidem).

c).- El de dos bautizados, celebrado en la infidelidad de ambos y sólo consumado cuando ambos eran infieles (canon 1125: Constituciones de Paulo III, Altitude, de 10. de junio de 1537; de San Pío V Romano Pontificis, de 2 de agosto de 1571; y de Gregorio XIII Populis, de 25 de enero de 1585).

d).- El de bautizado e infiel, celebrado asimismo en la infidelidad de ambos y solo consumado en ella, pero no después de la conversión del bautizado.

El canon 1119 señala: "el matrimonio no consumado entre bautizados, o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne, como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga".

Se infiere que la Iglesia, en virtud de la potestad que le ha concedido Cristo puede disolver el matrimonio de sus súbditos, si no ha sido consumado. Haciendo uso de esta potestad, ha dado la Iglesia a la profesión religiosa de votos solemnes (canon 575) la virtud de disolver dicho matrimonio, disolución que se verifica en el momento, y no antes, en que se emiten los expresados votos.

Ahora bien, el proceso para probar la no consumación en el matrimonio se detalla en los cánones 1960 y siguientes, y en las Reglas de la Instrucción CATHOLICA DOCTRINA de la Sagrada Congregación de Sacramentos, de 7 de mayo de 1923.

## 2.- LA SOCIEDAD CONYUGAL Y EL ORDEN DE LA NATURALEZA.

De conformidad con las ideas antecedentes, la unión conyugal debe ser monógama e indisoluble; formando una comunidad de vida o matrimonio en facto esse, según el derecho canónico, la cual garantiza la existencia de una familia sana y feliz por medio de la procreación generacional de la prole.

Lo anterior, obedece a principios de orden estrictamente naturales.

Así lo confirma Leclercq al señalar que respecto de la familia no hay institución más cercana a la naturaleza y que nace espontáneamente del mero desarrollo de la vida humana ( 8 ).

Por otra parte; la especie humana -escribe José María Llovera (9)- se propaga por generación. Esta, según la intención de la naturaleza, debe obtenerse no por concurso fortuito, accidental o transitorio de los sexos, sino por unión estable y singular del varón con la mujer. De ahí la necesidad de la sociedad conyugal, que según el orden de la naturaleza, debe ser una e indisoluble.

Por tanto, la naturaleza no actúa por capricho ni por accidente.

Coincidiendo con Llovera, Leclercq sostiene que "la unión sana entre el hombre y la mujer no se puede concebir como un simple encuentro accidental. El hombre y la mujer se necesitan el uno al otro en todo el desarrollo de su vida, y la vida es un todo continuo. El desarrollo de la ...

personalidad masculina reclama la unión con una personalidad femenina correspondiente, y lo mismo hay que decir, a la inversa, de la personalidad femenina. Puesto que la vida forma un todo continuo y que la personalidad humana se desarrolla a lo largo de toda la vida, el orden moral consiste en - que el hombre y la mujer lleven una vida común, que, en cierto modo, la unidad humana sea la unidad de la pareja, continua como la vida misma; que el hombre y la mujer, llegados - a la edad adulta, se unan por parejas, y que esta unidad de uno y una dure tanto como la vida. A simple vista ..., el - matrimonio estable y monógamo se nos presenta como la ley -- del hombre" (10).

Luego entonces, la sociedad conyugal es una necesidad natural eminentemente humana que asegura la propaga--- ción y conservación de la especie, amén del desarrollo de la personalidad humana. En este sentido, se afirma que el ma-- trimonio satisface diversas necesidades del individuo de orden sociológico, psicológico, biológico, moral, religioso, -- económico, político y jurídico.

El matrimonio es, pues, necesario, por virtud del cual el individuo encuentra un inmejorable medio de desenvolu vimiento bio-sicosocial y de desarrollo de todas sus facultu

des. Es, la sociedad conyugal, la forma más valiosa de unión humana prescrita conforme a un orden natural de las cosas. - Es en ella donde el hombre quiere organizar su vida dejándose llevar por un juicio espontáneo que resulta de la aplicación de la inteligencia y la libertad al impulso vital.

En el matrimonio -dice Johannes Messner (11)- entran en juego, por consiguiente los fines existenciales del hombre, que están predibujados en sus impulsos más fuertes - y que tocan lo más íntimo de su corazón. Y es manifiesto -- que el matrimonio como comunidad de vida de hombre y mujer - condiciona su unidad y su indisolubilidad, esto es, la unión duradera de un hombre con una sola mujer.

La unión conyugal, según se aprecia, se apoya en la diferencia de sexo, que es la diferencia natural más profunda entre los seres humanos; en la felicidad de los consortes y la continuación de éstos por sus hijos. La diferencia de sexo hace que el hombre y la mujer sean seres esencialmente incompletos que por virtud de la unión conyugal se complementan mutuamente; unión que asegura, por otra parte, la felicidad de los esposos y la continuidad del género humano.

Así en el Génesis se lee que "no es bueno que el

hombre esté solo"; que necesita "una ayuda semejante a él", por lo cual se le entrega una compañera.

Pero esta unión no se limita a la unión de los se xos sino que requiere de un carácter moral que aquella exige; como también la vida común y la ayuda mutua en las actividades. Solo un elemento da a la pareja el deseo permanente de esta unión: el amor. Elemento que ciertamente comprende caracteres psíquicos, pero también es verdad que trascienden lo puramente físico.

Antonio Cicu explica: "... Así como la unión se- xual se ha elevado a la unión de las almas en el matrimonio, de la necesidad de la conservación de la especie, ha brotado la primera y más noble e inagotable fuente de afectos, de virtudes y de solidaridad humana... es por lo tanto en el he cho psíquico en donde ha de buscarse el fundamento del víncu lo jurídico personal, que es la característica del derecho - familiar" (12).

Ahora bien, esta unión tiene una razón de ser: la procreación; prolongación de los consortes por sus descen- - dientes. Por tanto, la obra del matrimonio son los hijos, sin los cuales la unión se nos presente incompleta. Al res-

pecto Santo Tomás de Aquino señala que "la unión del hombre y de la mujer está ordenada a la procreación de los hijos".

En consecuencia, una de las propiedades del amor conyugal es la fecundidad.

Siguiendo a Leclercq (op. cit. P. 22), con el hijo, la unión conyugal se convierte en una familia, en una entidad colectiva que sobrepasa a los esposos convertidos en padres. Desde este momento, los esposos deben ponerse al servicio de esta colectividad.

De lo expuesto, se concluye:

1) El matrimonio o sociedad conyugal es la institución más cercana a la naturaleza, sobre la que reposa la familia. Es la primera comunidad natural; anterior a la sociedad humana.

2) La unión conyugal se basa en la diferencia de sexos; en la que no obstante tal diferencia, existe una igualdad absoluta y el mismo derecho a realizarse integralmente, dada la dignidad de cada ser .



3) A través de la unión conyugal, la familia tiene por fin asegurar el bienestar del género humano por el de se nv olv im ie nto armonioso y la continuación del hombre y la m u je r.

4) La institución matrimonial debe estructurarse de forma que garantice con la mayor eficacia la unión conyugal en vistas a la fecundidad y a la felicidad de los con so r tes, sin desconocer por ello, que el derecho carece de juris dic ción sobre los sentimientos.

5) El matrimonio responde a los fines ex ist encia l e s del hombre; el individual y el social. El primero se di ri ge al desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad de los esposos, más allá de lo que les sería posible a cada uno por sí mismo; el segundo se refiere a la prolongación de los esposos en los hijos.

6) El matrimonio es el eje de todo el sistema jurídico-familiar y trasciende a la vida política, social, económica y cultural de la nación. Es, como dijera Cicerón "principium urbis et quasi seminarium rei publicae" (prin ci pio de la ciudad y casi semillero de la república).

### 3.- DE LOS IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO.

Desde los primeros tiempos del cristianismo, la Iglesia estableció una distinción entre impedientes y dirimientes. Los primeros hacían el matrimonio ilícito; los segundos lo nulificaban.

Se llaman impedimentos del matrimonio -escribe -- Pierre Adnés (13)- ciertas circunstancias exteriores que, por afectar a las personas de los esposos los hacen jurídicamente inhábiles, es decir, incapaces de contraer un matrimonio válido, o por lo menos lo prohíben bajo una pena de culpa grave. En el primer caso, los impedimentos son llamados dirimientes, en el segundo impedientes.

Del análisis del Código de Derecho Canónico vigente, los impedimentos así se dividen:

#### I. Por sus efectos:

Dirimientes e Impedientes.

Los dirimientes son:

1. Edad.
2. Impotencia.
3. Ligamen o vínculo.
4. Disparidad de cultos.
5. Orden sagrado.
6. Voto solemne.
7. Rapto.
8. Crimen.
9. Consanguinidad.
10. Afinidad.
11. Pública honestidad.
12. Parentesco espiritual.
13. Parentesco legal.

Los impedientes son:

1. Voto simple.
2. Mixta religión.
3. Parentesco legal (cuando sea reconocido como ilícito por las leyes civiles).

II. Por su origen:

- a) De derecho natural.

- b) De derecho divino positivo.
- c) De derecho eclesástico.

III. Por su ámbito o extensión:

Absolutos y relativos. Los primeros se oponen a la celebración del matrimonio con cualquier persona; los segundos, a determinadas personas.

IV. Por su duración:

Perpetuos y temporales.

V. En razón de su dispensabilidad:

Dispensables y no dispensables. Los primeros suelen darse por la Iglesia; los segundos, no se dispensan o raramente.

VI. Públicos y ocultos.

VII. Ciertos y dudosos.

3.a. Impedimentos Impedientes.

1. Voto simple.- Los votos que impiden el matrimonio son: el de virginidad; de castidad perfecta; de no ca-

sarse; de recibir órdenes sagradas y; de abrazar el estado religioso (canon 1058.1). Ningún voto simple anula el matrimonio, salvo en aquellos casos (como el de la Compañía de Jesús) en que la Santa Sede haya establecido por decreto especial esta anulación para algunos.

Este impedimento es de derecho divino, no dispensable, cesa al extinguirse el voto.

2. Mixta religión.- Severísimamente prohíbe la Iglesia en todas partes -dice Arregui Zalva (14)- que se contraiga matrimonio entre dos personas bautizadas de las cuales una sea católica y la otra afiliada a secta herética o cismática o ateística, y si hay peligro de perversión para el cónyuge católico y para la prole, el matrimonio está prohibido aún por la misma ley divina.

Para que se presente el impedimento no basta que una de las partes sea católica y la otra hereje, sino, se requiere que una de ellas sea católica y que la otra esté afiliada a una secta herética o cismática.

Es impedimento de derecho divino, si en el matrimonio hay peligro próximo de que se pervierta el cónyuge cató

lico. Pero es siempre impedimento de derecho eclesiástico, haya o no peligro de perversión en cada caso particular. En cuanto que es de derecho divino no admite dispensa; pero cesa ipso facto el impedimento al cesar el peligro. En cuanto que es de derecho eclesiástico, puede ser dispensado cuando haya causas justas y graves; que el cónyuge acatólico dé garantías de que no expondrá al cónyuge católico a peligro de perversión, y que ambos las den de que toda la prole será — bautizada y educada solamente en la religión católica; que — haya certeza moral de que se cumplirán las garantías dadas. Por regla general debe exigirse que las garantías se den por escrito (canon 1061).

En tanto no se haya otorgado la dispensa, no cesa el impedimento.

Este impedimento obliga en todas partes, aun en — aquellas regiones en que los herejes constituyen la mayoría del país.

Respecto del impedimento de parentesco legal, el código canónico lo trata en el rubro de los impedimentos dirimientes, porque si bien unas veces tiene carácter de impediente, otras de dirimente; ello en razón del tratamiento que

hace cada legislación civil. España por ejemplo, lo conside  
ra como dirimente.

3.b. Impedimentos Dirimentes.

Son los que se oponen al perfeccionamiento de un  
matrimonio válido.

El código canónico reconoce como tales aquellos -  
que a modo de condición física o moral de los contrayentes, -  
hacen a estos absoluta o relativamente inhábiles para un --  
connubio válido.

Estos impedimentos obedecen a los siguientes cri-  
terios:

PRIMERO: Edad, basado en el defecto de plena madu-  
rez mental y física.

SEGUNDO: Impotencia, derivado del defecto de ha-  
bilidad sexual.

TERCERO: Ligamen, deviene del defecto de libertad.

CUARTO: Disparidad de cultos, orden sagrado y voto solemne; que proviene del defecto de santidad.

QUINTO: Rapto y crimen; derivan del defecto de judicialidad.

SEXTO: Consanguinidad, afinidad, pública honestidad, parentesco espiritual y legal; proceden de diversas clases de parentesco, implicando falta de reverencia.

1. Impedimento de edad.- Por derecho eclesiástico no pueden contraer matrimonio válido el varón antes de 16 años cumplidos, y la mujer antes de los 14, también cumplidos (cn. 1067).

2. Impedimento de impotencia.- Es la incapacidad para la unión sexual perfecta. Se distingue de la esterilidad en tanto que ésta supone incapacidad para la generación, pero no para la unión sexual. Por tanto, hay impotencia en sentido jurídico, cuando el hombre o la mujer no pueden poner en el acto de la unión sexual aquellos elementos que la naturaleza ha dispuesto para ello.

En consecuencia, el impedimento no es la impoten-



cia para engendrar, pues ello es la esterilidad, sino la impotencia para realizar la unión sexual. La impotencia puede ser perpetua o temporal según pueda o no corregirse por medios humanos lícitos y no gravemente peligrosos. Puede ser también: antecedente o consiguiente, según se haya contraído antes o después del matrimonio; absoluta o relativa. Absoluta cuando el varón y la mujer son físicamente inhábiles para realizar uniones sexuales; relativa, cuando sólo pueden tenerlas con determinadas personas, pero no con todas.

La impotencia antecedente y perpetua dirime el matrimonio por derecho natural; si es dudoso el impedimento, no se debe impedir el matrimonio (cn. 1068).

Por ser de derecho natural no admite dispensa; -- pero si el que la padece perpetuamente se cura, cesa el impedimento ipso facto.

3. Impedimento del vínculo.- Inválidamente atenta contraer matrimonio -reza el canon 1069- el que está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque éste no haya sido consumado, salvo el privilegio de la fe.

Es de derecho natural, no dispensable. Cesa el -

impedimento del ligamen en el momento en que se disuelve el matrimonio por cualquier causa; muerte de uno de los cónyuges o por los casos previstos en los canones 1119 y siguientes - (cfr. excepciones al principio de indisolubilidad). La forma ordinaria de comprobar la disolución del matrimonio es la prueba documental.

4. Impedimento de disparidad de cultos.- Es nulo el matrimonio contraído -dispone el canon 1070- por una persona no bautizada con otra bautizada en la Iglesia Católica o convertida a ella de la herejía o del cisma.

Igualmente señala que si una parte, al tiempo de celebrar matrimonio, era temida comunmente como bautizada o su bautismo era dudoso, se ha de tener como válido el matrimonio, conforme al canon 1014, hasta que pruebe con certeza que una de las partes estaba bautizada y la otra no.

En cuanto dirimente el impedimento es de derecho eclesiástico y por tanto, dispensable por la Sagrada Congregación del Santo Oficio; dispensa que es dada con dificultad.

Cesa el impedimento al bautizarse la parte que no

lo está, o bien, si las circunstancias hacen moralmente imposible, procede solicitar la dispensa.

El canon 1071 señala que las reglas para los matrimonios mixtos son aplicables al impedimento que se analiza.

5. Impedimento de orden.- Por derecho eclesiástico, es nulo todo matrimonio atentado por clérigos que han recibido órdenes sagradas (cn. 1072).

El impedimento se dirige a este tipo de sujetos. Existen órdenes mayores: Episcopado, Presbiteriado, Diaconado y Subdiaconado. El impedimento comprende desde el Subdiaconado en adelante. Pero si existe causa justa y proporcionada, puede otorgarse fácilmente dispensa en el caso del Subdiaconado; en los demás casos, es difícil otorgarla.

Se requiere, para que haya impedimento, que dicha ordenación sea válida y haberla recibido libremente y, con conocimiento de guardar castidad y permanecer célibe.

6. Impedimento de profesión religiosa o voto nupcial.- El canon 1073 establece que atentan inválidamente

contraer matrimonio los religiosos que hayan emitido votos - solemnes, o votos simples a los cuales, por prescripción especial de la Sede Apostólica, se les haya dado la virtud de hacer nulo el casamiento.

Por ser de derecho eclesiástico, admite dispensa y cesa el impedimento al extinguirse la obligación de los votos o la solemnidad de ellos.

7. Impedimento de rapto.- Como impedimento, el rapto es el traslado violento de una mujer (rapto propiamente - dicho) o la retención (secuestro) con intención de casarse - con ella.

Aun cuando es de derecho eclesiástico, la Iglesia jamás dispensa de él, ya que está en la voluntad del raptor hacer que cese el impedimento. Desaparece en tres casos: -- a) Si la raptada se separa del raptor; b) que aquella esté - en lugar seguro y libre del dominio de éste y; c) que la rap- tada consienta en casarse con el raptor.

8. Impedimento de crimen.- El canon 1075 describe este impedimento, refiriéndose a tres figuras: a) adulterio; b) adulterio y conyugicidio y; c) sólo conyugicidio. La fi-

gura del adulterio se subdivide en dos, dándose el adulterio con promesa de matrimonio o bien se atente éste.

a) Adulterio.- I) Adulterio con promesa de matrimonio requiere en cuanto al adulterio que sea verdadero (al menos uno de los adúlteros válidamente casado), consumado y formal (con conocimiento del mismo).

Referente a la promesa: que sea verdadera, con manifestación exterior, mutua, seria, absoluta, (sin condiciones), conociendo la existencia de un matrimonio válido y que tenga por objeto el contraer matrimonio después de la muerte del cónyuge inocente.

II) Adulterio en el que se atenta matrimonio, requiere las condiciones del caso anterior, prestando el consentimiento matrimonial de presente, o sea, que con sólo este hecho sería suficiente para producir el vínculo matrimonial, suficiente para producir el vínculo matrimonial, en caso de no existir ningún impedimento. Ambos actos deben realizarse antes de haberse disuelto el matrimonio existente y ambas partes deben tener conocimiento de la existencia de ese vínculo determinado.

b) Adulterio y Conyugicidio.- Requiere adulterio, con lo señalado anteriormente y que el conyugicidio sea tal,

realizándose con el fin de contraer matrimonio con el cómplice del adulterio.

c) Conyugicidio sin Adulterio.- Requiere que en la muerte del cónyuge inocente, colaboren los dos que intentan casarse, física o moralmente.

En todos los casos, el impedimento de crimen es - derecho eclesiástico y tiene por finalidad proteger la santidad del matrimonio; que en definitiva, es lo que interesa al derecho canónico.

Este impedimento cesa por dispensa, la cual se concede fácilmente en los dos primeros casos (de adulterio con promesa de matrimonio o con intento matrimonial), y más difícilmente en los dos últimos (en los que se presenta el conyugicidio). La autoridad eclesiástica tiene facultades para - otorgar la dispensa en caso de conyugicidio público, pero no lo suele otorgar.

2. Impedimento de consanguinidad.- La consanguinidad es el vínculo de sangre común que une a diversas personas que descienden del mismo tronco próximo por generación.

El tronco es la persona de la cual como de fundamento toman origen los consanguíneos por generación.

La línea es la serie de personas que tienen origen en el mismo tronco. Puede ser recta y colateral: recta es la que une a diversas personas que proceden unas de otras, como padre e hijo; colateral, la de otros consanguíneos que no son entre sí ascendientes o descendientes (v. gr.; hermanos, primos).

El grado es la distancia entre los consanguíneos -- de una misma línea y el tronco común.

La consanguinidad en derecho canónico se cuenta -- por líneas y grados.

En la línea recta hay tantos grados como generaciones, o sea, tantos grados como personas, descontando el tronco.

En línea colateral, si ambas ramas son iguales, -- hay tantos grados como generaciones en una de ellas; y si son desiguales, tantos grados como generaciones en la rama más -- larga.

En línea recta la consanguinidad dirime el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos (cn. 1076.1); es decir, la consanguinidad en línea recta es impedimento dirimente en todos los grados: entre padres e hijos, por derecho natural; entre todos los ascendientes y descendientes (abuelos y nietos). En línea colateral, los dirime hasta el tercer grado inclusive (cn. 1076.2). Si queda alguna duda sobre si las partes son o no consanguíneas en algún grado de la línea recta; o en el primer grado de la línea colateral, no puede permitirse jamás el matrimonio (cn. 1076.3).

10. Impedimento de afinidad.- Existe este parentesco sólo entre un conyuge y los consanguíneos del otro, y persiste aunque se disuelva el matrimonio (cn. 97.2). Se origina de la unión marital; o sea, del matrimonio válido, sea rato solamente, sea rato y consumado (cn. 97.1) entre fieles; según parece, también del matrimonio válido entre no bautizados, en orden a un matrimonio que se quiere contraer después del bautismo.

Dirime el matrimonio por derecho eclesiástico, en línea recta en todos los grados; en línea colateral, sólo hasta el segundo inclusive (cn. 1077.1); y en este segundo -



grado colateral es impedimento menor (cns. 1042.2, 1052 y -- 1054).

11. Impedimento de pública honestidad.- Es una especie de parentesco o afinidad. Se origina de la unión cuasi-marital, es decir, del matrimonio inválido, sea o no consumado, y del concubinato público o notorio. Deriva el impedimento del matrimonio nulo de los fieles, sea cual fuere la causa de la nulidad, aun por defecto del consentimiento legítimo o de forma y del público y notorio concubinato.

Dirime el matrimonio por derecho eclesiástico en primero y segundo grados de la línea recta entre el varón y los consanguíneos de la mujer y viceversa (cn. 1078).

12. Impedimento de parentesco espiritual.- El parentesco espiritual es el que por disposición de la Iglesia se origina de la administración del bautismo o de la confirmación.

Solo el parentesco espiritual que provenga del bautismo ciertamente válido, invalida el matrimonio; y no más - que el bautizado, de una parte, y el bautizante o el padrino, de otra (cns. 1079 y 768).

Este impedimento es de derecho eclesiástico y de grado menor (cn. 1042).

