

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL DIVORCIO

TESIS
Para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
presenta

José Onofre Mendoza Durán

TIPOGRAFICA ORTEGA
Emperadores 114
México, D. F. — 1955



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS QUERIDOS PADRES.
SRA. LIGIA DURAN DE MENDOZA.
DR. JOSE DOMINGO MENDOZA.

CON TODO CARIÑO
A MI ABUELA
MARIA MAGAÑA.

A LA MEMORIA DE
MIS ABUELOS.

SR. ONOFRE DURAN.
SRA. JUANA DE MENDOZA.
SR. MODESTO MENDOZA.

A MI HERMAÑO

JULIO MENDOZA DURAN.

CON TODO CARIÑO

A MI TIA.

CARMEN CORNEJO MAGAÑA.

E HIJOS.

A MIS FAMILIARES.

CON TODO RESPETO Y CONSIDERACION.
A MIS PROFESORES.

CON EL RESPETO QUE SE MERECE
A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS.

Quién no ha oído hablar sobre el divorcio? Cuántas veces no hemos emitido nuestra opinión sobre este tema tan acaloradamente discutido?

Antes de iniciar su estudio habremos de hacer un pequeño análisis acerca de lo que es el matrimonio, del cual Severo Catalina se expresó así: "Cuando un hombre y una mujer de talento se estrechan con el doble vínculo de la virtud y del amor, el amor y la virtud forman la barca en la que apaciblemente bogan por el mar de la vida; un ángel les sirve de piloto; su rumbo es la inmortalidad, su puerto el cielo".

Es el matrimonio la más importante de las instituciones sociales base y fundamento de todas las demás, por serlo de la sociedad. Semejante importancia del matrimonio exige que se le otorgue una especial consideración, estudiándolo con algún detenimiento y sin perjuicio de la generalidad, en los diferentes aspectos en que pueda ser mirado.

Aunque todos los aspectos no se dan por separado, sino que se muestran todos ellos enlazados, pueden distinguirse tres primordiales en cuanto al matrimonio es:

1o. Un Institución natural, en la que existe un principio ético, bajo cuyo aspecto cae en la espera de la Moral y de la Filosofía del derecho. Filosofía del Matrimonio.

2o. Una Institución Social, hecho condicionado por la sociedad e influido por ésta sobre la que a su vez influye, y que como tal entra en los dominios de la Sociología, y, por lo tanto de la historia. Sociología del matrimonio.

3o. Una Institución jurídico-civil, en cuanto constituye una relación jurídica productora de efectos civiles, sometida por tanto al Derecho y regulada en este sentido por el Derecho Civil.

Si estudiamos el matrimonio en todos sus aspectos tanto por su importancia, como por ser base fundamental del Derecho familiar, descuidaríamos el objeto principal, el planteamiento del Divorcio en sus aspectos generales, por lo que nos conformaremos con dar una idea de lo que significa el matrimonio.

Es casi general derivar la palabra latina "matrimonium" de las voces "matris-munium", en el sentido de carga, gravamen o cuidado que incumbe a la madre. Semejante etimología aparece aceptada por las Decretales y Partidas, lo que ha ocasionado que, sin más examen haya sido aceptada por la mayoría de los autores.

Santo Tomás de Aquino en su obra Suma Teológica, cita cuatro etimologías que son: 1o. "Matren-munies", defensa de la madre; 2o. de "Matren-mones", aviso dado a la madre para que no se aparte de su marido; 3o. de "Matre-nato" porque por el matrimonio se hace una mujer madre de un nacido, y 4o. de "Monos y materia", porque por el matrimonio se unen dos seres en uno, formando como una sola materia.

De estas derivaciones si bien la última está conforme con la naturaleza filosófica religiosa del matrimonio, la de mayor valor lingüístico es la primera, ya que siempre el verdadero matrimonio tiene como función la protección de la mujer madre por el marido padre, garantizando el cumplimiento por éste de tal deber.

Así lo entendió también Benthan cuando escribió que: "la unión Sexual inauguraría para la mujer un largo camino de penas y las conduciría a un término inevitable en que encontraría la muerte, si no la fuesen asegurados previamente, tanto para ella como para el germen que deba alimentar en su seno, los cuidados y la protección del esposo, siendo éste guardián y proveyendo a la conservación de uno y otro".

Cualquiera que sea la etimología que se adopte la idea y término predominante es el de madre, (matar en sánscrito, mathir en irlandés, mather en latín), derivada de la raíz indoeuropea ma, que guarda estrecha relación con la hebrea am, que significa madre y que se encuentra en las voces latinas amare y amor.

La raíz hebrea am produjo la indoeuropea, ma, mediante una sencilla transformación y quizá aquélla pertenezca a la lengua primitiva, ya que es esencialmente onomatopéyica, representando el sonido labionasal que, sin querer, emite el niño al tomar el pecho.

Esta idea presupone la de engendramiento, la de unión sexual entre un hombre y una mujer, de donde la voz matrimonio expresará etimológicamente la unión de hombre y mujer para la procreación y para la protección de la madre y de los hijos.

Existen ciertas voces sinónimas de matrimonio, éstas pueden reducirse a tres grupos: expresivas de la idea de vínculo o enlace, expresivas de la idea de engendramiento y expresivas de una idea de convivencia.

Entre las primeras están las latinas conjunctio y conjugim de las que se han derivado el verbo castellano conyungo, el sustantivo coyunda y el adjetivo conyugal. La voz yugo, a la que tratándose del matrimonio se ha dado el sinónimo de carga pesada, sujeción o afrenta, tiene un origen más elevado, que se halla en la palabra sánscrita yu, de donde también se deriva la voz latina ius (derecho) como sinónimo de lazo o relación jurídica.

La idea de engendramiento se encuentra en la palabra griega gamos y las sánscritas ghama y ghamana, derivadas de la palabra gam expresiva de matrimonio.

Finalmente la idea de convivencia aparece en la voz latina consortium, compuesta de cum sors, suerte común y en la española casamiento, derivada de casa, hogar.

En cuanto a la palabra boda, según la Academia, expresaría también la idea de vínculo por derivarse del godo vidam, enlazar.

De las investigaciones filológicas se desprende que el matrimonio equivale a "un vínculo jurídico y solemne entre varón y mujer para el engrandecimiento de prole, garantizando la protección de la madre y las relaciones de convivencia".

Todos los autores convienen en que el matrimonio es un género de unión sexual. Las notas que lo distinguen de las otras uniones sexuales son las de plenitud, permanencia, religiosidad y legalidad, según se atiende a una o a otra, así en el concepto que del matrimonio se formula.

La idea de plenitud aparece preferida por los filósofos en el sentido de psicofísica. La idea de permanencia se refleja en el concepto dado por los sociólogos para los cuales el matrimonio es una especie de sociedad permanente o duradera entre varón y mujer. En cambio la nota de legalidad predomina en las definiciones de los juristas, aunque ya Kant había dicho que el matrimonio era "el comercio sexual según la ley" y Hegel, con más elevación que el matrimonio era "el amor moral sancionado por la ley", en especial de los civilistas franceses, para los cuales el matrimonio no es sino la unión de dos personas de sexo diferente que ha sido consagrado por la ley.

La nota de plenitud combinada con la religiosidad ha inspirado la definición de Walter "unión de hombre y mujer que tiene por fin establecer entre ellos la más estrecha comunidad de existencia, que está formada por el amor y la felicidad, y elevada por la religión a la santidad de sacramento".

Teniendo en cuenta estas notas puede definirse el matrimonio como: la unión plena permanente, religiosa y legal entre personas de sexo distinto. Pero de estas cuatro notas, la de la legalidad afecta más a la forma que al fondo, y la de permanencia está comprendida en la de plenitud, pueden reducirse todas ellas a las dos de plenitud y religiosidad y aun esta última puede quedar incluida en la primera, en cuanto presupone la unión de las almas y de los cuerpos.

Esta nota de plenitud es la que descuella sobre todas y aparece en los códigos sagrados desde el Génesis (duo in carne

una), hasta el Manú (el varón forma con su mujer una sola persona), constituyendo el carácter distintivo del matrimonio, que es el aproximar, perfeccionar a un hombre y una mujer fundiéndolos en una individualidad superior, carácter que aparece en la definición romana de Modestino y en la de Santo Tomás de Aquino (*conjunctio corporum et animorum*), Modestino lo definió así: *Maris et feminae conjunctio omnis vitae consortium ac humani juris communicatio*".

Ulpiano a su vez dijo: "*Nuptiae sive matrimonium et viri et mulieres conjunctio, individuam vitae continens*".

Las fórmulas que los romanos empleaban para definir el matrimonio ya no son exactas. Según las ideas antiguas, el matrimonio tenía por esencia el establecimiento de la igualdad entre los dos esposos: "*individua vitae consuetudo, consortium omnis vitae, divini atque humani juris communicatio*".