13. Impedimento de parentesco legal.- El parentesco legal se origina de la adopción legal.

Los que por ley civil, reza el canon 1080, son innábiles para contraer entre sí matrimonio a causa de parentesco legal que nace de la adopción, por prescripción del derecho canónico no pueden casarse válidamente.

Después del Código, tiene carácter de impedimento impediendo o dirimente, según se lo dé o se lo reconozca la ley civil de cada región, de la cual toma la eclesiástica el elemento material.

La adopción en España, por ejemplo, es impedimental solamente entre el padre y el adoptante y el adoptado entre éste y el cónyuge viudo de aquéllos; entre el padre o madre adoptante y el cónyuge viudo del adoptado y entre los ascendientes legítimos del adoptante y el adoptado, mientras subsista la adopción.

La adopción en Colombia se representa en el siguiente

adoptado y el adoptante o su mujer o el hijo que les sobrevenga; en Guatemala, entre el adoptado y el adoptante o su consorte viudo; en Perú, entre el adoptado y el adoptante, y entre cualquiera de ellos y el cónyuge viudo del otro (15).

En México, la adopción resulta del parentesco civil que origina entre el adoptante y el adoptado, mismos que no podrán celebrar entre si matrimonio, mientras dure la adopción (art. 157 del Código Civil).

Es un impedimento de derecho eclesiástico, del cual puede la Iglesia dispensar, sin perjuicio de que siga subsistiendo la adopción para todos los demás efectos.

### 3.c. Causas de Nulidad.

Los profesores Boret y Castán Señalan que la nulidad del matrimonio ofrece diferencias muy marcadas con las nulidades ordinarias, y el propio Código Canónico, al prever en el canón 1014 la presunción de validez del matrimonio, está impidiendo la aplicación a éste de la teoría general de nulidad del negocio jurídico. La teoría de nulidad fue elaborada por la legislación canónica y la jurisprudencia con independencia de la teoría general de la nulidad que se aplica

ca a los contratos (16).

En efecto, la doctrina de la nulidad del matrimonio divide en tres grados la ineficacia del negocio jurídico: inexistencia, nulidad absoluta y anulabilidad. La primera, cuando faltan los presupuestos esenciales de su celebración; la segunda, cuando concurren, pero con infracción de algún requisito especial; y la tercera, cuando ha mediado alguna circunstancia que faculta a alguna de las partes a pedir la declaración de la ineficacia.

Al respecto, Buteler (17) sostiene que la categoría de acto inexistente, acto nulo o de nulidad absoluta y anulable o de nulidad relativa solo ha introducido confusión dentro de la teoría general de la nulidad. Agrega que la distinción de acto inexistente es de origen francés que nació a propósito del matrimonio cuando a falta de texto legal que previera la nulidad de la unión antinatural de las personas del mismo sexo, se dijo que tal matrimonio es inexistente, la misma nada.

La legislación canónica no reconoce esta distinción de Buteler, refiriéndose solo a nulidad absoluta e inexistente sin ninguna categoría intermedia; en el

tud de la presunción de validez del matrimonio canónico, pues en caso de duda ha de estarse a su validez.

En materia de causas de nulidad del matrimonio canónico, existen tres rubros:

I.- Haberlo contraído mediando algún impedimento dirimente que de acuerdo con el canón 1036.2 lo hace nulo.

II.- Haberlo contraído con defecto en el consentimiento.

III.- Por defecto en la forma de contraerlo.

I.- Supone la nulidad si hay algún impedimento dirimente. No obstante, son dispensables la edad (muy raramente); disparidad de cultos; orden sagrado; profesión religiosa solemne; crimen; la consanguinidad hasta el tercer grado en línea colateral (primos segundos); la afinidad; pública honestidad y parentesco espiritual.

La dispensa eclesíástica no puede versar sobre impedimentos de derecho natural y divino; solo de derecho eclesíastico. Son de derecho natural: el ligamen o vínculo y el parentesco en línea recta y entre hermanos.

Los de derecho eclesíastico:

a) En que la Iglesia nunca dispensa: afinidad en línea recta, por ejemplo que la viuda se case con el hijo de su esposo.

b) En que la Iglesia solo dispensa muy raramente y por causas gravísimas. v. gr.; edad, voto solemne y disparidad de cultos en regiones católicas.

c) En que la Iglesia dispensa con dificultad v. gr. consanguinidad entre primos o entre tíos y sobrinos.

d) En que la Iglesia fácilmente dispensa v. gr. consanguinidad en tercer grado colateral, parentesco espiritual y afinidad en segundo grado colateral.

II.- Sobre el segundo rubro cabe decir que el matrimonio por disposición del Código Canónico, es consensual. El canón 1061.1 dispone que "el matrimonio lo produce el consentimiento entre personas hábiles según derecho legítimamente manifestado. consentimiento que por ninguna potestad humana puede suplirse". Por tanto, para que exista el matrimonio, es necesario el consentimiento.

Defectos del consentimiento, como causa de nulidad:

1. por parte del entendimiento, defectos de voluntad por falta de conocimiento de las cosas de que se trata, error por ignorancia de la realidad; error (conocer a otro) equivo-

cado).

2. Por parte de la voluntad: simulación; fuerza física o intrínseca (coacción); miedo o violencia intrínseca.

III.- Por defecto en la forma.- La forma es el conjunto de solemnidades con que ha de celebrarse el matrimonio; forma que lo contempla como acto y, litúrgicamente, como sacramento.

Forma canónica: que se contraiga ante el Ordinario o ante el párroco de los contrayentes o uno de ellos; o ante un sacerdote delegado por uno u otro, y dos testigos, ante los cuales los contrayentes manifiestan su consentimiento.

IV.- De la separación de los cónyuges.

4.a. De lecho, mesa y habitación.

La sociedad conyugal supone la vida en común. Se confirma por el canón 1138 por el cual "Los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay causa justa que lo excuse". La separación implica la cesación de la vida conyugal.

Entendemos por separación conyugal -dice Julián - Pérez Jordán (18)- el mutuo apartamiento de los cónyuges pareciendo el vínculo matrimonial; supone, en definitiva la dejación de los tres elementos que Código Canónico expresa - en la inscripción de separationi tori, mensae et habitatio- nis.

Dicha separación puede ser de hecho, cuando la hacen los cónyuges de mutuo acuerdo, sin formalidades legales y sin efectos canónicos; es decir, inexistente en el fuero - externo. Puede ser de derecho, cuando se cumplen las formalidades y efectos previstos en la ley.

Puede ser también separación perpetua -en caso de adulterio- o provisional (cns. 1129 y 1131).

#### Causas de separación.

1. Si uno de los cónyuges da su nombre a una secta acatólica.
2. Si educa acatólicamente a los hijos.
3. Si lleva una vida de vituperio o indominia.
4. Si es causa de grave peligro para el alma o para el cuerpo del otro cónyuge.
5. Si con sus sevicias hace la vida en común dura



siado difícil.

6. Otras causas semejantes.

En el Derecho Canónico, dice Esmein (19) a la separación de cuerpos se le denomina divorcio (*divortium quoad torum et mensam*) y tiene la misma finalidad de autorizar la separación de los cónyuges en la habitación; viven separados corporaliter pero no sacramentaliter. La separación de cuerpos, autorizada por los canonistas, constituye una reacción frente al primitivo divorcio, que permite a los divorciados contraer nuevas nupcias porque la separación de cuerpos, dejando subsistente el vínculo matrimonial no admite la posibilidad de un nuevo matrimonio.

5. Divorcio.

Debemos señalar los tipos en cuanto a las consecuencias que producen en el vínculo. Así tenemos el divorcio vincular o divorcio perfecto y el divorcio no vincular, divorcio imperfecto o separación de cuerpos.

5.a. Perfecto e Imperfecto.

Por virtud del primero, se disuelve el vínculo y deja a los ex-cónyuges aptos para contraer nuevo matrimonio.

Al referirse al principio de indisolubilidad, señale las excepciones que admite el derecho canónico.

Como contrapartida está el divorcio imperfecto, - consistente en la separación de lecho, mesa y habitación. Se distingue del divorcio propiamente dicho en que se deja incólume el vínculo conyugal (cns. 1128 a 1132) con la consiguiente prohibición a los esposos separados de celebrar ulteriores nupcias.

Deben distinguirse asimismo los siguientes conceptos: "intrínsecamente" y "extrínsecamente" indisoluble.

Es intrínsecamente indisoluble el vínculo cuando no se puede romper por voluntad de los esposos; es extrínsecamente indisoluble si no existe en el mundo ninguna autoridad capaz de disolverlo.

Así se dice que el matrimonio solamente rato es - indisoluble intrínsecamente, pero no extrínsecamente, porque existe posibilidad de disolver el vínculo por dispensa directa del Papa y por la profesión religiosa solemne de uno de - los cónyuges (cn. 1119). Por otra parte, la doctrina coincide en señalar que el matrimonio rato y consumado es intrínse

ca y extrínsecamente indisoluble.

5.b. Privilegio Paulino.

Tiene lugar -dice Benedicto Hancko, S.J. (20)- cuando el matrimonio se celebra entre dos no bautizados y después del matrimonio una parte recibe el bautismo. Si la parte no bautizada no quiere vivir en paz con la parte cristiana y le hace molestias por haber ésta recibido el bautismo; o no le permite educar en la religión cristiana a los hijos, o de alguna manera le impide observar la Ley de Jesucristo, - la parte bautizada puede "interpelar" a su comparte exigiendo que se le permita vivir sin trabas en la religión cristiana, y no recibiendo una respuesta satisfactoria o garantías suficientes, puede casarse con cualquier persona católica y en el mismo momento, cuando expresa su nuevo consentimiento matrimonial, automáticamente se rompe el vínculo matrimonial anterior (I Cor. 7, 12 y ss; cánones 1120 y 1124).

El privilegio Paulino fue reconocido oficialmente a fines del siglo XII por las Decretales Quanto y Gaudemus - del Papa Inocencio III.

Para mayor abundamiento, sobre este punto escribe

Cantelar Rodríguez: "el llamado privilegio paulino se refiere al matrimonio de dos personas no cristianas, una de las cuales se convierte y se bautiza, mientras que la otra continúa en el paganismo sin bautizar. La legislación y la doctrina distinguen dos posibles situaciones en este caso: Primera, que el infiel no bautizado quiera cohabitar pacíficamente con el cristiano; segunda, que renúese cohabitar en paz con el que se ha convertido al cristianismo. En la primera hipótesis, cuando el infiel acepta cohabitar pacíficamente con el cristiano y no le molesta con su religión, no se rompe el matrimonio entre ellos y, aunque el cristiano puede abandonar al infiel, no puede el cristiano contraer nuevo matrimonio. En la segunda hipótesis cuando el infiel abandona al que se convierte al cristianismo porque no quiere cohabitar con él o quiere cohabitar para aprovechar la ocasión de desviar al cristiano de su religión o para blasfemar del nombre de Cristo, entonces el matrimonio entre ellos se rompe, el cristiano puede abandonar al infiel y contraer nuevo matrimonio con un cristiano" (21).

Ahora bien, las interpelaciones que se aluden en esta materia son la requisitoria que el cónyuge convertido, antes de contraer válidamente nuevo matrimonio, hace a la parte infiel para que declare: a) si quiere ella también --

convertirse y recibir el bautismo; b) si quiere, al menos -  
cohabitar en paz y sin ofensa del Creador (cn. 1121.1).

Estas interpelaciones son necesarias y deben ha--  
cerse antes de la celebración del nuevo matrimonio.

#### El Privilegio Paulino:

1. Tiene aplicación.- Si ambos cónyuges eran in--  
fieles cuando contrajeron matrimonio y uno de ellos recibió  
después válidamente el sacramento del bautismo, negándose el  
otro a bautizarse también él o, por lo menos, a convivir pa--  
cíficamente con el bautizado. Para estos efectos, lo mismo  
da que el bautismo se haya recibido en la Iglesia Católica o  
en una secta disidente.

2. No tiene aplicación.- a) Si se bautizaron am--  
bos cónyuges; b) o si no se bautizó ninguno; c) o si se ca--  
saron con dispensa del impedimento de disparidad de cultos.

3. Puede hacerse uso.- a) Si la parte infiel no  
quiere bautizarse ni cohabitar sin ofensa del Creador; b) o  
si quiere bautizarse, pero no quiere cohabitar pacíficamente,  
con tal que se haga uso del privilegio antes de que la parte  
infidel reciba el bautismo. .

4. No puede hacerse uso.- a) si el otro cónyuge

se ha bautizado ya; b) o si quiere bautizarse y cohabitar pacíficamente; c) o si no quiere bautizarse pero si cohabitar.

5.c. De las segundas nupcias.

Si hemos consentido que al tenor del canón 1113 - el matrimonio válido rato y consumado es indisoluble tanto - intrínseca como extrínsecamente fuera de la muerte de uno de los esposos, se infiere lógicamente que el cónyuge viudo puede válidamente contraer nuevo matrimonio.

Así lo confirma el canón 1142, según el cual, aun que sea más honorable una viudez casta, sin embargo son válidas y licitas las segundas y ulteriores nupcias.

No obstante; además de este caso, que es la excepción a la regla general, puede celebrarse nuevo matrimonio - aun en vida de uno de los cónyuges, por virtud del privilegio paulino y observando las reglas anotadas; a saber, que el matrimonio se haya celebrado en la infidelidad; que uno de los cónyuges reciba el bautismo con posterioridad a la celebración, en tanto que la otra parte se niega a recibirlo y a cohabitar sin ofensa del Creador; o bien, que bautizándose, se niega a cohabitar pacíficamente.

En tales hipótesis, el cónyuge bautizado puede -- abandonar al infiel y contraer válidamente matrimonio, disolviéndose ipso facto el vínculo anterior (cn. 1126).

#### 6. La convalidación del matrimonio.

Quedó dicho que el matrimonio puede resultar nulo o inválido en tres casos: por existir impedimento dirimente; por falta de consentimiento y por falta de forma. De cada caso tratan los cánones 1130, 1135 a 1137; es decir, para cada caso de nulidad existen requisitos para revalidarlo.

I. Por mediar impedimento dirimente.- Para convalidar válidamente, o sea, con efecto, un matrimonio nulo por algún impedimento dirimente, se requiere por derecho eclesiástico: 1) que cese o que sea dispensado dicho impedimento; - 2) que se renueve el consentimiento por nuevo acto de la voluntad consciente de la nulidad del matrimonio, por más que ambas partes lo hubieren dado en el acto de contraerlo y no lo hubiesen revocado después.

II. Por falta de consentimiento.- Para convalidar un matrimonio inválido por falta de consentimiento, se requiere: 1) que la parte que no consintió dé ahora su consentimiento: a) meramente interno, si fue meramente interno la falta de él; b) externo, además de interno, si la falta de consen-

timiento fue externa; y lo ha de manifestar según la forma prescrita por el Derecho cuando el defecto es público; cuando es oculto, basta prestarlo en privado y secretamente. --  
3) que la parte que consentió en un principio perseverare en su consentimiento al consentir ahora la otra parte. Esta perseverancia existe con solo que el consentimiento no haya sido revocado positivamente (cn. 1176).

III. Por faltar la forma prescrita.- Para convalidar un matrimonio inválido por defecto de forma: 1) si se presentan ambas partes a comparecer ante el párroco y los testigos, deben contraer nuevo matrimonio en forma legítima, pública u ocultamente, según que sea pública u oculta la nulidad (cn. 1177); 2) si se niega una de las partes a comparecer ante el párroco, hay que inducirlo a que contraiga por procurador; y si tampoco esto se consigue, pídale subsanación en la raíz; 3) si se niegan ambas partes véase si cabe obtener que se trasladen a algún lugar donde, en virtud del canon 1098, les sea lícito contraer en presencia de solos dos testigos o si hay lugar a obtener de la Santa Sede dispensa de la forma canónica para su caso o a subsanar en la raíz.

6.a. Subsanción en la raíz.

La manera ordinaria de convalidar el matrimonio --



inválido es la analizada en el punto antecedente; pero adicionalmente existe otra que es la subsanación en la raíz (cns. 1133 a 1141), misma que constituye una revalidación del matrimonio y que lleva consigo, además de la dispensa o cesación del impedimento, la dispensa de la ley que impone la renovación del consentimiento, y la retracción del matrimonio al tiempo pasado, por una ficción del derecho, en cuanto a sus efectos canónicos.

La revalidación tiene lugar desde aquel momento en que se concede la gracia; pero la retracción se entiende hecha hasta el momento de la celebración, salvo que expresamente se disponga otra cosa.

La dispensa de la ley de renovación del consentimiento puede concederse tanto si una sola parte lo ignora, como si lo ignoran ambas.

1139.1. Todo matrimonio celebrado con el consentimiento de ambas partes naturalmente suficiente, pero jurídicamente ineficaz por existir algún impedimento dirimente de derecho eclesiástico o por falta de la forma legítima, puede subsanarse en su raíz, si el consentimiento persevera.

2. Pero si el matrimonio se celebró con algún in-

pedimento de derecho natural o divino, la Iglesia no lo subsana en su raíz, aunque el impedimento haya cesado después, ni siquiera desde el momento en que cesó.

1140.1. Si en las dos partes o en una de ellas - falta el consentimiento, el matrimonio no puede subsanarse - en su raíz, tanto si el consentimiento falta desde el principio, como si se prestó entonces y fue revocado después.

2. Y si no hubo consentimiento en el momento de la celebración, pero se dió después, puede concederse la subsanación desde el momento en que éste se dió.

1141. La subsanación en la raíz solamente puede concederla la Sede Apostólica.

### C. Derecho Civil Mexicano.

#### 1. Código Civil de 1928.

##### 1.a. Impedimentos para contraer matrimonio.

La falta de los elementos esenciales o de los requisitos de validez del matrimonio -dice el maestro Galindo Gardias (32)-, impide que pueda celebrarse válidamente. Se prohíbe a los jueces del Registro Civil la celebración de un matrimonio en estas condiciones.

A estas prohibiciones, se les denomina impedimen-

tos para el matrimonio y son de dos especies:

A. Impedimentos dirimentes, si la violación de prohibición produce la nulidad del matrimonio (o su inexistencia), y

B. Impedimentos impeditivos.- La trasgresión de la prohibición establecida, no invalida el matrimonio, solo produce su ilicitud.

Al respecto, el tratadista Rojina Villegas (25) - afirma que los impedimentos dirimentes son aquéllos que originan la nulidad del matrimonio, en tanto que los impedimentos impeditivos no afectan su validez, pero motivan determinadas consecuencias.

Según nuestro Código Civil (art. 156) son impedimentos dirimentes:

I. Falta de capacidad física para contraer matrimonio. La edad núbil es de 16 años en el hombre y 14 en la mujer. Este impedimento se basa en el defecto de plena madurez física.

II. La falta del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad sobre los contrayentes, si estos son menores de 18 años, del tutor o del juez en su caso.

III. El parentesco por consanguinidad en línea -  
recta, ascendente o descendente, sin limitación alguna. El  
impedimento implica falta de reverencia.

IV. El parentesco por afinidad en línea colateral  
hasta el segundo grado.

VI. El adulterio habido entre los que pretenden  
celebrar matrimonio, siempre que haya sido declarado judicial  
mente.

VI. El atentado contra la vida de uno de los cón-  
yuges, para casarse con el que queda libre. Proviene el impe  
dimento del defecto de juridicidad.

VII. La fuerza, miedo grave o rapto de la ~~mujer~~.

VIII. El padecimiento de embriaguez habitual, mor  
finomanía, eteromanía, uso indebido y persistente de las de-  
más drogas enervantes, impotencia incurable para la cópula,  
sífilis, locura o enfermedad crónica e incurable, que sea, -  
además, contagiosa o hereditaria. El impedimento de impoten  
cia se basa en el defecto de habilidad sexual.

IX. El padecimiento de enfermedades crónicas e -  
incurables como la idiotez o imbecilidad.

X. El matrimonio anterior subsistente con perso-  
na distinta de aquella con la que pretende celebrarse. Este  
impedimento deriva del defecto de libertad.

A su vez, el artículo 264 del Código Civil enuncia, aunque no con este nombre, los impedimentos impeditivos, que no afectan la validez del acto:

Art. 264.- Es ilícito pero no nulo el matrimonio:

I. Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de defensa.

II. Cuando no se haya otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289.

Podríamos decir -comenta Galindo Garfias (op. cit. p. 497)- que los impedimentos impeditivos son severas advertencias al Juez del Registro Civil para que en presencia de ellos, se abstenga de celebrar el matrimonio y son grave admonición a los cónyuges, para indicar con ello y con esa -- marca de ilicitud, el interés del grupo social en que atendiendo a ciertas circunstancias, no se celebre esa clase de matrimonios.

1.a. Dispensas.

La última parte del artículo 156 señala que de --

estos impedimentos (dirimientes) solo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual. Se explica la dispensa del impedimento de edad, hecha por autoridad administrativa, en atención a que la preñez de la mujer que pretenda celebrar matrimonio prueba indubitablemente la aptitud fisiológica para realizar el principal fin del matrimonio, que es la procreación. La dispensa se otorga como medida proteccionista del hijo a punto de nacer.

En cuanto a los impedimentos impeditivos, el artículo 264 del Código Civil remite a los diversos 158, 159 y 829, en materia de dispensa. Estas, excluyen o desaparecen los impedimentos, haciendo lícito el matrimonio.

La fracción II del artículo 264 en relación con el numeral 159 del Código establece que el matrimonio es lícito, por existir impedimento, el celebrado entre el tutor con la persona que ha estado o está bajo su guarda.

Ahora bien, este impedimento puede ser dispensado hasta en tanto se aprueben las cuentas de la tutela, según lo dispone el artículo 159 del Código citado.

Aplicando en sentido contrario el artículo 158 --

concluimos que el matrimonio de la mujer es lícito una vez -- que han transcurrido 300 días después de la disolución del -- primer matrimonio, sea por muerte del marido, ya por nulidad o por divorcio. En los casos de divorcio o nulidad, el término empieza a correr desde que se interrumpió la cohabitación.

Siguiendo con el principio del "sentido contrario", es lícito el segundo matrimonio del cónyuge que ha dado causa al divorcio, siempre que se celebre después de transcurridos 2 años a partir del momento en que se decretó la disolución del primer matrimonio (art. 289 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 289 segundo párrafo dispone que es lícito el segundo matrimonio de los cónyuges que se divorcian voluntariamente siempre que haya transcurrido un año a partir de la fecha en que quedó disuelto el vínculo matrimonial anterior.

#### 1.a.2. Causas de Nulidad.

Al respecto, indica el maestro Rojina Villegas -- (op. cit. p. 260) "que según el artículo 235 fracción II, habrá nulidad del matrimonio cuando éste se contraiga existien

do impedimentos dirimentes, en tanto que cuando solo existan los impedimentos impeditivos, solo cabe decir que el matrimonio es válido, pero ilícito según la terminología un tanto contradictoria de nuestra ley".

El artículo 235 del Código, señala las causas de nulidad del matrimonio:

I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndolo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra.

II. Que el matrimonio se haya celebrado contrariando alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156.

III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.

En relación a la fracción III del artículo en comento, ella se refiere a las formalidades que deben cumplirse al celebrarse el matrimonio.

Se considera que son esenciales para la existencia del contrato matrimonial, las siguientes solemnidades -- (arts. 102 y 103 del C. C.):

a) Que se otorgue el acta matrimonial.



b) Que conste con ella, la voluntad de los con--  
sortes y la declaración del oficial del Registro Civil, con--  
siderándolos unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

c) Que se determinen los nombres y apellidos de  
los contrayentes.

d) Que se asiente el lugar, día y hora del acta  
matrimonial.

e) Que se haga constar la edad, ocupación, domi--  
cilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.

f) Si son mayores o menores de edad.

g) El consentimiento de los padres, de los abue--  
los o tutores, o el de las autoridades que deban sustituirlos,  
haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domici--  
lio de las citadas personas.

h) Que no hubo impedimento para el matrimonio o  
que éste se dispensó.

i) La manifestación de los cónyuges sobre si el  
matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal,--  
o de separación de bienes.

j) Los nombres, apellidos, edad, estado, ocupa--  
ción y domicilio de los testigos y su declaración sobre si -  
son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en que  
grado y que en línea.

El acta matrimonial debe ser firmada por el Juez

del Registro Civil y por los contrayentes, en caso contrario, no habrá matrimonio. En caso de no saber firmar los contrayentes, la huella digital sustituye la firma.

Respecto al error sobre la persona, como causa de nulidad, puede recaer sobre la identidad de la persona con quien se contrae o sobre sus cualidades, siempre que hubieran sido éstas las causas determinantes para la celebración del matrimonio.

Si el cónyuge engañado no intenta la acción de nulidad a que se refiere el artículo 236 del Código, se entiende ratificado tácitamente el matrimonio.

Sobre el particular, el maestro Regina Villegas (op. cit. p. 291) expresa que "desde el punto de vista estrictamente teórico, el error sobre la identidad de la persona debería motivar la inexistencia del matrimonio, pues impide que el consentimiento se forme, dado que éste no se otorgó para celebrar el acto con la persona con quien realmente se celebró, sino que dicha voluntad se expresó bajo un supuesto totalmente distinto; es decir, para contraer matrimonio con otra persona. Por lo tanto, faltó el consentimiento, y cabría aplicar el artículo 224, para considerar inexistente -

el matrimonio, pero ante la disposición expresa del artículo 236 debe concluirse que en nuestro derecho, se trata de una nulidad relativa".

Así las cosas, el artículo 230 del Código Civil - faculta al juez para tomar medidas cautelares ante la presentación de una demanda de nulidad de matrimonio; medidas que señala el diverso 232 del mismo Código, como son ordenar la separación de los cónyuges de conformidad con el artículo -- 205 del Código de Procedimientos Civiles, fijar la cantidad que por concepto de alimentos debe cubrir el deudor alimentista al cónyuge y a los hijos, dictando las medidas necesarias para asegurar el pago de la obligación; si la mujer está encinta se dictarán medidas para evitar la suposición del parto, la sustitución del infante o que se haga pasar por -- niñas la criatura que no lo es, etc.

La sentencia de nulidad de matrimonio tiene efectos meramente declarativos y produce consecuencias entre los consortes y ante terceros.

A) Efectos de la sentencia en relación a los cónyuges (arts. 235 y 236 del Código).- Se producirán consecuencias pareciendo si el matrimonio fue contraído de buena o de mala fe. En el primer caso, se llama matrimonio putativo.

Art. 255.- El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o desde su separación, en caso contrario.

Art. 256.- Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.

B) Efectos de la sentencia de nulidad de matrimonio en cuanto a los hijos.- Como se ha visto, el legislador protege a los hijos y al cónyuge de buena fe.

Art. 259.- Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez -- resolverá a su criterio de acuerdo a las circunstancias del caso.

Quando el matrimonio se ha declarado nulo, se pro

tegen los intereses de los hijos. Sobre esta idea, sostiene el maestro Rojina Villegas que "propianamente estas ártimas con secuencias se presentan en el sistema mexicano como efectos de la filiación misma y no del matrimonio, ya que tanto los hijos legítimos como naturales tienen derecho a heredar y -- a exigir alimentos" (27).

C) Efectos de la sentencia de nulidad de matrimonio en cuanto a los bienes.

Art. 261.- Declarada la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes. Los productos repartibles, si los dos cónyuges hubieran procedido de buena fe, se dividirán entre ellos en la forma convenida en las capitulaciones matrimoniales; si solo hubiere habido buena fe por parte de uno de los cónyuges, a éste se aplicarán íntegramente esos productos. Si ha habido mala fe de parte de ambos cónyuges, los productos se aplicarán a favor de los hijos.

Art. 262.- Declarada la nulidad del matrimonio, se observarán respecto de las donaciones antenuptiales, las reglas siguientes:

I.- Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas.

II.- Las que hizo el cónyuge inocente al culpable.

ble quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ---  
ellas se devolverán al donante con todos sus productos.

III.- Las hechas al inocente por el cónyuge que  
obró de mala fe quedarán subsistentes.

IV.- Si Los dos cónyuges procedieron de mala fe,  
Las donaciones que se hayan hecho quedarán en favor de sus -  
hijos. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reacq  
nación alguna con motivo de la liberalidad.

#### 1.5. Causales de divorcio.

En este punto, citaremos los señalamientos que al  
respecto hace el maestro Eduardo Pallares (25).

El artículo 266 del Código Civil dispone que el -  
divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cón  
yuges en aptitud de contraer otro; en tanto que el diverso -  
267 señala 17 causas de divorcio, mismas que derivan ya de -  
culpa de uno o de ambos cónyuges, ya de otras razones, en las  
que no pueden imputarse a ninguno de ellos.

De las causas de divorcio en particular:

I.- El adulterio de cualquiera de los cónyuges.-  
El Código Penal vigente no define el delito de adulterio y -

sólo lo sanciona. Tampoco lo hace el Código Civil. Gramaticalmente, el adulterio consiste en la unión sexual que no sea contra natura de dos personas que no estén unidas en matrimonio y de las cuales una de ellas o las dos, estén casados civilmente con un tercero. Tanto legal como doctrinalmente, el adulterio solo existe como acto consumado, de tal manera que la Ley penal no castiga la tentativa ni los actos preparatorios. Este punto de vista es válido también en lo relativo al divorcio, porque es de la esencia del adulterio el que se consume. El artículo 269 señala el término en que el cónyuge ofendido por el adulterio, debe demandar el divorcio; expresa: "cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de sus cónyuges". Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio.

II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.- El hijo sólo puede ser declarado ilegítimo cuando nace antes de que se cumplan los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, porque si el nacimiento se efectúa después, el hijo se presume legítimo, y, por tanto, del marido, de acuerdo con lo prevenido en el art. 324 fracción I, del Código Civil. La presunción anterior es juris-tantum, pero solo pue-

de ser destruida con las pruebas y en las circunstancias que mencionan las siguientes disposiciones legales: art. 326, -- que dice: "el marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa". - Art. 328, que dice: "El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio: a) si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito; b) si concurre al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar; - c) si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer. La acción de desconocimiento de la paternidad solo puede ser intentada por el marido dentro del término que señala el art. 330 del Código Civil, o sea el de "60 días contados desde el nacimiento, si está presente el marido; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento".

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquie-



ra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro --  
tenga relaciones carnales con su mujer.-- Esta causa se refier  
re a los lenones, o sea, los maridos que explotan especial--  
mente a su cónyuge, obligándola a tener comercio carnal con  
otras personas. Penalmente, en nuestro medio el lenocinio se  
sanciona con prisión de seis meses a ocho años y multa de cincu  
enta a mil pesos. El art. 207 del Código Penal refiere --  
que comete el delito de lenocinio: 1.- Toda persona que ha--  
bitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio  
del comercio carnal, se mantenga de éste comercio u obtenga  
de él un lucro cualquiera; 2.- Al que induzca o solicite a  
una persona para que con otra comercie sexualmente con su --  
cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la --  
prostitución; 3.- Al que regentee, administre o sostenga di--  
recta o indirectamente prostibulos, casas de cita o lugares  
de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prosti--  
tución, y obtengan cualquier beneficio con sus productos. --  
Para que el lenocinio sea causa de divorcio, es necesario --  
que el marido reciba en cambio de la prostitución de su espo  
sa una recompensa, que no es indispensable que se traduzca --  
en dinero. Puede haberla de distinta naturaleza, como obte--  
ner el nombramiento de un cargo público, una concesión admi--  
nistrativa para enriquecerse, y, en general, cualquier otra  
forma de retribución. El lenocinio puede llegar hasta el ex

tremo de que por medio de la coacción física o moral, el marido obligue a la mujer a prostituirse, de tal manera que en muchos casos la mujer lo consiente, no por propia voluntad, sino por el temor a las represalias del marido de golpearla, e incluso matarla. El legislador no consideró el caso contrario a la causal en comento, o sea cuando la mujer incita al marido a que tenga relaciones carnales con otra mujer o consiente en ellas para obtener algún lucro. Esta omisión puede explicarse por dos razones: en primer lugar, por la tradición que aún sobrevive, según la cual el hombre no se prostituye cuando tiene relaciones carnales con una mujer diferente de su esposa, y también porque la prostitución de la mujer es más grave, cuenta habida de que puede llevar al matrimonio un hijo que no sea de su esposo.

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia.- Incitar a la violencia significa tanto como provocarla; pero la causal sólo se produce si la provocación tiene por objeto inducir a la persona a cometer un delito. Lo más frecuente es que uno de los cónyuges mueva al otro a cometer un delito contra las personas, ya sea el de lesiones, homicidio, plagio, pero también puede ser que tengan por objeto la comisión de un delito sexual, como es el de violación. La provocación puede ser de palabra, por escrito, e incluso

por medio de determinados actos, como desprecio, la sonrisa burlona, el negarse a cumplir el débito conyugal y otros -- análogos con los que de una manera o de otra se lleva a cabo la provocación.

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en la corrupción.- Esta causal se relaciona con el artículo 270 que precisa en que consiste la causal de divorcio. Dice: "Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones". La corrupción que menciona la norma, puede consistir en la prostitución, en la embriaguez, en el uso de sustancias estupefacientes, en la práctica del robo, e incluso en la mendicidad. El vocablo corrupción tiene un sentido tan amplio que dentro de él caben toda clase de miserias morales, aún las más diferentes entre sí. La causal puede consistir en actos positivos que produzcan la corrupción de los hijos o en actos negativos que impliquen necesariamente la tolerancia de los progenitores respecto del estado de inmoralidad y corrupción en que viven los hijos.

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

VII.- Padecer enajenación mental incurable.

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada. La separación no sólo consiste en el acto de abandonar la morada conyugal, sino -- también en el rompimiento de las relaciones conyugales. No es el mero acto de separarse, sino una situación de tracto -- sucesivo, que puede prolongarse por años enteros, lo que tragiendo al ejercicio de la acción de divorcio que subsiste -- mientras dura dicha situación. Si se considera como un mero acto y no como una situación, la acción caducaría a los 6 meses del día en que se efectuó la separación. La H. Suprema Corte de Justicia ha establecido la jurisprudencia de que, -- por separación del hogar conyugal, no ha de entenderse el hecho material de salir de ella y no volver a la vida en común. Afirma que consiste en que uno de los cónyuges rompa sus relaciones matrimoniales con el otro y deje de cumplir las -- obligaciones que derivan del vínculo, sea porque no suministre alimentos, no cuide de sus hijos, ni los asista en caso de enfermedad y se desatienda por completo de sus deberes faliares.

IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.- La norma supone que uno de los esposos se separó por causa bastante para que nazca a su favor el derecho de solicitar el divorcio. Sobre esto no puede haber duda alguna. La fracción IX no debe entenderse en el sentido de otorgarle una acción más de la que ya tiene por la conducta ilegal de su cónyuge. El texto dice que la separación justificada se prolongue por más de un año, sin que el esposo que se separa demande el divorcio, lo que explica que el legislador cuidadoso de que tanto los cónyuges como los hijos no permanezcan en una situación de incertidumbre sobre la subsistencia del vínculo matrimonial, concede al cónyuge abandonado el derecho de pedir el divorcio, para que su situación jurídica no quede indefinida por más tiempo. No se olvide que uno de los fines del derecho positivo es el de dar seguridad a las personas y que nada hay más nocivo que esa situación indeterminada en la cual quienes están casados legalmente, de hecho viven como sino lo estuvieran. Por separación de la morada conyugal, además de lo dicho, se entiende el no cumplir las obligaciones matrimoniales como la de suministrar alimentos y abandonar a su propia suerte a los hijos y al otro cónyuge. Para aplicar, en justicia, es-

ta fracción, hay que tener en cuenta que los cónyuges están obligados con ésta, que pesa por igual, respecto de amigos, y otro tanto puede decirse de la relativa a administrarse alimentos, aunque la ley es más favorable a la mujer en esta materia que sólo excepcionalmente está obligada a alimentar a su esposo.

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga, que preceda la declaración de ausencia.- La declaración de ausencia es una de las modalidades del estado civil de las personas que, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge ausente cumpla las obligaciones matrimoniales. Por ello, con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro cónyuge la acción de divorcio. Dicha declaración está regida por los artículos 669 y 678 del Código Civil y únicamente procede cuando han pasado dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante interino del ausente. En cuanto a la presunción de muerte, está regida por el artículo 705 del Código que previene "cuando hayan transcurrido seis años de la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada declarará la presunción de muerte". ¿Qué efectos producirá sobre la sentencia ejecutoria que declare el divorcio, sea por ausencia o por presunción de muerte, en los ca-

sos en que el cónyuge declarado ausente o presumido muerto, se presente y haga valer sus derechos ? La ley es omisa sobre este problema, que no es solamente imaginario, ya que se han dado casos en que el esposo que se creía muerto o legalmente declarado ausente, retorna y pretende tener derechos conyugales respecto al otro cónyuge. La presunción de muerte o la declaración de ausencia son consideradas como causas suficientes para demandar el divorcio, y si bien la declaración establece una simple presunción de muerte el Código Civil ha creado un sistema que da a dicha presunción el carácter de absoluta, es decir, que contra ella no cabe prueba alguna en contrario.

XI.- La sevicia, las amenazas, las injurias graves de un cónyuge al otro.- La sevicia, las amenazas o las injurias han de ser contenidas por un cónyuge al otro, y no a los miembros de su familia como se ha pretendido en determinados litigios seguidos ante nuestros tribunales. El legislador no consideró causas de divorcio dichos actos, cuando se injuria, amenaza o se da de golpes a los padres del otro cónyuge, no obstante la gravedad de esas acciones e incluso su naturaleza salvaje e inhumana. Por injuria se entendía en el derecho romano cualquier acto contrario a los derechos subjetivos, concepto éste que se encuentra en la misma etimología de la palabra. Las injurias entonces no constituían -

un delito contra el honor como acontece en la actualidad, si no una lesión jurídica que produjera daños materiales o morales de suyo muy diferentes. La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha orientado en el sentido de que la injuria - que es causa de divorcio no se identifica como el delito que castiga el Código Penal, de tal manera que no es necesario - para que proceda la acción de divorcio, que previamente a -- ella se haga la averiguación penal correspondiente, y en el debido proceso se declare responsable de ese delito al cónyuge que va a ser demandado en el juicio de divorcio. Por tanto, pueden constituir causas de divorcio actos que no sean - propiamente el delito de que se trata. Las injurias deben - ser graves para que generen la acción de divorcio, y es lógico que en este particular, los tribunales tengan un amplio - poder de apreciación respecto de la gravedad del hecho injurioso. Respecto de la sevicia, cabe decir que en los diccionarios la definen en los siguientes términos: "crueldad exce siva, malos tratos, golpes". Lo mismo que las injurias, la sevicia puede constituir un delito en determinados casos, ta les como los previstos en el artículo 344 del Código Penal. La acción de divorcio deberá ejercitarse dentro de los seis meses siguientes al último acto de sevicia para evitar la -- caducidad. Los diccionarios definen la amenaza como "La in timidación de un mal futuro que depende de la voluntad del -



que amenaza y para producir temor en la persona a quien se -  
intimida". A su vez, la intimidación consiste en causar o -  
producir miedo. Respecto de esta causa de divorcio, puede -  
afirmarse lo mismo de lo ya expuesto en relación con la inju-  
ria y la sevicia, o sea: que no es necesario que las amena-  
zas constituyan el delito previsto por el Código Penal; que  
deben ser graves; que no bastará, por regla general, un solo  
acto de amenaza para que se produzca la acción de divorcio;-  
que los tribunales tienen amplias facultades de apreciación  
con el objeto de resolver si las amenazas alegadas por la par-  
te actora son de tal naturaleza que ameritan la disolución  
del vínculo conyugal. Ya queda dicho que las injurias para  
ser causas de divorcio, deben proferirse contra el otro cónyu-  
ge y no hacerse a sus parientes. Lo mismo puede afirmarse -  
de las amenazas, pero el mal futuro que con ellas se anuncia,  
es posible que recaiga tanto sobre la persona y el patrimo-  
nio de sus parientes o de quienes estén vinculados con él --  
por la amistad, el amor u otros sentimientos análogos.

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges  
a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el  
incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada  
por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168.

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyu-  
ge al otro por delito que merezca pena mayor de dos años de -

prisión.- Como el delito de calumnia, en términos generales, sólo se persigue por querrela de parte, según lo previene el Art. 360 del Código Penal, cabe preguntar si el desistimiento de dicha querrela por parte del cónyuge ofendido produce la extinción del derecho de pedir el divorcio. En pro de una solución afirmativa, puede alegarse que ese desistimiento -- constituye un acto de perdón tácito de la calumnia, y siendo ésta la causal de divorcio, produce la extinción de la acción de divorcio en los términos del Art. 279 del Código Civil. -- En sentido contrario, cabe afirmar que siendo la acción penal diferente de la acción civil y de divorcio, el perdón que extingue a aquélla no hace caducar a la segunda. Como se ve - el punto es discutible.

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.- Las penas infamantes están prohibidas por el Art. 22 de la Constitución General de la República, y de esta circunstancia pudiera inferirse que tampoco hay delitos infamantes ante la ley. En el Código Penal no existe ninguna norma de la cual pueda basarse la calificación de esa especie de delitos. Cabe preguntar: ¿ qué debe entenderse por delito infamante ? -- La Constitución General de la República prohíbe en su Art. - 22 las penas infamantes, o sean aquéllas que causan infamia

al que es condenado a sufrirlas. Parece lógico inferir de esta prohibición la consecuencia de que no existiendo ya penas infamantes que no sólo tienen este carácter para el delincuente, sino también trascienden a los miembros de su familia, -- por ello doblemente prohibidas en nuestra ley fundamental -- que no permite castigos trascendentales.

XV.- Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desaveniencia conyugal.- El juego que menciona esta norma ha de ser de los llamados juegos de azar, porque son los que, por las pérdidas económicas que producen, causan la ruina de la familia. Tal era por lo menos la interpretación -- que durante muchos años se dio a ese vocablo, pero cabe observar que también los deportes, cuando dan nacimiento a un verdadero vicio, pueden ser causa tanto de los disgustos conyugales como de la ruina de la familia. El vicio de la embriaguez degenera de tal modo al que lo tiene, que por sí sólo convierte a su víctima en un ser inepto para cumplir sus obligaciones familiares. Además, el ejemplo que da el dipsómano a sus hijos, es funesto, porque con frecuencia se entregan también a dicho vicio. Agréguese a lo anterior la herencia patológica que reciben los hijos engendrados por los --- ebrios consuetudinarios, y se comprenderá la sabiduría de la

norma que se analiza. Otro tanto puede decirse del uso indebido de las drogas enervantes, pero cabe censurar al legislador en la limitación formulada respecto de ellas que consiste en que dicho uso únicamente será causa de divorcio cuando amenace producir la ruina de la familia u origine frecuentes disgustos conyugales.

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto tal que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que ese acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.- Esta norma se refiere a cierta clase de delitos que no son punibles cuando los comete un cónyuge en contra del otro. Por ejemplo, - el llamado erróneamente "robo de infante", que no es castigado cuando lo comete la persona que ejerza la patria potestad sobre el infante, como lo previene la fracción V del Art. -- 366 del Código Penal, que dice: "Se impondrán de cinco a -- cuarenta años de prisión y multa de cien a diez mil pesos, - cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio - o secuestro en alguna de las siguientes formas: Fracción V. - Cuando se cometa el robo de infante menor de doce años por - quien sea extraño a su familia y no ejerza la patria potes-- tad sobre él". Gracias a esta impunidad de que gozan los ascendientes, es frecuente en México que personas desnaturalizadas roben a sus esposas los hijos, y no permiten que los -

vean, durante años enteros. Parece lógico inferir de la frac  
ción XVI que los delitos cometidos por un cónyuge en contra  
del otro, diferentes de los que la propia norma menciona, no  
son causa de divorcio, ya que la ley sólo considera como cau  
sa aquellos actos que serían punibles si los ejecutasen per  
sonas extrañas al vínculo conyugal, pero tal conclusión es -  
absurda e injusta, porque no permitiría a los cónyuges deman  
dar el divorcio cuando cometiesen delitos graves el uno con  
tra el otro.

XVII.- El mutuo consentimiento.

XVIII.- La décimoctava causal de divorcio que --  
contempla nuestra legislación civil la establece el artículo  
268, que dice: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o  
la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado  
o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene, a su  
vez, el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo  
sino pasados tres meses de la notificación de la última sen  
tencia. Durante esos tres meses, los cónyuges no están obli  
gados a vivir juntos". El legislador la consideró de una na  
turaleza especial, porque no la incluyó entre las que enun--  
cia el art. 267, y fijó un término dilatorio para poder ini  
ciar legalmente el juicio de divorcio que de dicha causal --  
procede.