En una sociedad dividida en clases, en donde existe una jerarquía social de personas, y en la que cada familia tiene su culto particular se concibe que la ley traduzca bajo esta forma el carácter de la unión que sanciona.

Este efecto era el que llamaba más la atención y era suficiente para caracterizar la unión legal y para distinguirla del concubinato, simple unión de hecho. Pero en los pueblos modernos, donde las distinciones sociales han desaparecido de las leyes, subsistiendo sólo en las costumbres, la definición romana no tiene ya sentido.

El matrimonio tiene fuerza obligatoria, es una unión que no se disuelve a gusto de los esposos, y que por su naturaleza, debe durar tanto como ellos vivan, cuando se casa uno, se liga jurídicamente, se obliga uno.

Para M. Planiol el matrimonio moderno es un contrato, cuyo respeto impone la ley, que no permite romper y que sanciona, el adulterio es un delito. Poco importa que ésta fuerza obligatoria del matrimonio moderno la reciba de la religión o de la ley; ella es su verdadero carácter.

En la época romana el matrimonio no se celebraba para asegurar la fidelidad de los cónyuges; el divorcio era libre, tenía lugar sin causa determinada, sin juicio, podía hacerse también, con el nombre de "repudium", por voluntad de uno solo de los esposos; las "justas nuptiae" eran tan frágiles como el "concubinatatus".

El hecho que cambió la concepción del matrimonio, es el establecimiento más o menos total de su indisolubilidad. Se produce en la forma de una reglamentación restrictiva del divorcio, actualmente, los rasgos esenciales del matrimonio, los únicos que merecen figurar en primera línea en su definición, con su fuerza obligatoria y su duración.

Con base de estos principios M. Planiol define así el matrimonio: "es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden disolver a su gusto". Baudry Lacantinerie nos define el matrimonio de la siguiente manera: "es la unión legítima de dos personas de sexo diferente desde el doble punto de vista de fundar una familia nueva y de prestarse mutua ayuda y asistencia".

En estas definiciones ya se ve el matrimonio bien como contrato civil que permite la disolución del mismo, bien como acto jurídico indisoluble.

En nuestros códigos Civiles de 1870 y 1884 inspirados en estas ideas consideran el matrimonio como un vínculo indisoluble, y ambos definieron el matrimonio como: "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".

La ley sobre relaciones familiares, en el art. 13 establece: "El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

En el Código vigente ya no se contiene una definición de matrimonio de tal suerte que ya no se le caracteriza como un

contrato, pero diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría de contrato.

Así tenemos el art. 156 que expresamente reconoce el carácter contractual del matrimonio al decir: "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio . . . Posteriormente en diversos artículos de la ley vuelve a aceptar el carácter contractual de la institución.

Por ejemplo en el 178 dice: "El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes".

Por otra parte, el art. 130 de la Constitución de 1917 declara terminantemente: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan".

Aun cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917 tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio.

Por esto en el art. 130 de la Constitución de 17, se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil.

Es decir, no debe considerarse, que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto.

Punto muy discutido ha sido el relativo a la naturaleza jurídica del matrimonio, habiendo sido considerado desde varios aspectos, los cuales trataremos de una manera muy parca, por razón de que como ya dijimos al principio, no es el matrimonio el objeto de este estudio.

Ha habido gran desacuerdo entre los autores, acerca de la naturaleza del matrimonio y lo han considerado:

1o. Como institución. En éste sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio.

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

Desde este punto de vista se estudia el matrimonio tomando en cuenta sólo su aspecto de sistema normativo y se prescinde del acto jurídico que le da origen, así como del estado que crea entre los consortes. Exclusivamente se atiende al aspecto normativo externo que organiza el derecho objetivo en razón de las finalidades del matrimonio. Es decir, se toma en cuenta sólo la estructura legal que en forma destacada viene a terminar el conjunto de derechos y obligaciones que caracterizan al estado matrimonial.

2o. Como acto jurídico condición. Dado por sabido lo que significa este acto, por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Un sistema de derecho es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

De acuerdo con lo expuesto podemos encontrar en la definición del matrimonio todos los elementos que caracterizan el

acto condición, ya que implica una manifestación plurilateral de voluntades (la de los contrayentes unida a la declaración que hace el Oficial, del Registro Civil) que tiene por objeto crear un estado permanente de vida entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones recíprocas, así como relaciones permanentes que no se agotan por el cumplimiento de las mismas, sino que siguen renovando de manera indefinida.