1.c. Causales de separación.

En esta materia, nuestro Código Civil guarda un silencio absoluto, dado que no existe ningún capítulo o precepto que regule tan importante asunto, no obstante que los Códigos del 1870 y 1884 lo regulaban.

En último análisis, la separación judicial viene a hacer lo que se conoce como divorcio no vincular o divorcio imperfecto, por virtud del cual no se disuelve el vínculo, solo se dispensa a los cónyuges el deber de cohabitación.

Sin menoscabo de lo dicho, el Código regula de manera excepcional y optativa la separación en dos únicos casos.

Al respecto, Galindo Garfias indica que "la separación de cuerpos según nuestro Código Civil (artículo 267 - fracciones VI y VII) no procede, como ocurre en el Derecho francés en todos los casos en que puede tener lugar el divorcio vincular, sino que se ofrece como una medida optativa, sólo en los casos mencionados en las dos fracciones citadas del artículo 267 del Código Civil; es decir, cuando uno de los consortes padece una enfermedad crónica o incurable que sea

además, contagiosa o hereditaria, cuando sufre impotencia in  
curable, si sobreviene después de celebrado el matrimonio, o  
cae en enajenación mental incurable. Solo en estos casos, -  
el cónyuge sano, podrá optar por la simple separación de cuerpos  
o por el divorcio vincular.

"El legislador ha establecido este remedio y permi  
te la separación de los cónyuges, por la existencia del esta  
do patológico en que se encuentra el otro cónyuge, indep  
ndientemente de todo concepto de culpa imputable al esposo en  
fermo. En las demás causas de divorcio mencionadas en el ar  
tículo 267 del Código Civil, la conducta del cónyuge dema  
ndado, es violatoria de los deberes conyugales, lo cual implica  
que ha incurrido en culpa" (26).

Por virtud de la separación de cuerpos:

1. Se releva a los cónyuges de prestarse el débi  
to conyugal.
2. No puede darse por mutuo consentimiento, sino  
por disposición de la ley (art. 267 fracciones VI y VII en -  
relación con el diverso 277, del C. C.).
3. Se conserva en los esposos el ejercicio de la  
patria potestad sobre los hijos.
4. No se disuelve la sociedad conyugal.
5. No se suspende por reconciliación de los con-

sortes, sino por desistimiento de la acción, en caso de procedimiento judicial.

6. Desaparece el domicilio conyugal.

2. El divorcio.

Nos ocuparemos ahora exclusivamente del divorcio en cuanto al vínculo, en oposición al divorcio no vincular, ya analizado a la luz de las legislaciones canónica y civil.

Deriva de *divortium*, de *divortere*, que significa irse cada uno por su lado.

Rafael de Pina (27) sostiene que en el lenguaje corriente, la palabra divorcio, contiene la idea de separación; pero jurídicamente significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al respecto y por una causa determinada de modo expreso.

La característica de éste es que disuelve el vínculo y otorga a los excónyuges capacidad jurídica para contraer nuevo matrimonio; según rezan los arts. 266 y 289 del Código Civil.



Galindo Garfias (op. cit. p. 585) señala que "desde de el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante - la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos - de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento - señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial".

#### 2.a. Clases de divorcio.

Son dos los grupos en que se divide el divorcio - vincular: el necesario (art. 267 fracciones I a XVI) y el - voluntario (art. 267 fracción XVII). Ahora bien, dentro del divorcio voluntario están el de tipo administrativo y el de tipo judicial.

Por tanto, en nuestro derecho civil tenemos los - siguientes tipos de divorcio.

1. Necesario.
2. Voluntario: a) Administrativo y b) Judicial.

##### 2.a.1 Divorcio voluntario.

Deriva del mutuo consentimiento, causal contemplada

da en la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil.

Por otra parte, el divorcio voluntario de tipo ad ministrativo encuentra su base legal en el artículo 272 del Código, que establece: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del registro civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

"El juez del registro civil, previa identifica--- ción de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

"El divorcio así obtenido no surtirá efectos legal es si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.

"Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de procedimientos Civiles".

Según se aprecia, el único imperativo para esta -- clase de divorcio es la sola voluntad de los cónyuges, sin alegación de causa. Adopta esta denominación porque no requiere de la intervención de la autoridad judicial, sino solo del juez del registro civil, el cual levantará un acta -- haciendo constar la solicitud de divorcio y citará a los solicitantes para que ratifiquen a los quince días siguientes y si así ocurre, los declarará divorciados, haciendo la anotación en el acta matrimonial.

Requisitos de procedencia:

1. Que los esposos sean mayores de edad.
2. Que no tengan hijos en el matrimonio.
3. Que previamente liquiden la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

Divorcio voluntario de tipo judicial.

Procede cuando los consortes sean menores de edad,

existan hijos en el matrimonio y aun no se liquide la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

Al igual que en el divorcio de tipo administrativo, el judicial no podrá solicitarse sino pasado un año de la celebración del matrimonio (art. 274 C. C.).

Según el artículo 273, los divorciantes acompañarán a su demanda un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I. Designación de persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

IV. La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo.

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar di

cha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

En tanto se sustancia el procedimiento, el juez dictará medidas necesarias para la manutención de los hijos e impondrá al consorte, según disposición de ley, la obligación de dar alimentos (art. 275).

Por último; durante el juicio, pueden reunirse los cónyuges en cualquier momento; lo cual producirá el fin del mismo. Pero si después deciden divorciarse, no podrán hacerlo sino después de transcurrido un año de la primera reconciliación que puso fin al litigio (art. 276).

Los diversos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regulan lo relativo al divorcio por mutuo consentimiento respecto al procedimiento judicial.

Art. 675. Hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente, que se efec

tuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar a otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento.

Art. 676. Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; y en ella volverá a exhortar a aquéllos con el propio fin que en el anterior. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Los divorciantes no pueden hacerse representar -- por un apoderado en las juntas de reconciliación a que se refieren los artículos transcritos del Código Procesal (art. -

---

678 C. P. C.).

Como corolario, en materia de divorcio voluntario -salvo pacto en contrario- ninguno de los cónyuges tiene derecho a exigir alimentos al otro, una vez pronunciada la sentencia. No obstante, es lícito que uno de los cónyuges se obligue a dar alimentos al otro (art. 288 C. C.). Creemos que ello es así en atención a que esa voluntad nace de un convenio, no de la ley.

El art. 289 in fine, dispone que los divorciados voluntariamente podrán contraer nuevo matrimonio, transcurrido un año de la disolución.

#### 2.a.2 Divorcio necesario o contencioso.

(Veáse causales de divorcio). Las 17 causas que señala el artículo 267 del Código Civil pueden agruparse en 4 rubros:

a) Por delitos entre los cónyuges (frac. I, III, IV, XI, XIII y XVI); de padres a hijos (frac. V); y de un cónyuge en contra de terceras personas (delitos que sin ser políticos, sean infamantes y estén sancionados por más de dos años de prisión: frac. XIV).

b) Hechos inmorales (frac. II, III y V).

c) Incumplimiento de las obligaciones fundamentales en el matrimonio (frac. XII). Estimamos que la separación sin causa justificada constituye incumplimiento, toda vez que es obligación de los cónyuges hacer vida común (frac. VIII, IX y X).

d) Otras causas: enfermedades (frac. VI y VII); vicios (frac. XV); mutuo consentimiento (frac. XVII).

El divorcio se origina a petición del cónyuge inocente y aun en contra de la voluntad del culpable. En este sentido bien puede hablarse de divorcio-sanción.

El cónyuge inocente puede demandar el divorcio dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de la causal en la que apoye su demanda (art. 278 del C. C.).

Para poder ejercer la acción de divorcio, se requiere que no haya perdón expreso o tácito, ni reconciliación; ya que de conformidad con los artículos 279 y 280 del Código Civil aquella se excluye por éstas. El segundo de los preceptos dispone que la reconciliación pone término al juicio en cualquier estado en que se encuentre, si aun no hubiere -



sentencia ejecutoria. Deberán hacer de conocimiento al juez de dicha reconciliación.

Admitida la demanda, el juez dictará medidas provisionales en relación a los cónyuges, los hijos y los bienes (art. 275 del C. C.).

En cuanto a los consortes (art. 282): a) Ordenará la separación; b) Si existe desacuerdo de los cónyuges sobre cuál de ellos cuidará de los hijos, el demandante propondrá una persona en cuyo poder quedarán provisionalmente. El juez resolverá posteriormente lo conducente, previa audiencia entre las partes; c) Señalará la cuantía y aseguramiento de los alimentos en favor de los hijos o deudor alimentario, señalando el acreedor; d) En su caso, dictará medidas precautorias en favor de la mujer que estuviere encinta; e) Dictará medidas provisionales para evitar que los cónyuges causen daños a sus bienes respectivos o en los de la sociedad conyugal, en su caso.

El juicio de divorcio necesario es plenario, se agota la materia litigiosa cuando es resuelto por sentencia ejecutoria. Es declarativo y de condena, e incluso, constitutivo. Declara la culpabilidad de uno de los cónyuges y el derecho del otro de pedir la disolución del vínculo matrimonial; condena al cónyuge, por regla general, a la pérdida de

la patria potestad y en algunos casos a la suspensión de la misma, lo condena igualmente al pago de la pensión alimenticia y a la pérdida de las donaciones hechas en consideración al otro cónyuge. Es constitutivo porque da fin a un estado de derecho y se constituye otro por completo diferente.

No obstante la trascendencia social del juicio, - no es parte el Ministerio Público, como sucede en el divorcio voluntario. El juicio de divorcio contencioso es biinstancial por ser apelable la sentencia definitiva.

#### Efectos de la sentencia de divorcio:

##### I. En cuanto a los cónyuges:

1. Los deja en aptitud de contraer nuevo matrimonio (arts. 266 y 289 del C. C., 24 del C. P. C.).

2. El cónyuge culpable no podrá celebrar nuevo matrimonio sino hasta después de dos años de decretarse - la disolución (art. 289 del C. C.).

3. La mujer no puede contraer nuevo matrimonio antes de los 300 días siguientes a la disolución del anterior, excepto que dentro de ese plazo diera a luz a un hijo (art. 158 del C. C.).

4. El cónyuge culpable, de acuerdo a las circunstancias del caso y a su situación económica dará alimen-

---

tos al inocente, en tanto viva honestamente y no contraiga - nuevas nupcias (art. 288 del C. C.).

II. En cuanto a los hijos:

1. El art. 283 del C. C. dispone que el cónyuge culpable perderá la patria potestad de los hijos cuando la conducta de aquel sea tan grave moralmente que de conservarla, constituiría un peligro para la educación de éstos.

2. Si la causa de divorcio consiste en el - adulterio debidamente probado, el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de su celebración, siempre que sea declarado judicialmente ilegítimo, - la propuesta del marido para prostituir a la mujer, la incitación a la violencia para cometer algún delito, los actos - inmorales del marido o de la mujer para corromper a los hijos y a la tolerancia en su corrupción, el abandono del hogar -- por más de seis meses sin causa justificada, la comisión de un delito infamante y los hábitos del juego o de la embriaguez y el uso indibido y persistente de drogas enervantes, - cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal (art. 267 fracs. I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del C. C.), el artículo citado castiga al cónyuge culpable con la pérdida de la patria potestad.

Y si la conducta de ambos cónyuges es igual-

mente grave e inmoral, ambos pierden la patria potestad y pasa al ascendiente o descendiente que corresponda y a falta de ascendientes, se les nombrará un tutor a los hijos (art. 283 frac. I del C. C.).

3. Fuera de los casos anteriores que no implican una extrema gravedad, la patria potestad la conservará el cónyuge inocente, pero la podrá recobrar el culpable a la muerte de aquel.

Si ambos son culpables, la patria potestad quedará bajo el ascendiente o descendiente que corresponda y a falta de éstos, se nombrará un tutor el cual la ejercerá hasta la muerte de uno de los divorciados; en tal caso, el cónyuge que sobreviva recobrará la patria potestad (art. 283 -- frac. II del C. C.).

4. Ninguno de los cónyuges pierde la patria potestad cuando el divorcio provenga por impotencia incurable posterior al matrimonio; o bien, cuando se origine por enajenación mental incurable de uno de los consortes. Empero, el cónyuge sano quedará en poder de los hijos.

La pérdida o suspensión de la patria potestad no extinguen las obligaciones de los padres de dar alimentos a sus hijos (art. 285 del C. C.).

III. En cuanto a los bienes:

1. El cónyuge culpable pierde en favor del

inocente todo lo aportado al matrimonio sean donaciones ante nupciales o donaciones entre consortes. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho (art. 286 del C. C.).

2. El cónyuge culpable pagará al inocente - los daños y perjuicios que le produzca el divorcio.

3. La disolución de la sociedad conyugal se liquidará de acuerdo con la sentencia, tomando en cuenta las capitulaciones matrimoniales (art. 287 del C. C.).

4. Los excónyuges están obligados a contribuir en proporción a sus bienes a la subsistencia y educación de los hijos hasta que éstos alcancen la mayoría de edad (Ibídem).

Ejecutoriada la sentencia -reza el art. 291 del - C. C.- el juez de primera instancia remitirá copia de ella - al juez del registro civil ante quien se celebró el matrimonio para que levante el acta correspondiente.

Por último, daremos a conocer los modos como puede concluir el divorcio contencioso.

1. Por desistimiento del actor (art. 34 C. P. C.)
2. Por mediar perdón expreso o tácito.
3. Por la reconciliación de los cónyuges, si aun no hay sentencia ejecutoriada (art. 280 del C. C.).

4. Por caducidad de la instancia (art. 137 del C. P. C.).

5. Por renuncia del actor exigiendo al demandado que se allane a vivir con él, de acuerdo con lo que dispone el artículo 281 del Código Civil.

6. Por muerte de uno de los cónyuges (art. 290 - del C. C.).

7. Por transacciones y convenio celebrado en el juicio y aprobados por el juez.

8. Por sentencia definitiva y firme con autoridad de cosa juzgada material y no solamente formal.

2.b. La defensa del divorcio.

"Los que dirigen la campaña en favor del divorcio son generalmente liberales avanzados, radicales y más tarde socialistas".

Jacques Leclercq.

Los distintos autores apoyan su defensa en el principio del derecho al amor libre; lo que ocasiona el matrimo-nio libre y luego, el divorcio libre. Como en otros asuntos, justifican sus tesis en la libertad. No es la primera vez - que ocurre esto; el liberalismo económico así lo confirma. -

Por consiguiente, se dice que el ambiente intelectual en el que se desarrolla la moral del derecho al amor es el liberal, de cuño individualista y racionalista.

Al respecto, escribe Leclercq (op. cit. p. 157) - que el liberalismo vé el bien del hombre en la libertad y la igualdad; que constituyen derechos irrevocables de la naturaleza humana. Por tanto el hombre no tiene derecho a obligarse de por vida; ni los pueblos a un gobernante ni los individuos a un superior. León Richer sostiene que nadie puede enajenar irrevocablemente su libertad (cit. por Castán Tobenñas, J.; op. cit. p. 154).

El liberalismo sustenta ese derecho absoluto de todo individuo a la libertad y la felicidad; libertad ilimitada que cree en la bondad natural (Naturalismo) que defendieron Rousseau y Diderot. Aquel sostiene que el hombre es naturalmente bueno y la sociedad lo perversa; este propaga que el derecho al divorcio resulta de la aplicación del derecho fundamental a la libertad. En consecuencia, infiere que el matrimonio es una atadura, una esclavitud y por tanto, debe liberársele. En el matrimonio, la ley de la indisolubilidad es una amenaza para la libertad, debe desaparecer.

Agrega que su sola conciencia, naturalmente buena, le dictará llevar una vida conyugal más duradera y dificultará su separación. Esto, solo si desaparece la constitución legal de la indisolubilidad.

El individualismo o liberalismo en la perspectiva de lo puramente sensual conlleva a la libertad del amor y al divorcio, cuya base ética consiste en creer que el matrimonio tiene por fin la felicidad de los esposos, los que conservan el derecho de romper su unión cuando no la logran y buscarla en otro matrimonio.

Por otra parte, se apoya el libertismo sexual en bases antropológicas en virtud de las cuales la panacea de todos los males del individuo es la libertad. En la medida en que el hombre sea más libre, será un ser más moral. La consecuencia práctica se impone por si misma: la anarquía y en ella, la supresión del matrimonio y de la familia.

Así, es dable concluir con Castán Tobeñas (op. cit. p. 121) que la libertad del amor y el divorcio vienen del protestantismo, que, al secularizar el matrimonio, oscureció sus fines específicos, y, por tanto su carácter social le arrebató las mejores garantías de estabilidad y dió base pa-

---



ra rebajarlo hasta la categoría de una mera institución privada.

Dos son los errores filosóficos que contiene:

a) De orden ético.- El fin del matrimonio y de la vida es la felicidad individual.

b) De orden antropológico.- El hombre es naturalmente bueno y sabe hacer uso de la libertad.

La primera tesis representa la amoralidad contemporánea que trae consigo la inobservancia de la moral deontológica (del deber y de la virtud), cuyas manifestaciones son el utilitarismo, el eudemonismo, el hedonismo y el egoísmo.

La segunda tesis responde al optimismo filosófico del naturalismo de Rousseau, de corte anárquico y antisocial en el cual el hombre y la mujer tengan completa libertad para juntarse y separarse cuando gusten.

Además, se ha reiterado que no es la felicidad de los esposos el fin del matrimonio, sino la procreación y educación de los hijos así como el auxilio recíproco entre los esposos.

Por otra parte, sabida es la posición de la escuela

la católica que se contrapone al naturalismo de Rousseau a través de su pesimismo originalista; según la cual, el hombre en virtud de la caída original recibe por triste herencia la inclinación al mal que le acompaña toda su vida. Así, San Agustín habla de fomes peccati; Sn. Bernardo, de morsum serpentis; los teólogos, de concupiscentia antecedens y San Pablo, de inclinación contraria (Rom. 8, 18-25).

Posteriormente, en la 2a. mitad del S-XIX el materialismo complementa la teoría de la moral del derecho al amor y entroniza la idea de que el bien del hombre está en el bienestar económico y en la felicidad basada en el placer físico.

En conjunto, los partidarios del divorcio centran su defensa en que aquel amor que se prodigaban los cónyuges se ha transformado y ha desaparecido. Ya no se aman, se aborrecen. ¿ Por qué entonces se les condena a un celibato forzoso y a vivir en un ambiente familiar intolerable y desgraciado ? Así, Milton (cit. por Castán Tobeñas, op. cit. p. 120) en 1643 sostiene que cuando el amor y la concordia, la paz y la felicidad - fines del matrimonio - se transforman en turbación y desgracia; entonces los cónyuges tienen derecho a romper la cadena que los une.

Principales argumentos divorcistas:

1) Desquiciamiento del matrimonio, en el que la convivencia entre los cónyuges es un verdadero tormento y todo intento de restablecer la paz y armonía resulta infructuoso.

2) Por lo anterior, es preciso disolver el vínculo, dejando a los excónyuges en posibilidad de contraer nuevo matrimonio a fin de poder "rehacer su vida".

3) Por el divorcio se evita a los esposos la continencia sexual forzada o celibato forzoso.

4) Por el divorcio se evita el mal ejemplo a la prole.

5) Por el divorcio se evita la proliferación de los matrimonios "in fraudem legis".

2.b.1. Juristas.

Los argumentos con que defienden el divorcio los juristas se limitan a tres: el matrimonio se funda en el con

sentimiento, en el amor y en la libertad.

1) El matrimonio está basado en el consentimiento; luego si el consentimiento falta, el matrimonio deja de existir.

2) El matrimonio descansa en el amor y si éste falta, aquél queda anulado de hecho y de derecho.

3) El matrimonio tiene por fundamento la libertad porque es una institución jurídica socialmente conveniente. Se trata de un contrato.

Ahora bien, la evolución jurídica del divorcio es esta:

I.- Divorcio por causa de adulterio.

II.- Divorcio por diversas causas previstas en la ley (divorcio legal).

III.- Divorcio libremente pactado (convencional).

IV.- Divorcio por voluntad de un solo cónyuge (divorcio libre unilateral).

V.- Matrimonio libre.

VI.- Amor libre.

Ya sabemos que fue el Protestantismo el que inició este proceso cuando al admitir el divorcio por causa de adulterio, niega la indisolubilidad del vínculo conyugal.

Planiol, (Traité de Droit Civil, núm. 1140-1146; - cit. por Jacques Leclercq, op. cit., pp. 97 ss) partidario - del divorcio restringido lo acepta ampliamente basándose en una "razón práctica", en virtud de la cual no puede obligarse a los esposos a un celibato forzoso cuando la vida en común se ha hecho imposible.

Para tales casos, el remedio más eficaz es el divorcio, cuya ventaja es hacer posible un nuevo matrimonio.

Agrega que la separación de cuerpos hace desaparecer un mal para reemplazarlo por otro consistente en adulterios o uniones ilegítimas. Siendo el divorcio el remedio más eficaz para acabar con el "drama", aquél mejorará la suerte de los hijos, pues en lugar de ser educado en una casa donde serán testigos de un concubinato adúltero, gracias al nuevo matrimonio de su padre o de su madre podrán encontrar una familia legítima.

Por otra parte, es argumento común entre los dis...

vorcistas, sean filósofos, juristas, sociólogos o literatos, de que cuando el matrimonio viene a ser una cárcel, para no condenar a los cónyuges a una vida de desgracia, es menester permitirles recobren su libertad y "rehagan su vida" con nuevos matrimonios.

Francamente, la tesis mucho se asemeja a aquella teoría del aparejamiento transitorio de la que habla Eleotherópulos. Nos parece que en materia de matrimonio, el hombre retrocede, en oposición a importantes avances que logra en - otras áreas.

Además, conciben al matrimonio como un simple contrato. Naquet, relator de la ley francesa de 1884 sobre el divorcio, junto con De Marcere al adoptar tal tesis llega a la conclusión de que aquel puede ser rescindido a voluntad - de las partes.

En diferente orden de ideas, Ricardo Couto sostiene que es preferible por mil conceptos el divorcio a la simple separación de cuerpos, cuando la vida en común se ha hecho imposible.

En opinión sencillamente radical, escribe:

"... no caben términos medios en el asunto: o hay matrimonio o no lo hay, y si la vida común, que es la base del matrimonio, se ha roto, es absurdo sostener que haya matrimonio; pretender que éste subsista a pesar de la separación de los esposos, no es más que una ficción; en efecto, ¿qué queda del matrimonio una vez rota la comunidad de existencia? ¿puede uno llamar matrimonio ese estado de cosas en que el hombre y la mujer viven, cada quien, por su lado, comprometidos quizás en ilegítimas uniones? ¿puede suponerse vivo, valiéndose de una ficción jurídica, lo que ha dejado de existir? ¿y cuáles son los beneficios que acarrear esta ficción?

"Impedidos los esposos separados de contraer un nuevo matrimonio, no les quedan más que dos caminos: o condenarse a un celibato forzado o buscar la satisfacción de sus pasiones en uniones reprobadas por la sociedad; lo primero es contrario a la naturaleza; lo segundo es contrario a la moral; ahora bien, un sistema de legislación que no -

se compecece con los principios naturales y morales, no podrá menos que producir fu nestas consecuencias para el individuo y para la sociedad.

"Mucho se habla de que el divorcio es con trario a la dignidad del matrimonio; nos tros preguntamos ¿no es una tiranía, una violencia incompatible con la dignidad hu mana el querer que dos individuos sigan - llamándose esposos y teniéndose las consi deraciones de tales, cuando han mediado - entre ellos ofensas gravísimas contra la persona o contra el honor?" (28).

#### 2.b.2. Filósofos.

Si los hombres son iguales y libres por naturaleza, entonces tienen derecho al amor y a la felicidad. Todo aquello que los obstaculice debe desaparecer por ser contrario a la naturaleza humana. Por consiguiente, si el matrimo nio indisoluble impide tal desarrollo humano; es suficiente instituir el matrimonio disoluble, máxime que la unión se ba sa en el amor, espontáneo y no subordinado a nada.



La defensa del divorcio -apunta Leclercq (op. cit. p. 161)- aparece en el S. XVIII entre los "filósofos" como un elemento del movimiento libertario y antirreligioso. La doctrina está definida en las Lettres Persanes, de MONTESQUIEU, en 1721: el divorcio es presentado como un derecho y un bien.

'El divorcio estaba permitido en la religión pagana y fue prohibido a los cristianos. Este cambio, que pareció primero de pocas consecuencias, trajo insensiblemente resultados tan terribles, que apenas se pueden creer.

'No sólo desapareció todo el encanto del matrimonio, sino que se asentó aún a su fin: queriendo apretar más los nudos, se los aflojó, y en vez de unir los corazones, como se pretendía, se los separó para siempre.

'En una acción tan libre, donde el corazón debe tener tanta parte, se introdujo la preocupación, la necesidad y la fatalidad del mismo destino. Sin contar para nada con los desencantos, con los caprichos y con la insociabilidad de los humores se quiso fijar el corazón, que es decir lo más variable e inconstante que hay en la naturaleza: se unió sin retorno y sin esperanza a seres oprimidos el uno por el otro, casi siempre mal avenidos: se hizo como aquellos tiranos que ataban hombres vivos a cuerpos muertos.

'Nada contribuiría más al acercamiento mutuo que la facultad del divorcio: un marido y una mujer se sentirían

inclinados a sobrellevar con paciencia las penas domésticas al saber que eran dueños de hacerlas terminar, y guardarían muchas veces en la mano este poder sin usar de él en toda su vida, solo al pensar que son libres para hacerlo...'

Bajo este contexto, las ideas de la Revolución -- francesa coadyuvaron a la desacralización del matrimonio y -- a su disolubilidad, herencia del protestantismo. Aquella -- llevó necesariamente al divorcio al sustentar el principio -- de que el matrimonio es un contrato y no un sacramento. Por otra parte, el principio de la autonomía de la voluntad y -- las ideas del individualismo llevaron a la promulgación de -- la ley sobre el divorcio de 20 de septiembre de 1792; que de- cía: "La Asamblea Nacional, considerando cuánto importa hacer usar a los franceses de la facultad del divorcio, que resul- ta de la libertad individual que por un vínculo indisoluble quedaría comprometida..." (Ibídem, p. 162).

Los hermanos Margueritte son aún más radicales, - pues defienden que "la esclavitud está abolida, y los votos eternos son prohibidos: En atención al principio del derecho moderno, proclamado por la Revolución, de que la persona hu- mana es inalienable, y en razón a que este principio esencial, expresión de una moral nueva, es desconocido en el matrimonio

y divorcio actuales, queremos introducirlo en ellos" (L'élargissement du divorce, p. 6; cit. por Castán Tobefías, op. cit. p. 154).

Por otra parte, CABBACERES, (cit. por Leclercq, - ibídem, nota 5) sostiene: "El divorcio se basa en la naturaleza, en la razón, en la justicia. El derecho a la libertad personal es el derecho a disponer de sí mismo. Es justo que una unión formada para la felicidad de los individuos cese a partir del momento en que uno de los dos no encuentra en ella la felicidad que en ella buscaba. ¿Quién podría exigir del corazón del hombre que continúe encariñado con lo que no le hace feliz ?

Al discutirse la ley sobre el divorcio en Francia, en 1884, DE MERCERE, señala que el divorcio lejos de atentar contra la institución del matrimonio, contribuye a moralizarlo, pues, mueve a reflexión a los futuros cónyuges acerca de lo que la unión conyugal representa. Mas bien, aporta mayor seriedad y madurez.

Agrega que la separación de cuerpos es el desarrollo de la vida o el celibato forzoso, lo cual es un estado contrario a las leyes sociales o a la naturaleza humana.

---

Por su parte, NAQUET (Le divorce, p. 244, cit. -- por Leclercq, op. cit. p. 163) es partidario del divorcio, -- no como mal necesario, sino como un derecho del hombre. El matrimonio --escribe-- no puede considerarse ya más que como -- un contrato que resulta de la libre voluntad de los contra-- yentes. Ahora bien, pertenece a la naturaleza de todos los contratos el poder ser rescindidos, ya de común acuerdo, -- cuando consientan las dos partes contratantes, ya por volun-- tad de una sola de las partes, si la otra no ha cumplido las condiciones del contrato.

Y para ser aún más radical sostiene al defender -- la supresión pura y simple del matrimonio que es ésta "el -- ideal absoluto, la solución verdaderamente humana, el resul-- tado final" (cit. por Castán Tobeñas; op. cit., p. 146).

Así pues; NAQUET, partidario del amor libre, en-- cuentra que es éste la única unión digna, noble, pura, leal; pues proporciona una gran calma e intimidad y en virtud de -- la libertad de cada uno, pueden abandonarse si no se encuen-- tran digno uno del otro. Por esto, dice, ponen más cuidado en su conducta para conservar su unión y ahuyentar la discor-- dia. Observamos no es más que la idea de Rousseau y Diderot, que Naquet hace suya aplicándola a la unión sexual que ni si

---

quiera merece el nombre de matrimonio.

Por otra parte, Ellen Key, Acollas y Tissot, defensores de la libertad del matrimonio y del divorcio sostienen que si el amor es el fundamento del matrimonio, este debe disolverse porque carece de razón de ser cuando el amor se ha extinguido.

Mr. Acollas -civilista liberal francés- entiende que el matrimonio, lo mismo el divorcio, está sometido a las leyes de la libertad e igualdad.

También literatos defienden la tesis de la disolubilidad, quienes no en pocas ocasiones se muestran más intrasigentes que otros pensadores, ya que ni siquiera admiten el matrimonio. Por ejemplo; Aurora Dupin, mejor conocida como George Sand, en su novela Jacques vé en el matrimonio una -- prostitución privilegiada y un concubinato legal; alude al -- matrimonio como una de las instituciones más bárbaras que la sociedad ha bosquejado. Se refiere a la fidelidad y obediencia matrimoniales, como un absurdo y una bajeza (29).

2.c. El ataque del divorcio.

"Clamen cuanto quieran esos defensores de las pasiones, griten esos filósofos que se apartan de la verdad, apuren sus fuerzas; todo es - inútil, nada conseguirán la indisubilidad del matrimonio prevalece rá a sus esfuerzos".

Ignacio L. Vallarta.

No cabe duda que a simple vista las tesis de los divorcistas parecen lógicas y coherentes. Es verdad que el amor es un elemento de desarrollo humano; que los hombres -- siendo libres e iguales tienen derecho a buscar la felicidad. También es cierto que el instinto sexual es un bien in se y; finalmente, es acertado que el matrimonio es un contrato solo en cuanto a que es la manifestación del concurso de voluntades. Elementos todos que los antidivorcistas no menosprecian, sino que reconocen en la esencia del matrimonio.

Lo cierto es que estos últimos arman su defensa -- con base en argumentos y perspectivas diferentes, pero con -- iguales elementos que consideran los partidarios del divor-- cio.

Así, quienes apoyan la indisolubilidad conyugal, sostienen que es falso creer que el fundamento del matrimonio sea el amor; sino la diferencia psicofísica de los sexos, que permite la mutua y completa integración sexual. Ciertamente el amor es espontáneo, resultante de la aplicación de la libertad a los actos humanos; pero contrariamente a la tesis divorcista, aquél no es egoísta ni se reduce a la unión sexual, sino que implica en el conjunto de los atributos intelectuales y morales de la personalidad. En consecuencia, la moral del derecho al amor -sustento del divorcio y del amor libre- es una expresión puramente individualista y no vé en el amor mas que una expansión personal y una fuente de placer, ajenas a cualquier deber inherente.

Aún más, no es tampoco el amor causa del matrimonio, sino el libre consentimiento; y finalmente defienden -- que el amor no es una condición jurídica del matrimonio, toda vez que el derecho no tiene jurisdicción sobre los sentimientos. Se preguntan si el amor es una condición sine qua non del matrimonio y concluyen que no lo és porque si así -- fuera, cuando aquel se extinga, éste dejaría de existir.

Agregan que más bien el amor es condición moral -- del matrimonio porque éste se desnaturaliza cuando se contrac

a impulso de móviles distintos. Sin embargo, afirman los an  
tidivorcistas que aunque el amor no sea ni fundamento ni la  
consagración del matrimonio, no por ello su misión deja de -  
ser excelsa, pues por aquél el hombre dirige su elección y  
se le facilita el cumplimiento de sus deberes conyugales.

Por otra parte, el instinto sexual -que es un bien-  
no tiene por fin la satisfacción fisiológica (infra 2.c.2), -  
sino que es un medio puesto en el hombre con miras a la con-  
tinuación de la especie.

En cuanto a los fines del matrimonio, no son la -  
concordia y la felicidad de los esposos -como sostiene el pu  
ritanismo de Milton- sino la procreación y educación de los  
hijos, y el auxilio y ayuda mutua. La concordia y la felici  
dad son estados del matrimonio.

Algunas críticas a la teoría moral del derecho al  
amor:

1. La teoría es incapaz de crear y conservar con  
diciones propicias al desarrollo de la familia, cuya base -  
es el matrimonio; dado que no le preocupa la paternidad o ma  
ternidad, base de aquélla.

2. Conduce a justificar la poligamia y la homoge



xualidad da lugar al moderno concúbito vago.

3. Favorece la destrucción de la familia, dada - la negación de la paternidad y maternidad. El instinto sexual se ordena al placer y no se concibe subordinado a otra causa.

4. El deber familiar no existe.

5. El amor libre legitima el concubinato o "matrimonio a prueba o de ensayo". Muchas legislaciones lo admiten pero solo por sus efectos con miras a proteger derechos de los hijos y de la concubina, lo cual parece correcto, pero ello no significa que el derecho deba protegerlo.

#### Objeciones a las tesis divorcistas:

1. En contra del desquiciamiento o fracaso de la vida conyugal.- Se dice que los cónyuges desavenidos cuentan con diversos remedios para solucionar su problema individual sin afectar el interés social; uno es la separación de hecho o de derecho, sin voluntad de unirse. Así, lejos de desprestigiar el matrimonio como institución, le da más esplendor, ya que algo tan vital e importante para el orden social se - yergue enhiesto por encima de las pasiones de las partes y de sus problemas personales. Ramón Iribarne, citado por Edmundo J. Carbonc, escribe que "el interés social también exige que, para salvar la intimidad desgraciada de unos pocos,-

no se ponga en contigencia el orden social".

2. En contra del argumento del derecho a rehacer su vida.- Rectificando, la vida física solo se deshace con la muerte y un problema conyugal por grave que sea, de ninguna manera implica que una vida este rota o acabada. Ahora bien, ¿quién puede asegurar que ulteriores matrimonios permitirán "rehacer la vida"? La ley no puede estar al servicio de egoísmos, sino para promover a la comunidad en orden al bien común; por ello es que el mejor camino para "rehacer la vida", será el espíritu de sacrificio. ¿O será que nadie está dispuesto a realizar el mínimo sacrificio por nadie y todos pretenden pasarla lo mejor posible, entendiendo por lo mejor solamente aquello que satisfaga su ego?

Por tanto, el argumento de "rehacer la vida" en pro del divorcio es antisocial y egoísta. Así lo entiende Martínez Zuviría: "el divorcio es una institución individualista, en el sentido estricto de la palabra: una ley egoísta y aristocrática, y en la mayoría de los casos para hombres solos, porque la mujer y los niños serán fatalmente sus víctimas" (20).

3. En contra de la continencia sexual o celibato forzado.- El argumento resulta un tanto efectista. En efecto, la guarda de la continencia no está en desacuerdo con la naturaleza humana, ya que la actividad sexual en el indivi-

duo no reviste el tinte de necesaria, pudiendo desatenderse de ella, como de hecho ocurre con muchas personas.

Conviene recordar que la necesidad de la procreación corresponde al género humano y no hay ningún peligro de que la humanidad desaparezca si algunas personas no procrean.

4. En contra de los matrimonios sin hijos.- Al respecto, se ha dicho que ante cualquier consideración divorcista es menester connotar el matrimonio como institución social, independientemente de los casos particulares.. El he--cho de que un determinado matrimonio sea prolífico o no es - una cuestión accidental, que no modifica la naturaleza de la institución ni le trueca los fines, por lo que son aplicables los mismos principios.

Johannes Messner, señala: "A causa del bien so--cial del matrimonio, la naturaleza exige, aun en estos casos, la indisolubilidad. Pues ese fin social va más allá del ma--trimonio particular y afecta a la sociedad en general" (31).

Por otra parte, conceder la disolución del matrimonio sin hijos es atacar frontalmente la natalidad, ya que muchos matrimonios se abstendrían de tenerlos -por medio de - prácticas anticonceptivas- a fin de disolver en cualquier momento la unión conyugal.

5. Contra el mal ejemplo para la prole.- Si en - apariencias; un matrimonio conflictuario produce mal ejemplo

a los hijos; resulta cierto difícil, por el contrario, precisar cuál sea el beneficio que el divorcio tenga para la educación. También es verdad que lo que realmente es un mal -- ejemplo para los hijos es que en el transcurso del tiempo el lugar de los padres verdaderos sea ocupado sucesivamente por otras personas; lo cual permite a Ezio Cusi concluir en una conferencia dictada en la Barra Mexicana de Abogados, lo siguiente: "A nuestro juicio no hay compatibilidad entre la institución del divorcio y la obligación fundamental derivada del matrimonio. El padre o la madre que abandona su puesto de mando en el hogar, claudica de esa responsabilidad y confía la formación corporal y espiritual de sus hijos, su porvenir y su felicidad en manos de personas tal vez no aptas ni interesadas en tan noble misión, haciendo que los hijos se desarrollen en un ambiente extraño e inadecuado" (32). En consecuencia, los hijos se forman o deforman en ambientes faltos de cariño; llegarán cuando adultos a ser unos pobres resentidos, cuando no algo peor.

Al respecto, comenta Clifford Kirkpatrick: "En Estados Unidos existen muchas pruebas de que las personas cuyo matrimonio es feliz proceden de hogares felices. El divorcio también se da por familias; las personas divorciadas tienen predisposición al divorcio, y entre los hijos sin padres o de padres divorciados se dan con frecuencia la delin-

cuencia, la ilegitimidad y los matrimonios desgraciados. Las consecuencias de la desorganización o disolución experimentadas por los padres se hacen sentir en sus descendencias, a veces durante varias generaciones" (33).

6. Contra la proliferación de los matrimonios -- "in fraudem legis".-- Se alega en pro del divorcio que ante la imposibilidad de obtener la disolución del matrimonio dentro del país, hace que lo obtengan en país diverso, donde -- además, contraen nuevas nupcias; lo que da lugar a la proliferación de matrimonios contraídos "in fraudem legis".

Contra esta tesis, se aduce que los matrimonios -- llamados "in fraudem legis" no son matrimonios, sino simple apariencia de tales, debido a que el vínculo no pudo haber -- sido válidamente disuelto por un tribunal carente de competencia en el orden internacional. En consecuencia tales matrimonios son inexistentes, no producen ningún efecto y no son más que simples concubinatos.

#### 2.c.1. Juristas.

En su conjunto, los antidivorcistas apoyan sus tesis en que no solo deben preservarse los intereses de los -- cónyuges sino aun más, los de los hijos y, si no los hubiere, los de la sociedad.

Es decir, defienden la institución misma del matrimonio.

Lefebvre, colega de Planiol en la facultad de derecho de París, refutando la tesis divorcista basada en la "razón práctica", añade: "La sociedad debe tener en cuenta, sin duda, la idea de no hacer sufrir excesivamente a los consortes desgraciados, pero reservándose el derecho de determinar las exigencias de su interés superior. Ahora bien, esos esposos defraudados en el matrimonio lo habían aceptado libremente al principio, comprometiéndose para toda la vida tal como lo exige la institución misma. Muchos de ellos sólo pagan las consecuencias de haberse comprometido con demasiada ligereza. La separación, al liberarlos de la vida común, que se les había hecho intolerable, ha aliviado lo más duro de su infortunio. Pero el problema de saber si debe -- (entiéndanse bien sus palabras) serles otorgada la ruptura -- del vínculo legal con la posibilidad de un nuevo matrimonio ya no puede ser considerado como una simple cuestión de commiseración hacia los individuos; es una cuestión que está -- subordinada a otra de carácter superior, a saber, la cues -- tión de discernir exactamente si el hecho de consentir el -- abandono del principio de perpetuidad e indisolubilidad re -- portará a la sociedad y a la familia más inconvenientes que

ventajas ahora bien, acerca de esta cuestión no parece que pueda ofrecer duda alguna que toda concesión de divorcio amenaza quebrantar la solidez de la institución del matrimonio, en lo cual estriba el verdadero punto de vista del interés general" (34).

Nos parece que la defensa del matrimonio hecha -- por Lefebvre es el modelo clásico que impugna el divorcio. -- Además es esta la actitud de la Iglesia vertida en las enciclicas Arcanum Divinae y Casti Connubii.

En idéntica opinión se coloca el gran jurista mexicano Ignacio L. Vallarta, cuando después de hacer un contundente análisis comparativo entre los defensores e impugnadores del divorcio, concluye que éste es nocivo para los esposos, perjudicial a los hijos y altamente daños a la sociedad (35).

En relación a los esposos, sostiene que la doctrina que hace disolubles los matrimonios nina por su base esta sociedad, afloja y rompe sus vínculos que más le estrechan, siembra en el corazón de los esposos la desconfianza, les priva de las más dulces satisfacciones que en ese estado pueden disfrutarse, y para mejor decirlo en una palabra, destruye

ye y se opone a esa identificación que debe haber entre ellos. Vattel (cit. por Vallarta; op. cit., p. 320) dice: "El hábito de vivir juntos... el interés de la familia en general, - prescriben a los cónyuges el que acaben sus días en esta --- afectuosa unión que no pueden disolver sin perturbar el or--- den de la sociedad en general".

En cuanto a los hijos, es en el matrimonio y no - en el divorcio de donde brotan las relaciones que unen a los padres con aquéllos, formando vínculos tan estrechos que sólo la muerte disuelve. La naturaleza misma -escribe Vallarta (36)- ha gravado en el corazón de los padres ese amor sin límites que profesan a los hijos, y el cual es necesario para alimentarlos y darles la conveniente educación, con aquel sumo cuidado, con aquella tierna solicitud propia solo de los que se hayan honrado con el carácter de padres... Estos senti--- mientos bastan para demostrarles la obligación imprescindible que tienen de alimentarlos y darle educación.

En el mismo sentido, opina Vattel al referirse a la indisolubilidad en relación con los hijos: "La suma de--- bilidad del hombre recién nacido, su larga infancia, y su --- educación todavía más larga, parecen exigir fozosamente una sociedad íntima y permanente entre los autores de su ser" (37).



Respecto de la sociedad, el divorcio no le es indiferente. Donde fuera admitido, sembrará las más licenciosas costumbres en todos los miembros de la sociedad; hace perder a los pueblos su fuerza moral: en una palabra, concluye Vallarta, removiendo a la sociedad desde sus fundamentos, la precipita en el más espantoso desorden, en un caos perfecto, en la corrupción más horrorosa.

Rossignoli (cit., por Castán Tobeñas, J.; op. cit., p. 153) refiere que ningún tiempo será jamás oportuno para romper la sociedad conyugal, toda vez que en cualquier tiempo que se rompa, la fe prometida es violada, los intereses recíprocos de los cónyuges resultan perjudicados, y aún más los de la mujer, sufren los hijos, y finalmente, la sociedad recibe un pésimo ejemplo.

En otro apartado, si el consentimiento es elemento de existencia y validez del matrimonio, los juristas se preguntan si aquél es suficiente, como ocurre en los contratos, para disolverlo.

Los divorcistas señalan el matrimonio como contrato.

"... el argumento peca por su base. El matrimo--  
nio no es un simple contrato -dice Ramos Pedruza (38)- es --  
una institución social: el matrimonio es el fundamento de -  
la familia, y la familia es el fundamento de la sociedad...  
La característica de todos los contratos es que el Poder pú-  
blico puede hacerlos cumplir de un modo absoluto o relativo.  
.. Pues bien, si esta es la característica de todos los con-  
tratos, yo pregunto: ¿qué poder público qué autoridad ni --  
qué juez puede obligar, cuando la esposa ha perdido el cari-  
ño a su esposo o cuando el marido se niega a cumplir con sus  
obligaciones de padre, a que se le profese el conyugal afec-  
to y que se le guarde la serie de consideraciones, sin las -  
cuales el matrimonio no existe?... No es posible, por lo tan-  
to, que el poder público pueda afirmar que es tan solo un --  
contrato puesto que no tiene medios para hacerlo cumplir, y  
si no tiene medios para hacerlo cumplir, no tiene derecho a  
clasificarlo como un contrato de orden común: confiétese fran-  
camente que el matrimonio es una institución social, la más  
grande de todas, la fundamental de todas, y las institucio--  
nes sociales no están al capricho ni a la voluntad de los --  
jueces".