3o. Como acto jurídico mixto. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil.

Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

4o. Como contrato ordinario. Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en la doctrina como en el Derecho positivo, se le ha considerado como contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes.

Asimismo se requiere que exista la capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no esté viciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez que deben observarse en todo contrato consistentes respectivamente en la capacidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto, motivo y fin del acto.

Vigliane el gran jurista nos dice al respecto: "No es cierto llamar contrato al matrimonio por fundarse éste sobre el consentimiento de los cónyuges, el matrimonio es una gran institución social que nace de la voluntad del marido y de la mujer, pero que recibe de la exclusiva e inmutable autoridad de la ley su forma, las normas que lo rigen y los efectos que produce.

La concepción del matrimonio, es más elevada y más compleja que la del contrato; la ley civil al regular el matrimonio como institución social y jurídica, unión igual e invariable en todos los casos como tipo predeterminado que la voluntad de los contrayentes no puede modificar en nada a su arbitrio, como en los contratos, no es otra cosa que un régimen positivo subordinado a la ley natural y moral, mucho más incompleto y menos comprensivo que el de ésta, respecto al matrimonio mismo en tanto que este es según se ha dicho: "una esencia natural, una relación moral, una institución ética y un orden superior de la vida, que toma del derecho tan sólo las formas y condiciones que en lo jurídico-positivo son necesarias para su existencia y garantía en el orden social".

5o. Como contrato de adhesión. Como una modalidad en la tesis contractual se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para establecer derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. En el matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerle en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados.

6o. Como estado jurídico. Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión con el Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su cele-

bración. En este sentido, el matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Presentándose el matrimonio como un estado de derecho, en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho.

Concluimos este preliminar análisis sobre el matrimonio exponiendo algunos fines de esta institución, entre los cuales se señalan: satisfacción del instinto genésico, moralización del amor, procreación, educación de la prole, felicidad mutua, auxilio recíproco, etc.

Es un error pretender que el matrimonio tiene uno solo de estos fines, ya que todos pueden ser realizados en él.

Hay autores que sostienen un punto de vista unilateral; entre ellos Kant, para el que el fin del matrimonio era únicamente el goce mutuo de las facultades genitales; Schopenhaur le asigna por fin la generación futura, resultando así absorbidos los fines individuales por los de la especie, Aristóteles no se limitó a señalar un solo fin al matrimonio si el de la procreación de los hijos y el de complemento mutuo de los esposos.

Sánchez Román distingue un fin próximo (la constitución de una comunidad plena y perfecta entre dos individuos de sexo diferente), y un fin remoto (la conservación de la especie). El mismo autor nos dice: "Es fin del matrimonio la constitución legítima de la sociedad conyugal, base de la familia, con arreglo a las leyes que rigen su celebración, lo mismo en su aspecto de esencia natural, y más si cabe en su consideración positiva de institución civil, por lo que al Derecho Social toca, y en la de su misma legitimidad religiosa, en lo que a éste otro aspecto del matrimonio se refiere".

Santo Tomás de Aquino señala tres fines principales del matrimonio: La procreación, la educación de la prole y el mutuo auxilio.

El fin uno e indivisible del matrimonio es la integración sexual humana realizada en todos los órdenes.

El matrimonio es al mismo tiempo un medio para el mejoramiento y felicidad de los individuos, para la moralización de las relaciones sexuales, para el fin de la sociedad, de la Iglesia y del Estado.

El matrimonio para cumplir sus fines necesita reunir ciertas condiciones siendo estas: unidad, indisolubilidad y legalidad, las cuales constituyen su naturaleza.

Reuniendo el matrimonio los requisitos y cumpliendo sus fines está desde luego conforme con la ley natural y debe ser protegido por el Derecho Positivo. El estar interesada la sociedad en que los afectos de la unión conyugal sean efectivos, debe el derecho cobijarla bajo su manto; procurando que el matrimonio sea realmente en la sociedad lo que debe ser según la ley natural.

En fin el matrimonio es necesario para la especie y voluntario para el individuo.

En el primer caso ya que sin él se extinguiría el género humano o se reproduciría en condiciones que no serían conforme a la naturaleza racional del hombre.

Es voluntario al individuo por no ser preciso para la perpetuidad de la especie que todos los hombres contraigan matrimonio, ya porque los cuidados y cargas que lleva consigo el matrimonio no pueden imponerse a quien voluntariamente no los acepte, ya finalmente porque debe abandonarse a la voluntad individual, aunque dentro siempre de las condiciones esenciales del matrimonio, la elección de la persona y época en que hayan de contraerse.