Ante esta posición, cabe la pregunta si es o no -  
e. matrimonio un contrato.

Dice Castán Tobeñas (op. cit., pp. 150-152) que modernamente los mejores jurisconsultos han reconocido ya la naturaleza extra-contractual del matrimonio; que Savigny diferenció admirablemente las obligaciones de las relaciones de familia, que aquéllas son ordinariamente temporales y éstas, persistentes. Por tanto, la analogía entre ambos (matrimonio y contrato) radica en que son actos jurídicos; que si bien este último genera obligaciones, aquél no hace más que reconocer y prometer el cumplimiento de los deberes que nacen naturalmente de la unión. Cimbali, en cambio, refiriéndose al matrimonio, habla de un contrato sui generis de naturaleza compleja.

Vallarta también opina en este punto y señala que en los demás contratos cada uno puede rescindirlos sin perjuicio de tercero; pero ello no ocurre en el matrimonio. Los perjudicados son siempre los hijos ¿no los hay? en tal caso, es la mujer y si ella renuncia a todo y pide solo la disolución; aun en este supuesto, la sociedad resulta perjudicada.

León Duguit apunta que el matrimonio no es un contrato y que es falso el argumento de que el divorcio es esencial al matrimonio para que los hombres puedan deshacer lo que hicieron por contrato.

Sin profundizar más sobre la naturaleza contractual del matrimonio, lo cierto es que éste no debe disolverse voluntariamente si ello perjudica intereses de terceros. Así, Ruggiero se opone a la indisolubilidad mediante "un elevado interés".

Así lo han entendido acertadamente diversas legislaciones europeas quienes por virtud de la cláusula de duración prohíben el divorcio cuando afecta intereses de los cónyuges o de los hijos menores.

Dejando aparte las reflexiones anteriores, D'Agua<sup>no</sup> defiende el matrimonio y la familia. Dice: "la abolición pura y simple de la familia, dadas nuestras costumbres, traería consigo el libertinaje más desenfrenado; de manera que, lejos de ennoblecer los sentimientos y de desarrollar las facultades físicas e intelectuales, vendría a embrutecer al hombre; esto sin contar los incalculables perjuicios que sobrevendrían a la prole, la cual perecería en gran parte, - por hallarse encomendada a madres extrañas" (39).

¿Y qué hay de la "razón práctica" del divorcio, - visto como mal necesario a que se refiere Planiol? El prestigiado jurista francés lo concibe como un remedio de otro -

mayor; permitiendo recobrar la libertad y contrayendo nuevo matrimonio para evitar adulterio.

Leclercq refuta la tesis diciendo que cuando los hombres hacen algo inmoral hay que declararlo moral para que no haya desorden. Por otra parte, ante el aborrecimiento a que aluden los divorcistas, sin disolver el matrimonio, y en favor de la situación conflictuaria, es suficiente la sola separación a fin de liberar a los cónyuges de los sufrimientos incalculables que ocasiona la unión con una persona que se odia y que nos odia también.

#### 2.c.2. Filósofos.

En esta materia los antidivorcistas contemplan el matrimonio en relación con el binomio familia-Estado, análisis que es tratado atendiendo un orden natural de las cosas. Así, sostienen que "la sociedad civil está constituida por un conjunto de familias, por lo que la legislación y el derecho de familia deben tender al fortalecimiento y a la consolidación de la sociedad familiar"; que "la familia es connatural al ser humano y debe fundarse en el matrimonio monogámico e indisoluble: de lo contrario concluiremos en una sociedad disoluta y decadente" (40).

Lo anterior responde a un orden natural establecido.

La observación y el análisis de la naturaleza -son tienen los aristotélicos y el Dr. Angélico- nos pone de relieve que esta no es arbitraria ni caprichosa y que todas sus -operaciones tienen un sentido, una razón de ser, un por qué o, para decirlo con más precisión, un fin, una causa final,- que aclara y explica el ser de las cosas. Todo cuanto es y existe está ordenado a un fin y el descubrimiento de ese fin peculiar nos permite llegar al conocimiento último de las cosas porque sabiendo para qué existen, para qué están, podemos conocer su esencia. Es preciso tener presente que la naturaleza -que aparenta ser un conjunto armonioso de fuerzas ciegas- no tiene en sí inteligencia como para determinar los fines particulares de sus partes componentes ni para ordenar las hacia esos fines, lo que nos lleva como de la mano a la conclusión de que es necesaria la existencia de una causa libre e inteligente, de un verdadero Autor, que establece los fines y el orden de la naturaleza (41).

Naturaleza y sexo. Aplicando la idea anterior al sexo se tiene que "un vistazo sobre la anatomía y fisiología de los órganos sexuales en ambos géneros de las especies ani

males y en especial en los humanos, nos pone de manifiesto -- que existen en orden a la procreación. La morfología de los órganos sexuales y sus principales funciones nos permiten -- arribar a otra conclusión: están hechos para procrear, su -- finalidad --por naturaleza-- es engendrar nuevos individuos de la especie. De lo que es fácil colegir que el uso natural -- del sexo debe estar dirigido a la generación... Por lo tanto, todo uso de sexo que no esté ordenado a la procreación es an tinatural y va contra la naturaleza de las cosas buscar en -- la función sexual solamente el placer --que es lo accidental-- desentendiéndose de la generación de un nuevo ser humano -- --que es lo sustancial esto le ha permitido a Sto. Tomás de -- Aquino sostener que 'como el uso de los placeres venéreos se ordena al bien común, está sometido a la ley ... Y aunque sa bido, conviene recordar que el sexo --en cuanto criatura-- es ontológicamente bueno y que su bondad o maldad en el orden -- moral están dadas por el recto uso que de él se haga o por -- su abuso antinatural" (Ibidem, pp. 4-5).

Naturaleza-sexo-matrimonio. En consecuencia, es del matrimonio únicamente de donde emanan las condiciones -- en orden a la procreación. Por tanto, debe entenderse el ma trimonio como institución social natural (supra No. 2.- La -- sociedad conyugal y el orden de la naturaleza).

---

Al respecto, dice Sto. Tomás de Aquino: "La concreción de una mujer para un hombre se llama 'matrimonio' y, consiguientemente se sostiene que este es de derecho natural. Más como el comercio carnal se ordena al bien común de todo género humano, y los bienes comunes son moderados por una ley general, es lógico que también el matrimonio esté sometido a ciertas prescripciones" (cit., por Edmundo J. Carbone; op. - cit., p. 6).

Al igual que León XIII; Pío XI; Lefebvre; Messner; Vallarta; D'Aguzzo; Leclercq; Edmundo J. Carbone sostiene - que ante el controvertido y complejo asunto del divorcio, no debe atenderse sólo a los intereses particulares de los esposos desavenidos, sino aún más a intereses más generales como el de los hijos y a falta de éstos, del bien común.

La cuestión de la indisolubilidad del vínculo conyugal -señala Carbone (42)- se simplifica cuando se la analiza a la luz del bien común, que es el fin de la sociedad civil. El bien común, que da su razón de ser a la comunidad humana, exige muchas veces el sacrificio del bien individual y tanto en el derecho público como en el privado aparecen numerosas instituciones que son una aplicación práctica de este principio... Así también el mantenimiento de la incolumi-



dad del vínculo entre los esposos frente a las exigencias -- individuales que a veces piden su disolución, importa la preeminencia del bien común sobre el individual. Y esta supe--rioridad del bien común en el caso del matrimonio es tan necesaria para la sociedad como el caso del soldado que cae en el frente luchando por la patria: si él ha sacrificado su -- mayor bien personal --la vida-- en aras al bien común, ¿cómo -- no se han de sacrificar bienes menores?

Por último destacamos la solución propuesta por -- juristas y filósofos antidivorcistas frente a la crisis: la separación de los cónyuges. El gran filósofo español Jaime Balmes escribe: "Casos hay en que la prudencia demanda que los cónyuges se separen... Verdad es, que no se disuelve el matrimonio: ninguno de los consortes queda libre para pasar a segundas nupcias, pero hay lo bastante para que no se pueda suponer tiranizados a ninguno de los dos; no se les obliga a vivir juntos, y de consiguiente no sufren el tormento, a la verdad intolerable, de permanecer siempre unidas a dos personas que se aborrecen" (cit. por Ignacio L. Vallarta; -- op. cit., p. 315).

Por su parte, Bentham, apunta que "el curso ordi--nario de la unión conyugal, será pues, la duración de la vi-

da... El matrimonio por la vida, es pues el matrimonio más - natural, más conveniente a las necesidades y las circunstancias de las familias, y el más favorable a los individuos en la generalidad de la especie... porque es el más conveniente a los intereses recíprocos de los esposos" (Ibidem, p. 319).

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

- ( 1 ) La familia según el Derecho Natural, pp. 68 y ss.
  - ( 2 ) La Génesis y la Evolución del Derecho Civil, t. II; p. 354.
  - ( 3 ) La Famille Chez les Peuples Primitifs, p. 130; cit. por Jacques Leclercq, op. cit., p. 72 en nota 37.
  - ( 4 ) Doctrina Pontificia. Documentos Sociales, t. III, p. 558.
  - ( 5 ) Cit. por Castán Tobeñas, J. La Crisis del Matrimonio, p. 60.
  - ( 6 ) Ibidem, p. 59.
  - ( 7 ) Hervada, Javier y otros. Divorcio, p. 16.
  - ( 8 ) Op. cit., p. 13.
  - ( 9 ) Tratado de Sociología, p. 59.
  - (10) Op. cit., p. 20.
  - (11) Etica Social Política y Económica a la Luz del Derecho Natural, p. 594.
  - (12) Cit. por Galindo Garfias, I. Derecho Civil. Parte General. Personas-Familia; p. 581.
  - (13) El Matrimonio. El Misterio Cristiano. Teología Sacramental; p. 157.
  - (14) Compendio de Teología Moral; p. 683.
  - (15) Arregui-Zalva; op. cit., pp. 701-702.
-

- (16) Pérez Jordán, Julián. Nulidad, Disolución y Separación en el Matrimonio Canónico y Civil. Rev. Anuario de la Escuela Judicial; pp. 211 y ss.
- (17) Nulidad e Inexistencia. Rev. de Derecho y Legislación; pp. 266-267.
- (18) Op. cit., p. 225.
- (19) Le Mariage en Droit Canonique, t. II, p. 87, nota No. 3; cit. por Galindo Garfias, I.; op. cit., p. 584.
- (20) Disolubilidad del Matrimonio Civil y El Derecho Canónico. Rev. La Ley, p. 3.
- (21) El Vínculo Matrimonial ¿Divorcio o Indisolubilidad? -- pp. 208-209.
- (22) Op. cit., pp. 489-90.
- (23) Derecho Civil Mexicano, t. II. Derecho de Familia, p. 259.
- (24) Op. cit., p. 304.
- (25) El Divorcio en México; pp. 63 y ss.
- (26) Op. cit., p. 584.
- (27) Elementos de Derecho Civil Mexicano; Vol. I, p. 340.
- (28) Derecho Civil Mexicano. De las Personas; México, 1919, t. I, pp. 303-04; cit., por Rojina Villegas, R., op. - cit. p. 385.
- (29) (cfr. Castán Tobeñas, J.; op. cit., pp. 122-23; Leclercq,

J.; op. cit., p. 175.

- (30) Prólogo a "El Cáncer de la Sociedad de Arturo M. Bas, Buenos Aires, 1932; cit., por Edmundo J. Carbone; op.-cit. p. 9.
  - (31) Op. cit., p. 595.
  - (32) La Indisolubilidad del Matrimonio a la Luz de Algunas Experiencias Recientes. Jus, Rev. de Derecho y Ciencias Sociales, p. 396.
  - (33) Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, t. 4, p. 707.
  - (34) La Famille en France Dans le Droit Et Dans Les Moeurs, p. 675; cit. por Jacques Leclercq, op. cit., pp. 97-98 en nota 79.
  - (35) Obras Inéditas, Obras VI, p. 313.
  - (36) Op. cit., pp. 308-09.
  - (37) Ibidem.
  - (38) Cit. por Rojina Villegas, R.; op. cit., p. 577.
  - (39) Op. cit., pp. 325-26.
  - (40) J. Carbone, E. La Incolumidad del Vínculo Matrimonial. Rev. Jurisprudencia Argentina, pp. 2-3.
  - (41) Sto. Tomás Aquino. Suma Teologica. 1, 9.2, a.3., cit. por Edmundo J. Carbone, op. cit., p. 4.
  - (42) Op. cit., pp. 7-8.
-

## CAPITULO CUARTO

### IMPORTANCIA DE LA INTRODUCCION DE LA SEPARACION O DIVORCIO IMPERFECTO, COMO SITUACION PREVIA AL DIVORCIO DEFINITIVO, EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

#### A.- LIMITACION DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO ESTABLECIDAS EN EL ORDENAMIENTO CIVIL VIGENTE.

Numerosos autores han ponderado que admitido el divorcio, no hay ningún freno a su aplicación; que la concesión de divorcio amenaza quebrantar la solidez de la institución del matrimonio, en lo cual estriba el verdadero punto de vista del interés general; que en materia de divorcio, la cuestión a considerar no se limita a los intereses individuales de los cónyuges, sino que obedece a razones subordinadas al bien común; que en casi todas las legislaciones se observan la tendencia a hacer más fácil la disolución del vínculo matrimonial.

Ante el cuadro divorcista contemporáneo, Lefebvre (La Famille en France dans le droit et dans les moeurs, p. - 73, cit. por Jacques Leclercq. La familia según el derecho natural, p. 104) comenta enérgicamente: "Los legisladores, jueces y publicistas deberían procurar restringirlo con energía en lugar de darle rienda suelta".

Ahora bien, hemos señalado las 18 causas de divorcio que se desprenden de los artículos 267 y 268 del Código Civil vigente; causas que, la práctica nos muestra el abuso desmedido de éstas. Así, refiriéndose al divorcio voluntario el maestro Rojina Villegas señala. "... pero se lleva a el peligro que se abuse, como ocurre en México, de esta manera de disolver el vínculo, sin que exista en verdad un motivo grave, sino el deseo generalmente en uno de los cónyuges, o en ambos, de contraer nuevo matrimonio, o de llevar una vida de absoluto libertinaje, y entonces, evidentemente que el remedio para ocultar causas graves y escandalosas, resultó funesto" (1).

Por consiguiente, el divorcio por mutuo consentimiento es discutible toda vez que en apariencia no hay alegación de causa; pero que viéndolo bien obedece a lo tradicionalmente conocido como "incompatibilidad de caracteres", lo cual nos parece verdaderamente una ligereza e irreflexión de parte de los cónyuges al contraer matrimonio, lo anterior prueba por sí solo la actual crisis de la idea del matrimonio, más no de la institución.

Bajo este marco, nos inclinamos en favor de la supresión de la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil.

vil y sustituirla por otra que rezara: "la separación judicial".

Por otra parte, pensamos que se ha abusado de las causas de divorcio previstos legalmente; y además, consideramos que nuestro Código Civil vigente equipara graves hechos inmorales y delictuosos y patológicos con causas que en realidad no deben motivar el divorcio.

Por ejemplo, la fracción XIV del artículo 267 del Código Civil señala como causa de divorcio la comisión de delitos que se sancionan con una pena mayor de dos años de prisión, en perjuicio de un tercero y no de uno de los cónyuges.

Respecto a ésta causal de divorcio, pensamos que moralmente no debe dar lugar al divorcio, Ello, en razón de que en tal hipótesis no desaparece la afectio entre los cónyuges la concordia o comunión de tipo espiritual existente, base de todo matrimonio. Y, si tal unidad en el orden espiritual se conserva aún, no hay fundamento alguno para disolver el matrimonio.

Tal supuesto que contempla la fracción en comentario da lugar tan solo a la sanción penal correspondiente al



cónyuge inculpado, pero de ningún modo al divorcio vincular, toda vez que en semejante extremo aquél requerirá la ayuda y comprensión --más que nunca-- del otro cónyuge y, privarle de tal beneficio resulta del todo inmoral.

En consecuencia, pensamos que tal fracción legal debe eliminarse, como causa de divorcio de nuestro ordenamiento civil vigente.

En diferente orden de ideas, la fracción XI del precepto en cita señala como otra causa de divorcio la sevicia, las amenazas y las injurias graves; resultando difícil determinar la connotación exacta de su significado si atendemos a las costumbres, la educación y la condición social de los consortes.

Por otra parte; resulta en la práctica difícil --demostrar la existencia de injurias graves y aún los casos-- pensamos que tal concepto no debe trascender a la disolución del matrimonio, caso en que evidentemente resulta determinante el criterio prudente y discreto del juez para dilucidar la controversia, el cual "no solo está autorizado para calificar la gravedad de la sevicia, las amenazas o injurias, --sino que está obligado a estudiar en su sentencia, si esos --

actos o palabras injuriosas, revelan una falta de consideración de un cónyuge hacia otro y por lo tanto, la ruptura efectiva de la unión conyugal". Así lo ha sostenido la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando ordena que deben precisarse las injurias, las amenazas y los hechos en que se hagan consentir los malos tratos, para dar al juzgador la posibilidad si verdaderamente se está en presencia de hechos de tal manera graves que hagan imposible la vida en común de los consortes.

Pudiera ser que no existan tales hechos; sino ofensas que desde el punto de vista penal se sancionen con pena inferior a un año de prisión y que los jueces penales pueden castigar alternativamente con penas privativas de la libertad o con multas.

Consecuentemente, tampoco es admisible esta causa para decretar el divorcio, dada su poca o dudosa trascendencia, así como por lo elástico de los conceptos.

En otro apartado, dos causas de divorcio nos hacen la siguiente reflexión, ¿desde qué punto de vista se justifica que un cónyuge sano de motu proprio abandone al cónyuge enfermo?

---

La reflexión viene en atención a que las fracciones VI y VII del artículo 267 disponen como causas de divorcio, respectivamente, padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, y padecer enajenación mental incurable.

¿Se justifica el divorcio en estos supuestos?

Ciertamente, el artículo 277 del Código Civil dispone que tratándose de las causales de referencia, el cónyuge sano puede optar entre el divorcio vincular o bien, porque la autoridad judicial decrete la separación en cuanto al lecho y habitación con el fin de proteger al cónyuge sano y a los hijos, pero perdurarán las demás obligaciones propias del matrimonio.

Legalmente vemos que el divorcio en estas causas, sí se justifica.

Pero moral y psíquicamente, pensamos que la aludida afectio entre los cónyuges aún existe, y en tal virtud --sí todavía persisten realmente las demás obligaciones del --

matrimonio- no debe decretarse el divorcio vincular precisamente porque prevalece la obligación de ayuda y socorro mutuos.

La cuestión implica un grave problema de conciencia. Consideramos que no es moralmente justificable dejar a la voluntad del cónyuge sano la separación o el divorcio; en atención al máximo ético que contiene el derecho familiar.

Al respecto, el maestro Rojina Villegas sostiene:

"Más aún no debería dejarse a la voluntad del cónyuge sano el pedir la separación de cuerpos o en su caso el divorcio vincular, tratándose de enfermedades hereditarias e incurables, porque no debe depender de su voluntad, el que se transmita la enfermedad a los hijos que tuviese, como tampoco deberá depender de su voluntad, cuando exista la enfermedad contagiosa, si hubiese hijos, que la misma se les pueda transmitir" (2).

En conclusión consideramos que las transacciones y

y VII del artículo 267 del Código Civil no deben subsistir -- como causa de divorcio vincular.

En el caso que nos ocupa, bien podría aplicarse -- la llamada "cláusula de duración", así como el arbitrio discrecional del juzgador y sustituyendo la apreciación de las partes.

Por último, el propio Planiol reconoce la facilidad con que los Tribunales decretan el divorcio; por lo que ponderando una cuestión de organización, admite que deben limitarse las causas de divorcio; que éstos en el caso concreto deben ser apreciados serenamente por el juez; que una reglamentación estricta del divorcio puede impedir un abuso -- (3).

En esta misma línea el maestro Rojas Villegas -- (4) señala que en cuanto a las causas de divorcio, la solución moral debe ser estableciendo una diferenciación entre matrimonios con hijos y matrimonios sin hijos. En el primer caso debe admitirse el divorcio, sólo ante aquellas causas que pongan en peligro la moralidad, la honestidad y que, en definitiva, señalen el rompimiento de la relación entre los cónyuges.

Considero que aun en estos casos extremos no debe detenerse el divorcio, sino la separación de los cónyuges; institución esta que desconoce, salvo dos casos, nuestro Código Civil vigente.

B.- EL SILENCIO LEGAL EN MATERIA DE SEPARACION DE LOS CONYUGES.

Al respecto, ya señalamos que nuestro Código Civil vigente es omiso en esta materia.

En efecto, no existe disposición alguna que prevea tal supuesto como posible causa previa al divorcio vincular definitivo; materia esta regulada en diversas legislaciones por el inciso comparado.

De donde, las fracciones VI, I y II del artículo 201 señalan, en términos generales, la separación del hogar conyugal de uno de los cónyuges como causa directa de divorcio; lo cual no significa que la ley contemple la hipótesis a que aludimos, en ésta? El divorcio no vincular es como lo demuestran los Códigos de 19 y 24 "divorcio en cuanto al hecho y separación".

Por otra parte y sin menoscabo de lo expuesto, se ha insistido que la institución del patrimonio es de orden público; que la sociedad está interesada en su mantenimiento y que solo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial; excepción consistente en dos únicos casos señalados expresamente en las fracciones VI y VII del artículo 257 del Código, casos que relevan de toda culpa al cónyuge que padece las enfermedades que se señalan. Dichos supuestos pueden dar origen al divorcio vincular o divorcio no vincular a voluntad del cónyuge sano.

En mérito de inútiles repeticiones dadas por reproducido lo asnetado en el punto 1.º del Cap. III del libro de "Causales de separación".

Ahora bien, estimamos conveniente regular lo relativo a la separación de los cónyuges en cuanto al lecho y habitación; como lo hacían los Códigos Napoléon de 1803 y 1804. Este último lo regulaba en sus artículos 211 al 217, que disponían:

Art. 211.- Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse en cuanto al lecho y habitación, no podrá volver a cohabitación sin consentimiento por escrito al juez con los términos

minos que expresan los artículos siguientes; en caso contrario, aunque vivan separados se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

Art. 232.- Los cónyuges que pidan de conformidad su separación de lecho y habitación acompañarán a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación.

Art. 234.- Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición de cualquiera de los cónyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si ésta no se logra, decretará la separación, siempre que lo solicite uno de los cónyuges; quienes separarse libremente y mandará reducir a escritura pública el convenio que se refiere el artículo anterior.

Art. 235.- La sentencia que apruebe la separación fijará el plazo que ésta deba durar conforme al convenio de las partes.

Art. 236.- Lo dispuesto en los artículos anteriores no se observará siempre que al concluir el término de la



separación, los cónyuges insistan en el divorcio.

Art. 237.- Los cónyuges de común acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo.

Como hecho sobresaliente, destacamos que la institución familiar que nos ocupa y que proponemos su vigencia no es ajena a nuestra tradición jurídica; que si hubo de regularse, se debió a razones favorables a la familia, a los hijos y a la sociedad.

Asimismo, consideramos que debe adicionarse un precepto a los señalados en el sentido de que, en virtud de la separación judicial decretada, queden subsistentes las obligaciones de fidelidad, ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias.

Debe por último disponerse que legalmente el único efecto de la separación sea el de relevar a los cónyuges de hacer vida marital, en virtud de las contingencias del fracaso de la vida matrimonial.

PRINCIPIO DE DISCRETIONARIO DEL JUEZ DE LA FAMILIA PARA DECRETAR EL DIVORCIO.

"Los jueces son omes buenos que son puestos para mandar facer - derecho".

ALFONSO X EL SABIO.

La función jurisdiccional en cualquier área jurídica se nos presenta compleja si atendemos a que en toda controversia existen intereses contrapuestos, correspondiendo - al juez de la causa decidir a cuál de las partes litigantes le asiste la razón y a cuál de ellas tutela el derecho.

La cuestión se complica más aún en tratándose de litigios en el orden penal y familiar. En aquel se tutelan bienes del individuo, desde solamente materiales hasta de in calculable valía como la libertad y aún la vida propia; en éste, más allá de lo que el orden jurídico se preocupa por la de fensa, integridad y conservación de la célula más importante del núcleo social, la familia, considerándola tanto en forma de grupo como individualmente a través de sus componentes. Así al derecho familiar le inquieta la suerte del no nacido pero que puede ser viable; del menor de edad y por ello instituye la tutela; del mayor de edad incapaz, declarado en estado de interdicción, creando la curatela, etc.; en suma, como dice Lecrereq, en derecho familiar el único principio fundamental es buscar el bien de la familia y que los demás principios que derivan de este primero son reglas de uti

lidad.

Ahora bien, en el pasado los cargos de juzgador -- eran otorgados a personas de comprobada experiencia y honra**bi**lidad, lo que significaba que sus decisiones eran avaladas por la sabiduría y la reflexión, que en definitiva obedecían estrictamente a principios de equidad y de justicia, circunstancias ésta que anima toda la función jurisdiccional.

Se ha dicho, no en vano, que la administración de justicia es una de las más importantes y honoríficas funciones que puede ejercer el hombre.

Por tanto, el derecho familiar --junto con el penal-- al decir del maestro Rojas Villegas es el que mayor -- testimonio da de los principios éticos que animan la conducta humana. En efecto, expresa: "ahora bien, esto quiere decir que en el derecho familiar y, especialmente, para el problema concreto del divorcio, debemos mantener la separación absoluta entre derecho y moral?; ¿debe el derecho familiar estar saturado por decirlo de principios morales? Es evidente que el derecho familiar representa dentro de las ramas -- del derecho, el máximo ético... el derecho familiar y el derecho penal realizan un máximo ético, al convertir gran número de principios morales, en jurídicos. En el contenido --

aceptan el principio moral para la regulación de la conducta; por ejemplo, no matar, no robar, no lesionar. En el orden familiar aceptan indiscutiblemente los principios éticos para las relaciones cónyugales, parentales en general y paterfamiliares especialmente; pero la técnica del derecho familiar y el derecho penal tiene que ser, como la técnica de cualquier derecho de imposición coactiva.

"Es decir, tendrá que imponerse el cumplimiento de las normas penales o familiares, independientemente de que correspondan o no a los deberes de conciencia o a los principios y convicciones del sujeto, y esto por la trascendencia que sigue teniendo para las relaciones familiares y para la subsistencia de la sociedad, el cumplimiento del derecho penal y del derecho familiar; y entonces, con un contenido saturado en grado máximo de moral, de ética, se impone su cumplimiento a través del único procedimiento que conoce el derecho, que es el procedimiento coactivo" (5).

En consecuencia, si el principio fundamental del derecho familiar es buscar el bien de la familia porque ésta se inspira en sentimientos nobles y aquel en principios éticos conaturales en el hombre, es tarea loable y en verdad difícil la del juez de lo familiar, ser coherente con el de-

recho y con la controversia que se le ha planteado a fin de cumplir con los altos postulados que inspiran la materia familiar.

Ciertamente, a las controversias del orden familiar preceden incidentes humanos animados muchas veces por pasiones que ciegan la razón y que en instantes poco lúcidos los litigantes deciden poner fin a sus diferencias conyugales, y aleatoriamente buscan condiciones mas favorables en uniones matrimoniales posteriores, a través del divorcio.

Aparece de esta forma el divorcio vincular como la panacea a las diferencias que aquejan a los esposos.

Ante los planteamientos de los desavenidos esposos en los que cada cual pretende ser la víctima, debe imponerse la serenidad, la reflexión, y aún más, la honestidad y rectitud del juez, que aunque falible como hombre, es digno de tal cargo por su sabiduría y su experiencia producto del conocimiento de los impulsos que revisten la conducta humana. En efecto Wilhelm Saver señala que "la función judicial requiere juicio objetivo e imparcial, sin consideración de personas, clara visión de hechos, conocimiento seguro de los hombres, entereza respeto del superior, benevolencia para con el

inferior, inhibición de la personalidad relegándola a segundo término en beneficio de la cosa misma y, en definitiva, - de la colectividad o aun de la misma humanidad, eliminando " toda influencia partidista" (6).

Como juzgador ha aprendido a conocer la naturaleza compleja del hombre, Ha aprendido a detectar las motivaciones personales de los cónyuges para pedir el divorcio. Ha visto derrumbarse familias enteras a causa de aquél; y seguramente, no en pocos casos, ha sido testigo de la suerte difícil de los hijos.

Todo ello, ha creado en el juzgador factores indispensables de decisión en sus fallos; ésto es, ha adquirido las virtudes de la prudencia y de la discreción; virtudes éstas que, parafraseando a Aristóteles, no son sino la recta razón en el obrar o colocarse en el punto medio de los extremos. En suma: ha adquirido la virtud intelectual al que como tal, repercute sobre la voluntad.

Si en el ámbito penal están en juego bienes valiosísimos del hombre como la vida y la libertad, en el familiar se exponen los intereses, también valiosos, no solo de los cónyuges (refiriéndonos al divorcio vincular), sino de tercer

ros -como mucho he insistido- a saber, de los hijos y aún --  
de la sociedad. No en vano ha expresado el gran jurista me-  
xicano Ignacio L. Vallarta que la sociedad corre la suerte -  
de la familia.

Si habiendo reconocido la existencia de un orden  
natural de las cosas; o para mejor decirlo de un derecho na-  
tural, dentro del cual se regula el matrimonio y la familia,  
así como su trascendencia social y universal, queda ahora al  
Juez de lo Familiar la gravísima responsabilidad de hacer --  
cumplir dicho orden. Se habla entonces de la misión de juz-  
gar, o sea, la facultad para desempeñar un cometido, mismo -  
que consiste en "aplicar la recta, cumplida e imparcial Jus-  
ticia".

Dentro de su competencia corresponde al Juez de -  
lo Familiar aplicar la prudencia y discreción adquiridas, an-  
te un planteamiento concreto de divorcio. Diríase que es su  
obligación transformarse en confesor y consejero de los espo-  
sos desavenidos. Es un alto deber moral el que reclama tal  
transformación.

Se pensará; no obstante, que la vida moderna y --  
agitada de nuestro tiempo imposibilita lo que aquí pondera--

mos. Quienes así pensaren poseen una pobre y limitada idea de la honrosa profesión de Juzgador.

Seguirá diciéndose que al fin y al cabo son actos de libertad los que preceden la solicitud de divorcio. El planteamiento es antiguo y ya superado; situación que analicé al tratar el tema de los defensores e impugnadores del divorcio (cfr. Cap. III, 2.b. y 2.c.). Además, atendiendo al máximum ético del derecho familiar, poco importan las convicciones del sujeto, en caso de no ser inherentes con el máximum éticojurídico.

En consecuencia, pensamos que el Juez de la causa familiar, como imperativo moral, tiene el de no decretar el divorcio tan sólo para satisfacer no en pocos casos el interés individual de los esposos; sino procurar evitarlo en beneficio de la institución familiar, del matrimonio, de los hijos y de la sociedad.

Ciertamente; cuenta para ello con escasos medios, como son las juntas de aveniencia o reconciliación habidas durante el procedimiento judicial y que en la práctica observamos lamentablemente su ineficacia e inutilidad.



Por el contrario, admitimos los abundantes elementos con los que se enfrenta el Juez de lo Familiar al evitar el divorcio. Uno de ellos y tal vez el más importante, es la tendencia prepotente al divorcio; es decir, el ánimo en la conciencia de los cónyuges al divorcio. Lo anterior en razón de que ya nadie ve en el matrimonio cosa de mucha importancia.

En este sentido, urge mejorar, por todos los medios posibles, la constitución de la sociedad conyugal; hay que moralizar el matrimonio; "restablecer las creencias y las costumbres"; en suma: consumir el matrimonio, reformando y moralizando la sociedad (7).

Igualmente, estimamos que ante causas objetivas o fracaso matrimonial -como lo llaman diversos países- debiera instituirse la denominada "cláusula de duración" por virtud de la cual no se decreta divorcio alguno cuando existan hijos menores de edad o representan en uno de los cónyuges perjuicio de difícil reparación. Situación esta en la que evidentemente imponen al Juez de lo Familiar la aplicación del principio de discrecionalidad en sus sentencias; tomando en consideración que "un juicio no cura, produce escándalo, no corrige al culpable y humilla al inocente" (8).

Por lo mismo, vale hablar, no de problemas de leyes, sino de problemas de jueces; toda vez que "las viejas - leyes pueden modernizarse solo por la virtud, la ciencia y - el espíritu vocacional del Magistrado que las aplica. He -- aquí la importancia de la misión de juzgar; he aquí la trascendencia histórica, política, social y humana que para la comunidad representa el imperio de la recta, cumplida e imparcial Justicia" (9).

D.- CONVENIENCIA SOCIO-JURIDICA DE INSTITUIR EL DIVORCIO IMPERFECTO.

Meline y Augusto Conte han coincidido en señalar que la sola posibilidad de cambio es una provación (10).

En la misma idea, señala León XIII que una vez -- concedido el divorcio, ningún freno podrá contenerlo dentro de los límites que se habrá creído poderle fijar.

El propio Planiol concluye: "Cada vez más se observa un fenómeno molesto: la sola posibilidad del divorcio desune a muchos matrimonios que, sin ella, continuarían unidos o, al menos, resignados; dicha posibilidad hace las veces de una aspiradora que crea una corriente ficticia. En -

fin, muchas personas se casan a la ligera diciendo: "Si la cosa no marcha, nos divorciaremos" (10).

Lo anterior prueba que no en pocos casos se ve en el divorcio un remedio, una solución a casos "dramáticos" -- dentro del matrimonio. Además, se pone de manifiesto que ante la posibilidad de divorciarse, la mayoría de los esposos lo harían; unos porque en efecto aborrecen a sus compañeras; otros por novedad y muchísimos por la inconstancia natural -- de los afectos humanos.

Pero ciertamente, así entendidas las cosas, se -- pensará que el matrimonio es la causa del malestar y el di-- vorcio su consecuencia. Así lo plantearon las tesis divorci-- tas de Rousseau y Diderot como se ha visto con antelación.

El planteamiento es inexacto, toda vez que lejos de ser remedio, el divorcio es causa del malestar que aflige el matrimonio (12).

El divorcio vincular, lo sostienen innumerables -- autores, implica fenómenos complejos absolutamente humanos -- que resulta imposible señalarlos limitativamente.

El autor, citado reiteradamente, Castán Tobeñas - (13) señala que el divorcio es una de las causas del malestar de la familia moderna. Algunas razones:

1. Alienta la irreflexión y la ligereza en la celebración de los matrimonios, ya que hay esperanza de desatar aquel lazo a cualquier hora que pueda resultar molesto.

2. Conduce totalmente a convertir el matrimonio en una institución temporal, casi a plazos, creadora de familias sin arraigo ni estabilidad. Yo agregaría que por virtud del divorcio, el matrimonio pierde su fuerza y se vulnera la institución de la familia.

3. El llamado divorcio legal o con alegación de causa fomenta las discordias conyugales y los adulterios, como pretexto para romper ante la ley el vínculo y pasar a nuevo matrimonio.

4. El divorcio convencional o libre deja hondamente maltrecha la moral doméstica, aproximando el matrimonio a un vergonzoso régimen de promiscuidad.

En esta idea, aplicamos aquella vieja idea de Séneca en el sentido de que los hombres se divorcian para casarse y se casan para divorciarse.

Estimo que un factor decisivo que precede toda so

licitud de divorcio se debe al abandono, desuso o debilitamiento de la idea precisa del matrimonio. En efecto; por éste, la unión recíproca eleva las almas de los esposos y brotan afectos, virtudes y solidaridad humana. Este hecho psíquico o conjunción plena constituye el verdadero amor conyugal que impone a los esposos un alto sentido de responsabilidad y una profunda vocación de sacrificio y ayuda mutua que con el paso del tiempo se aumenta porque ciertamente significa un profundo apoyo para sortear las dificultades que la vida impone.

Así lo confirma Alberto G. Spota (14) al escribir "... en todo esto debe prevalecer la idea de sacrificio y de la responsabilidad asumida por la celebración del matrimonio. Un individualismo desorbitado castiga e hiere al bien común, desconoce la idea de lo social y olvida los deberes que los cónyuges asumen no solo ante ellos mismos, sino, sobre todo, frente a la prole".

En la línea, consideramos que los argumentos de los antidivorcistas son contundentes y bastantes para concluir que el divorcio encuentra su base en comodidades y conveniencias personales; sin excluir ciertos casos en los que verdaderamente existen situaciones intolerables para la vida

familiar, ante lo cual es suficiente la separación de cuerpos a fin de neutralizar el mal.

Por ello propongo que aun en estos casos no debe promulgarse la disolución del vínculo matrimonial, toda vez que no están en juego solo los deseos de liberación de los esposos, sino los intereses de los hijos y de la sociedad, en razón de que la institución matrimonial es base y fundamento de la familia; y ésta, de la sociedad.

En este sentido, hacemos nuestras las argumentaciones de los antidivorcistas y proponemos la conveniencia de que en nuestra legislación civil se instituya el divorcio imperfecto o separación de cuerpos.

Argumentos de la proposición:

1. No debe vérsese al matrimonio de manera aislada, sino en armonía con la familia y la sociedad.
2. Por la sociedad conyugal se forma el matrimonio; el cual es base y fundamento de la familia, la cual permite el desarrollo del género humano favoreciendo mejores condiciones de perfectibilidad entre sus componentes.
3. Debe entenderse que por razón de índole natural, el matrimonio es una obra de toda la vida que exige de

los esposos no poca prudencia y comprensión recíproca; que si la estabilidad tropieza, deben estar prestos a todos los sacrificios para salvarla.

4. La familia es pues unidad fundamental de convivencia. El hombre tiene derecho natural a ella, limitando este derecho a las exigencias del bien común o del orden natural, del orden familiar en este caso.

5. El bien de los hijos, de los esposos y de la sociedad reclaman la indisolubilidad del matrimonio:

a) En beneficio de los hijos.- La primera necesidad de éstos es tener a sus padres juntos a fin de recibir de ambos la influencia y educación complementarias. Es decir, los hijos exigen de sus padres no solo la educación, sino la armonía, la unión y el amor mutuo.

El propio Rousseau reconoce el nexo indisoluble que conforman los hijos. Dice: "Los hijos forman un nudo verdaderamente indisoluble entre aquellos que les han dado el ser y una razón natural e invencible contra el divorcio. Objetos tan caros, de los que ninguno puede separarse los uno necesariamente. Es un interés común tan tierno que les haría formar sociedad aun cuando no tuviesen otra" (15).

Ignacio L. Vallarta (16) propone la separación de los esposos desavenidos en beneficio de los hijos dado que la sa-

cilidad de cambiar de esposos da por resultado el abandono de los hijos.

Mucho se ha escrito en esta materia. Alberto Bernardez - Cantón escribe que "la educación y cuidado de los hijos -- exige la mutua colaboración de las dos personas que le -- han dado el ser: Esa colaboración mutua es imprescindible no solo porque es necesaria, sino porque es justa, esto -- es, debida. La educación y cuidado de los hijos exige po-- ner a disposición de esa finalidad todos los resortes que poseen los padres, aptos para el desarrollo de la persona-- lidad del hijo: resortes no solo económicos, sino afecti-- vos, morales, religiosos, culturales, expansivos, sin ol-- vidar la importancia del comportamiento y afecto mutuo -- de los padres. Colaboración conjunta, constante e inte-- gral exigen, por la misma dinámica de la acción educati-- va, la permanencia de la unión conyugal" (17).

También se ha insistido que el ciclo educativo de los hi-- jos no tiene un límite concreto, ya que es una obligación de tracto sucesivo, pues no se agota con su cumplimiento, sino que hay que continuar cumpliéndola día a día, duran-- te la infancia y la juventud de los hijos y muchas veces hasta en la madurez. Pero el cumplimiento de esta sagra-- da obligación --escribe Ezio Cusi (18)-- implica la unidad de la familia y por lo tanto la indisolubilidad del vín--



culo matrimonial, pues solamente pueden educar debidamente a sus hijos, con el ejemplo y con la acción, aquellos padres que no abandonan la familia en busca de nuevas aventuras matrimoniales, sino que permanecen unidos por vínculos de amor y de sacrificio.

En suma; como dice Vallarta, la disolubilidad del matrimonio es perjudicial a los hijos.

- b) En beneficio de los esposos.- Hoy más que nunca se exige que la plenitud, unión o conjunción bio-psicosocial que encubre a la pareja en el matrimonio, se refuerce y proteja en atención a esos resultados vertiginosos y paradójicos de nuestro tiempo cada vez mas complejos y abiertos a la interrelación y al diálogo.

La seguridad en el amor conyugal solo se da en el matrimonio indisoluble. Quítese por un momento esta creencia --argumenta Vallarta (19)--, déjese asomar a la vista de --ellos los visos de la probabilidad, no ya de la certeza,-- de que su unión alguna vez se ha de romper, y que otro se no será el depositario de estos secretos, y al instante --desaparecerá de enmedio de los cónyuges la confianza; --ellos se verán como extraños temiendo que algún día la --ruptura de sus ligaduras, y el entregarse a otra persona, sea la causa de su revelación de sus secretos.

El matrimonio indisoluble crea entre los cónyuges un ambiente de confianza, de mutua comunicación espiritual, de "confesiones sinceras que forman las más inefables delicias de los esposos (que) no tienen otro fundamento que la creencia de que se poseerán perpetuamente", de ese amor - llevado a su más alto grado de perfección, que les reporta indispensables factores humanos de desarrollo, necesarios en el desenvolvimiento de su identidad individual. Como epílogo, citamos las ideas de Schmoller: "Cuanto más agitada se hace la vida... más se hace sentir la necesidad de un pequeño círculo seguro y cerrado, donde reine el amor, la confianza, el abandono, tal como solo puede ofrecerlos la familia" (20).

- c) En beneficio de la sociedad.- Bajo el principio que la sociedad corre la suerte de la familia; Bernardez Cantón (21) concluye que la familia se nos muestra como una estructura extraordinaria e interesante para el desarrollo integral del ser humano y como clima más apropiado para la maduración de sus diversas potencialidades, así como para la realización vital que el individuo necesita según los imperativos de su existencia. De ahí también la importante repercusión de la identidad familiar en el concierto social. El protagonista de la vida social es el hombre, que se educa, madura y arraiga en la intima -

convivencia familiar.

Como ha escrito Vallarta, el divorcio sembraría las más -  
licenciosas costumbres en todos los miembros de la socie-  
dad y removiéndolos sus fundamentos la precipitaría a un caos  
perfecto y a una corrupción horrorosa.

Al referirse a la importancia social de la familia, Bureau  
escribe: "la observación social demuestra que es la buena  
organización de la vida privada y familiar la que hace a  
los pueblos vigorosos y fuertes, y que allí donde esta --  
buena organización existe, los otros desórdenes no tienen  
más que una importancia secundaria y pueden encontrar fá-  
cil remedio" (22).

Dado que la indisolubilidad conyugal es altamente dañosa  
a la sociedad, se impone como medida de urgencia el fomen  
to de la fidelidad entre los esposos, precisamente duran-  
te el ciclo educativo de los hijos en medio del seno familiar  
liar.

6. La figura de la separación judicial o divorcio  
imperfecto no es en modo alguno ajena a nuestra tradición ju-  
rídica, supuesto que los Códigos de 1870 y 1884 la regulaban;  
y lo hacían precisamente en favor de los hijos, de los espo-  
sos y de la sociedad. Se trata, en consecuencia, de un ins-  
trumento jurídico protector de la familia. El discurso pro-

nunciado por el entonces Ministro de Justicia, Negocios Eclesiástico e Instrucción Pública, Lic. Manuel Ruiz, dirigido a funcionarios oficiales en 1859, así lo confirma; en el cual reconociendo la esencia de la unión conyugal señala causas - suficientes para la separación temporal de los esposos, todas las que hagan amarga e insoportable la vida en común de los casados; prohibiendo la realización de otro enlace mientras viva alguno de los "divorciados".