Para concluir podemos decir que instituciones como la del matrimonio, que nacen con la sociedad, son comunes a todos los tiempos, subsisten en la variedad de alteraciones y reformas, en la evolución constante que descubre el cuadro de los progresos humanos; instituciones que sobreviven a esos cambios pro-

fundos, a esos choques violentos de civilización que se suceden y de épocas que se sobreponen; instituciones, en fin que son una entidad necesaria, una realidad suprema de la vida social; ocupan el preferente lugar que el derecho positivo las señala, se ingieren en los dogmas religiosos, penetran en los más íntimo de la vida, y conservan al tiempo que el nombre con la ley las designa, cierta inmutabilidad que es como esencial condición que las perpetúa en las sociedades.

Varién las leyes, sucédanse las escuelas, refórmense las doctrinas religiosas, pero siempre será el matrimonio el cumplimiento de un fin superior que nos liga a la Sociedad.

D I V O R C I O

C o n c e p t o .

Aunque el matrimonio es por su naturaleza indisoluble, la experiencia prueba que pueden producirse, situaciones tales que hagan imposible al menos por cierto tiempo, la comunidad de vida, afectos e intereses que deben existir entre los cónyuges; y para evitar que el mal se agrave como el escándalo se recurre al divorcio; que en su acepción general puede definirse así: cesación de la vida matrimonial en vida de ambos cónyuges y después de consumado el matrimonio.

Al estudiar la etimología de la palabra divorcio, vemos que ésta proviene del verbo latino "divertirse" disentir, (a diversitate mentium) y a de que los cónyuges marchan como en distintas direcciones (in diversas partes eunt).

Se diferencia el divorcio de la disolución y de la nulidad del matrimonio; de la primera, en que el divorcio no siempre la produce y aun en aquellos países y casos en que el divorcio disuelve el matrimonio, se trata del matrimonio consumado, mientras que la disolución se refiere principalmente al rato (perfecto v no consumado), de la nulidad, en que ésta hace que no exista el matrimonio que el divorcio presupone.

C l a s e s .

Los tratadistas y las legislaciones distinguen dos clases de divorcio: el absoluto, vincular o en cuanto al vínculo (quod vin-

culum) y el relativo separación de cuerpos o de mesa y lecho (quod thorum et habitationem): según que la cesación lleve consigo la disolución completa del vínculo conyugal y la extinción de los efectos del matrimonio quedando los cónyuges libres para celebrar nuevas nupcias, o produzca la simple suspensión o separación de los cónyuges en cuanto a la cohabitación dejando subsistente el vínculo matrimonial y ciertos efectos derivados del mismo como el de la fidelidad conyugal y el derecho de alimentos.

H i s t o r i a .

Entre los antiguos se permitía el libelo de repudio dado por uno de los cónyuges al otro con ciertas solemnidades.

En Grecia una ley de Solón determinó que el derecho de repudiar en determinados casos correspondía a ambos cónyuges.

Entre los hebreos era un derecho del marido, que éste podía ejercitar por escrito ante notario, aunque sin necesidad de alegar causa alguna. En Roma se concedió solamente al marido, permitiéndose más adelante a las mujeres, a imitación de Grecia, llegándose a generalizar hasta el grado de corrupción, y si bien Constantino restringió sus causas, Constancio tuvo que doblegarse al imperio de las costumbres disminuyendo las restricciones, que abolió Honorio casi enteramente, permitiéndose el divorcio por mutuo consentimiento.

La Iglesia, recordando que Cristo había reprobado el repudio, excepto en casos de adulterio, no lo permitió jamás en el sentido civil, admitiendo solamente el divorcio relativo, lo que ha sostenido siempre, condenando el Derecho Canónico, al Divorcio absoluto y a sus defensores.

Es de advertir que entre el repudio de los antiguos y el divorcio existen ciertas diferencias, pues el primero era siempre absoluto o en cuanto al vínculo, tenía lugar contra la voluntad de una de las partes, siendo generalmente un derecho del marido, y

comprendía a los cónyuges como a los simples esposos; mientras el segundo puede ser relativo, solía aplicarse a la separación por mutuo consentimiento, puede pedirse por el marido o la mujer y sólo tiene lugar entre los cónyuges.