7. La separación judicial, aunque siempre dolorosa, es una solución que tiene por objeto conceder un tiempo de reflexión a los cónyuges para reconciliarse o consumar el divorcio; pero también contiene en lo humanamente posible el remedio para liberar a los esposos de esa vida atormentada y evitar en los hijos el perjudicial impacto del hogar conflictuoso. Así pues, la separación deja a los cónyuges la puerta abierta a su reconciliación; por otra parte, los hijos se ven libres de los perjuicios que traerían consigo las nuevas nupcias del padre que los retiene en su compañía. En definitiva, pensamos que un juicio de divorcio no desaparece los males, sino "produce escándalo, no corrige al culpable y humilla al inocente".

Si bien es verdad que el derecho no tiene jurisdicción sobre los sentimientos, toca a éste determinar las causas de separación de tal manera que ella busque una recon

ciliación o por lo menos hacer difícil a los esposos concluir su obra matrimonial en el divorcio, en beneficio de terceros: de la institución misma del matrimonio, de los hijos y de la sociedad.

8. Debe instituirse la llamada "cláusula de duración", vigente en algunos países europeos y por virtud de ella si el juez se cerciora que la disolución repercute graves perjuicios a los hijos y en su ausencia, al cónyuge demandado, no debe decretar el divorcio sino la separación de los esposos.

9. Consideramos que la esencia del matrimonio es la reproducción. Supone el hogar; éste, convivencia, que ha de ser íntima y duradera, de toda y para toda la vida. No en vano se ha definido al matrimonio como "el vínculo jurídico que protege la unión plena y estable de los sexos".

En última instancia, con la presente propuesta -- no nos motiva otro impulso que el de clamar la defensa de la familia y su consecuencia social a través de la indisolubilidad del vínculo conyugal en atención al sabio principio que rige el orden natural de lo existente.

Y así finalizamos haciendo nuestras las palabras magistrales de Edmundo J. Carbone en el siguiente texto:

"Entendemos que tanto el derecho natural como el canónico avalan la solución de la ley positiva nacional, que no admite el divorcio vincular. No hay duda alguna que los divorcistas tienen razones, pero no tienen razón.

"Urge, ante los ataques que a diario sufre la familia, fortalecerla por todos los medios. Deben cerrarse las vías, -- que puedan atentar contra la unidad e in disolubilidad del matrimonio e inculcarse a los cónyuges un generoso espíritu -- que permita sobrellevar las contingencias difíciles de la convivencia".

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

- ( 1 ) Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia, t. II; p. 581.
- ( 2 ) *Ibidem*, p.583.
- ( 3 ) Cfr. Rojina Villegas, R.; op. cit., p. 582.
- ( 4 ) *Ibidem*.
- ( 5 ) *Ibidem*, pp. 578-79.
- ( 6 ) Filosofía Jurídica Social. Trad. de Luis Legaz, 1930, p. 308; cit. por Francisco Ruiz-Jarabo y Baquero. La Misión de Juzgar.- Rev. de Derecho Judicial, p. 18.
- ( 7 ) Castán Tobeñas, J. La Crisis del Matrimonio; pp. 603-605.
- ( 8 ) Cfr. *Ibidem*, p. 521.
- ( 9 ) Ruiz-Jarabo y Baquero, Francisco; op. cit.; p. 14.
- (10) Cfr. Leclercq, Jacques. La Familia según el derecho natural, p.26.
- (11) Cit. por Leclercq, J.; op. cit. p. 99.
- (12) Castán Tobeñas, J.; op. cit., p. 533.
- (13) *Ibidem*.
- (14) Cit. por Edmundo J. Carbone. La incolumidad del vínculo matrimonial. Rev. Jurisprudencia Argentina, p. 9.
- (15) Cit. por Ignacio L. Vallarta. Obras Ineditas, p. 308.

- (16) Ibidem, p. 311.
- (17) El Vínculo Matrimonial; p. 533.
- (18) La Indisolubilidad del Matrimonio a la Luz de Algunas Experiencias Recientes. Jus Rev. de Derecho y Ciencias Sociales; pp. 395-96.
- (19) Op. cit., p. 306.
- (20) Cit. por Castán Tobeñas, J.; op. cit., p. 603.
- (21) Op. cit., p. 532.
- (22) Cit. por Castán Tobeñas, J.; op. cit., p. 572.



REFLEXIONES. \*

Divorcistas y antidivorcistas miran el matrimonio en un instante determinado de su evolución. Aquéllos, en la crisis; éstos, en el contrato social. Es decir, los primeros lo miran en su situación de "salida", cuando es necesario buscar una solución a la crisis ya manifiesta. Los segundos, en su situación de "entrada", cuando hay que rodearlo de máximas garantías de perdurabilidad.

Desde la perspectiva de aquéllos, el divorcio es un remedio que se aplica a las parejas que han fracasado. Es un bote salvavidas para tratar de salir del naufragio y empezar de nuevo. Estos, contemplan el matrimonio en el momento de su celebración; en ese momento, si los contrayentes saben que no habrá posibilidad de disolución legal y nuevo matrimonio, ese saber los llevará inevitablemente a plantearse el paso que van a dar con toda responsabilidad. En ese acto, comprometen su vida, de una vez y para siempre, en el cual se triunfa o se fracasa y lo que viene después llega a ser, a lo sumo, una suplencia mas o menos lograda. Por tanto, si el divorcio no supera el fracaso matrimonial, es necesario rodear el matrimonio de solemnidad y seriedad desde el comienzo, para suscitar en los cónyuges una conducta acorde con sus altas exigencias.

Los divorcistas miran la crisis desde el ángulo individual. Quieren resolver el problema de "esta" o "aquella" pareja. De esta o aquella persona, que aspira a recobrar su libertad de elección efectiva. Los antidivorcistas miran la crisis desde el ángulo social. Pretenden, antes que nada, - proteger la familia en cuanto célula del edificio social; -- contemplan el drama de "fulano" o "mengano" como una lamentable excepción a reglas que, por su parte, son elaboradas en función del bien común y no deben, por ello, ser abandonadas en función de situaciones particulares.

La polémica parece no tener fin. Al contrario, - cada vez se agudiza más y divide de un tajo la opinión pública, sin obtener "principio de acuerdo por interesar zonas vitales de nuestro repertorio moral". Toda una concepción del mundo y de la vida se halla en juego con la permisividad -- -mayor o menor- de la disolución del vínculo matrimonial.

Frente a un caso de crisis matrimonial insu~~per~~able, el legislador pone dificultades considerables para obli~~g~~ar a los cónyuges a meditar el paso que van a tomar. Aun - en los países divorcistas se considera que hay un bien social en juego -la estabilidad de la familia, la educación de los

hijos- que tiene que ser preservado necesariamente, dentro - de lo posible. Una sana medida legislativa frente a matrimo- nios conflictuarios se traduce en imponer "a los cónyuges un período de separación previo al divorcio, para darles un -- tiempo de reflexión que facilite eventuales reconciliaciones. La actuación conciliadora de consejeros matrimoniales o del propio juez en audiencias especiales contribuye en mas de un caso a salvar matrimonios en crisis.

"Todo ocurre como si, aun en los países que podría mos llamar divorcistas, el Estado no se resignara a promulgar el divorcio sino después de haber librado la última batalla, grande o pequeña, real o formal, en favor de la estabilidad matrimonial".

Bajo este contexto, todo induce a preservar con - más cuidado el vínculo matrimonial en América Latina, res-- tringiendo al menos el divorcio a casos de crisis insupera-- bles y sin mostrar desde el inicio la "luz verde" del ir y - venir de los contratos en función de los devaneos del humor individual. Ello en razón del modo con que se contempla el mundo latino y la familia. A diferencia del anglosajón, el latino vé en la familia un núcleo fuerte; el latino no es -- un individuo: es un ser familiar, se siente "parte" de su - familia, de su nación. Si se lo pone "aparte", sufre una --

suerte de mutilación. Por tanto, la crisis matrimonial produce un impacto mucho más hondo en el latino que en el anglosajón. No cabe duda que ser uno u otro, implica dos maneras profundas de ser occidental que repercuten necesariamente en la forma de contemplar el asunto del divorcio.

Una ley referida a la estabilidad o disolución matrimonial no puede contener en ella misma la solución del problema; el divorcio legal dará solo un alivio a situaciones insoportables. La solución tendrá que venir por canales supraleales. El problema no es el divorcio, sino la crisis anterior que hace entrar en escena la posibilidad del divorcio. ¿Crisis anteriores? Dificiles de asir en el contexto universal del hombre contemporáneo.

Quizas sea, su concepción del tiempo. Hoy, la vida se presenta como un campo abierto a distintas experiencias y etapas, a diversos ensayos. Hay tiempo para ir y volver - de países, personas, partidos y trabajos. Hay tiempo para cambiar de mujer. El divorciado que vuelve a casarse inicia una "nueva vida"; también lo hace el que cambia de trabajo, el que emigra, el que cambia de partido. Pareciera que el tiempo que corre se distingue por el signo de la inestabilidad.

Por el contrario, la vida para nuestros predecesores era una unidad de desarrollo en la cual pasaban menos cosas y había menos novedades revolucionarias, menos cambios; - la vida se concebía como el disparo de una sola flecha. Una sola carrera, una sola lealtad, una sola fe, una sola mujer.

Hoy; en cambio, una vida son muchas vidas. El -- hombre cambia a un punto tal que no se reconoce en su propio pasado. Las generaciones se desencuentran porque el tiempo que las separa ha sido vertiginoso y es, por lo tanto, enorme. En estas bruscas variaciones, el matrimonio es una aventura más, en elemento vivencial que puede fácilmente desaparecer o naufragar.

Se impone el reto: asimilar el impacto del vértigo que fragmentó la unidad de vida de nuestra generación, -- siendo capaces de concebir una existencia que, sin dejar de ser dinámica, sepa sin embargo reconstruir sus principios con cada giro en el fondo de sí misma.

¿ Y la solución supra legal del divorcio ? ¿ Podemos ser los mismos pese al cambio ? Este es el desafío. En el siglo del vértigo, la rutina está condenada. El matrimonio que quiera perdurar en la rutina, morirá. El matrimo-

nio que acepte la aventura de la constante renovación, peregrinará. Ave Fénix. Si el hombre y la mujer contemporánea se sienten de tiempo en tiempo diferentes, es preciso que se redescubran, naciendo de nuevo a la aventura del enamoramiento. Si el cambio es nuestro signo, la única manera de salvar la "felicidad" será cambiar... al unísono. El divorcio sobreviene cuando uno de los dos ya no es el mismo.

Por último; siendo que el divorcio "es un problema sobre el cual vale la pena reflexionar", dejemos a la consideración de todos las inquietudes de que el divorcio obedece a que ¿ Venimos de una moral rígida y nos encaminamos a un permisivismo moral ? ¿ O nace una nueva moral ? ¿ O, -- quizás, no nos hallamos sino en otro de los movimientos pendulares de la historia, y así como esta época permisiva, de tolerancia o de coexistencia pacífica sigue a la época victoriana de principios del siglo, a la nuestra seguirá otra más severa ?

\*

Cfr. Rev. Interamericana VISION. Vol. 59 No. 1; julio de 1982, pp. 5-24.

## CAPITULO QUINTO

### CONCLUSIONES

PRIMERA.- No obstante la corriente sociológica de la teoría del matriarcado o de la horda promiscua de Bachofen, Morgan y Mac Lennan, se ha comprobado históricamente que la unión monógama es regla general del matrimonio.

SEGUNDA.- Si en el pasado remoto se toleraron ciertas formas poligámicas excepcionales como la poligamia ocasional, el adulterio lícito o la legalidad del concubinato, ello no implica un relajamiento de las costumbres, sino la preocupación primordial de continuidad en la familia, en la procreación, fin primario del matrimonio.

TERCERA.- Los pueblos de la antigüedad y aun el azteca señalan la esterilidad como causa de repudio; excepcionalmente, como en Babilonia, la causal era imputable al marido (v. gr., falta de cuidado y atención del hogar).

CUARTA.- Cuando Moisés permite el libelo de repudio, por la dureza de corazón de los hombres, no contraviene el principio de indisolubilidad, sino que al reglamentarlo reproduce la repudiación como una expresión de las costumbres, intentando algunas restricciones para evitar y aminorar la

omnipotencia del marido.

QUINTA.- Los penitenciales divorcistas -de validez local- sucumbieron ante las colecciones antidivorcistas canónicas del primer milenio que reflejan un carácter universal. Por tanto, la legislación universal de la Iglesia en ese período mantuvo la indisolubilidad matrimonial frente a corrientes adversas como la hebrea y la germánica.

SEXTA.- Acertadamente se ha escrito -y se ha comprobado- que la introducción del divorcio vincular en los Estados modernos es una resultante de las ideas laicas y revolucionarias difundidas por Francia desde el siglo XVI.

SEPTIMA.- La "cláusula de duración" que Francia, Alemania, Inglaterra y Polonia instituyen en sus ordenamientos legales es socialmente benéfica, pues impide que judicialmente se niegue el divorcio si éste reporta consecuencias de excepcional dureza y graves perjuicios al otro cónyuge o a los hijos menores.

OCTAVA.- En el Derecho comparado predomina la tendencia a la liberalización del divorcio, como sanción (culpa de uno de los cónyuges) o como remedio (causas objetivas, v.



gr., la separación legal o de hecho, pudiendo convertirse en divorcio definitivo).

NOVENA.- No obstante la tendencia liberalizada del divorcio en nuestro tiempo, existen países iberoamericanos y filipino que no admiten el divorcio vincular, como Argentina, Chile, Paraguay y Filipinas. Otros, como Brasil, España, Portugal, Italia y Suecia, decretan el divorcio a partir de una separación previa judicial por un período determinado.

DECIMA.- El divorcio en el Derecho socialista, basado en causas objetivas, supone una concepción moderna del matrimonio y la familia. Esta, sólo permanece a voluntad de los cónyuges, y a veces de uno solo, lo cual autoriza a preguntar si en el mundo socialista la familia, cuyo origen es el matrimonio, posee alguna utilidad social.

DECIMA PRIMERA.- Los divorcistas se apoyan en la tesis del amor libre o libertismo sexual que filosóficamente responde a la aplicación del liberalismo racionalista e individualista, así como del naturalismo rousseauniano, esto es, la omnímoda libertad dirigida a la búsqueda de felicidad y bienestar económico personales.

DECIMA SEGUNDA.- Como Jacques Leclercq pensamos que

el divorcio en el contexto contemporáneo no puede comprenderse más que en la atmósfera creada por la moral del derecho al amor, en la cual un hombre puede desear el amor pero no el matrimonio.

DECIMA TERCERA.- En definitiva, el derecho al amor es aquella horda promiscua o aparejamiento transitorio, en donde sobresale ese estado de libertad sexual que relatan los sociólogos, en el cual las relaciones recíprocas entre varón y mujer no tienen más norma que sus inclinaciones.

DECIMA CUARTA.- Los antidivorcistas se basan en un orden natural de las cosas. Sostienen que es la recta razón quien aconseja la incolumidad del vínculo matrimonial a exigencia de un elevado interés social.

DECIMA QUINTA.- El matrimonio canónico se disuelve por muerte de uno de los cónyuges; por dispensa del matrimonio rato y no consumado, que se concede por la Sede Apostólica con justa causa y a petición de ambas o de una de las partes aunque se oponga la otra; por profesión religiosa solemne de uno de los cónyuges, siempre que el matrimonio no se haya consumado y, finalmente, por virtud del privilegio Paulino.

DECIMA SEXTA.- El privilegio Paulino constituye una

excepción a la indisolubilidad extrínseca del matrimonio legitimo rato y consumado.

DECIMA SEPTIMA.- En el Derecho Canónico sólo existe el divorcio no vincular o separación de cuerpos. Empero, hay lugar para la anulación del matrimonio si se descubre que se celebró con vicios del consentimiento.

DECIMA OCTAVA.- El Código Civil vigente indebidamente reconoce como causas de divorcio algunos hechos que realmente no ameritan la disolución del matrimonio, dado que aún perdura la afectio entre los cónyuges, como la comisión de delitos de un consorte en perjuicio de tercero y que se sancionen con pena mayor de dos años de prisión; padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, contagiosa o hereditaria; la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio y, padecer enajenación mental incurable.

DECIMA NOVENA.- Deben limitarse las causas de divorcio establecidas en nuestro Código Civil vigente.

VIGESIMA.- La experiencia demuestra que admitido el divorcio no hay freno a su aplicación, la práctica enseña el

abuso de las causas de divorcio.

VIGESIMA PRIMERA.- El divorcio no es un ideal. El ideal es, por supuesto, el matrimonio feliz, integrado y por lo tanto estable. El ideal es la institucionalización del amor, su prolongación a través de los hijos. Esto, pocos habrán de negarlo.

VIGESIMA SEGUNDA.- Propongo que debe regularse en nuestro medio el divorcio en cuanto al lecho y habitación o divorcio imperfecto, como medio de superar las diferencias conyugales con intervención del juez. Ya se regulaba ampliamente en la ley del matrimonio civil de 1859 y en nuestros Códigos de 1870 y 1884.

VIGESIMA TERCERA.- Debe incluirse como causal de divorcio la relativa a la separación judicial, como situación previa a la disolución definitiva.

## BIBLIOGRAFIA GENERAL.

1. Adnés, Pierre. El Matrimonio. El Misterio Cristiano. Teología Sacramental. Edit. Herder, Barcelona, 1975.
2. Arregui-Zalva, S. J. Compendio de Teología Moral. Imprenta Eléxpuru Hermanos. S. A. Bilbao, 3a. Ed.; 1951.
3. Castán Tobeñas, José. La Crisis del Matrimonio. Hijos de Beas, editores. Madrid, 1954.
4. D'Aguiño, José. La Génesis y la Evolución del Derecho Civil, t. II; edit. La España Moderna; Madrid, 1922.
5. De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa. Vol. 1; 3a. ed.; México, 1965.
6. Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México, t. I-II. Edit. Fols. México, D. F.; 1957-1960.
7. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas-Familia. Edit. Porrúa. S. A. México 1971.
8. García Barberena, J.; Bernárdez Candón, A. y otros. El Vínculo Matrimonial y Divorcio o Indisolubilidad? Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1971.
9. Hervada, Javier y otros. Divorcio. Mención Universidad de Navarra, S. A. Pamplona España 1971.
10. L. Vallarín, Ignacio. Obras Inéditas. Obras II. Edit. Porrúa, S. A. México. 1966.
11. Leclercq Jacques. La Familia según el Derecho Natural. Edit. Herder, S. A. Barcelona, España 1975.
12. León Alí. Antes de Arcaica D. F. de. Donde se Pon...

ficia, t. II; Documentos Políticos. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1958.

13. Llovera, José María. Tratado de Sociología. Editora Nacional; edinal S. de R.L. México, D. F.
14. Mac Iver, R.M. y Page, Charles. Sociología. Edit Tec nos; Madrid, 1972.
15. Magallón Ibarra, Jorge Mario. El Matrimonio-Sacramento-Contrato-Institución. Tipográfica Editora Mexicana, S. A.; México, 1965.
16. Margadant, Guillermo F. El Derecho Privado Romano. -- Ed. Esfinge, S. A. México, 1975.
17. Messner, Johannes. Ética Social Política y Económica - a la Luz del Derecho Natural. Ediciones Rialp, S. A. - Madrid-México-Buenos Aires-Panplona. Madrid, 1967.
18. Morgan H. Lewis. La Sociedad Primitiva. Ediciones Librerías Aliende, S. A.; 3a. ed. México.
19. Nacar Fuster, Eloino y Colunga Cueto, Alberto. Sagrada Biblia. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, -- 1975.
20. Ortiz Urquidi, Raúl. Matrimonio por Comportamiento. - Edit. Stylo. México, 1955.
21. Pailares, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial - Porrúa, S. A. México, 1981.
22. Pío XI. Encíclica Casti Connubii. Doctrina Pontificia, t. III. Documentos Sociales. Biblioteca de Autores -- Cristianos. Madrid, 1964.
23. Rajina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, t. II. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, S. A. México, 1964.

24. Royo Marín, Antonio. Teología Moral para Seculares, t. II. Los Sacramentos. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1971.
25. Sánchez Azcona, Jorge. Familia y Sociedad. Edit. Joaquín Mortiz, S. A. México, 1976.
26. Sánchez Meda, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México. Edit. Porrúa, S. A. México, 1979.
27. Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Edit. Porrúa, S. A. México, 1975.

#### REVISTAS .

1. Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 77. Buenos Aires, Argentina. Marzo, 1955.
2. Revista La Ley, t. 89. Buenos Aires, Argentina, 1958.
3. Revista Jurisprudencia Argentina, Nos. 4398-4399. Buenos Aires, Argentina, 1973.
4. Revista de Derecho y Legislación, Nos. 606-607. Caracas, Venezuela, 1961.
5. Revista de Derecho Judicial. Año X, No. 40. Madrid, - España. Oct.-Dic. 1969.
6. Anuario de la Escuela Judicial No. XI. Madrid, 1974.
7. Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, t. XIV, - No. 143. México, D. F.; junio, 1950.
8. Revista Jurídica No. 9. Anuario del Departamento de -

---

Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, D.F.,  
1977.

9. Revista Interamericana Visión. Vol. 59, No. 11. Julio,  
1982.

#### H E M E R O G R A F I A .

Juárez G. Benito. Documentos, Discursos y Corresponden-  
cia. Secretaría del Patrimonio Nacional, t. II. Méxi-  
co, 1964.

#### E N C I C L O P E D I A S .

1. Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica -  
Argentina. S.R.L. Buenos Aires.
2. Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, t.  
4.

#### L E G I S L A C I O N .

1. Código de Derecho Canónico bilingüe y Comentado. Migue-  
lez-Alonso Cabreros. Biblioteca de Autores Cristianos.  
Madrid, 2a. ed., 1947.
  2. Ley del Divorcio. Emiliano Escolar Editor. Madrid, 1981.
-



3. Código Civil para el D. F. Edit. Porrúa, S. A. Quinco  
gésima edición. México, 1982.
4. Código de Procedimientos Civiles para el D. F. Edit. Por  
rúa, S. A. Vigésimo séptima edición. México, 1981.