La doctrina del Derecho canónico fué aceptada por los países cristianos, así en las Leyes de Partida se admitió por completo el derecho de la Iglesia, declarando que una vez consumado, "siempre finca firme el casamiento maguer acaesciense que los oviesen a departir por razón de adulterio". (Ley V, título 10, Partida 4a). El divorcio tiene un ilustre y antiquísimo abolengo.

Fué practicada, efectivamente, la separación legal de los casados en casi todos los pueblos antiguos. En la India y en la Mesopotamia, en Fenicia, en Egipto, en la legendaria y hermética China, en la pagana Grecia, en el pueblo nómada "elegido de Dios" en la Roma fastuosa y docta en las cuestiones del derecho.

Y de estos antecedentes históricos, ilustres en verdad, se ha querido sacar argumento en pro del divorcio.

El divorcio estaba establecido en las legislaciones de todos los pueblos de la antigüedad. Pero también estaba establecida la esclavitud, y no sólo establecida sino difundida y justificada por los más altos representantes de la antigua sabiduría, Platón y Aristóteles, y no por eso deberá sostenerse que esa institución era justa y legítima; antes bien, la consideramos como una lepra.

Cuando estudiamos la historia de las antiguas civilizaciones nos encontramos con que la institución que tratamos se hallaba reglamentada en la siguiente forma:

EGIPTO.

Las causas de disolución del matrimonio en Egipto, fueron la muerte, el divorcio, el repudio y el abandono, por más que en realidad se reducen a las dos primeras, puesto que en el divorcio no intervenían los tribunales, siendo la forma de su práctica un

verdadero repudio, así como en el fondo de este derecho se resolvía en el abandono del cónyuge repudiado.

La muerte producía la libertad de contraer nuevas uniones, lo mismo al viudo que a la viuda, sin que las leyes ni las costumbres egipcias ofrezcan idea de la menor repugnancia a las segundas nupcias. La mujer viuda por la muerte de su marido, gozaba del plazo de un año para devolver a los parientes de aquél los bienes del mismo, que estuvieran disputando por el régimen de la comunidad.

El divorcio es de dudosa existencia en Egipto, y lo primero que aparece es la idea del repudio con causa grave. Primero empieza a permitírsele al marido, y luego a la mujer, pero sólo cuando ésta se reserva la facultad de utilizarlo, estableciendo al efecto la correspondiente cláusula contractual, después vino un segundo período en que la mujer llegó a poder divorciarse, no sólo por virtud de esta previsión y reserva en el contrato, sino también sin necesidad de causa ni razón alguna en que la mujer podía reservarse utilizar ella sola el divorcio mediante pacto consignado a este efecto en el contrato matrimonial. Se llegó a generalizar de tal manera el divorcio en términos que no se celebraba un matrimonio sin esta cláusula especial, en previsión del mismo.

(Sánchez Román, Vol. 5. Pág. 93).

INDIA.

En la India antigua se reconoció al marido el derecho de repudio pero no aparece nada establecido en las leyes respectivas del divorcio, ni como causa que restringiera la voluntad del marido para ejercer aquel derecho, de repudiar a su mujer.

En el Código de Manú se enumeran varias causas determinantes del repudio: tales como la de contradecir la mujer al marido, tener malas costumbres, estar afectada de una enfermedad contagiosa, entregarse a las bebidas enervantes, ser estéril, caso

en el que podía ser repudiada al octavo año; haber muerto todos los hijos, en cuyo supuesto el plazo se ampliaba al décimo año, e inmediatamente en los casos que la mujer hablara al marido con acritud.

Aconsejaba este Código al marido que soportara durante un año la mujer a quien tuviera aversión, y pasado este plazo, si continuaba inspirándole tal sentimiento, abandonara su compañía, pudiendo hacerse cargo de los bienes, sin más que dejarle lo preciso para las atenciones de su vida ordinaria.

No se establecen medidas protectoras para la mujer. Aunque el marido se ausentara por largo tiempo no por eso recobrabá ésta su libertad de contraer nuevas nupcias, a pesar de no haberle dejado recursos y sólo pasado cierto plazo, según los casos de ausencia, tenía el derecho de salir en su busca. (Sánchez Román, Vol. 5, pág. 101).

PERSIA ANTIGUA.

En la antigua Persia la familia aparece organizada bajo el tipo patriarcal. Un escritor la escribe en estos términos: "Una mujer legítima que ha sido comprada a sus padres; al lado de ella un número mayor o menor de concubinas, según la fortuna del jefe de familia; y sobre todo, éste con derechos de vida y muerte sobre la mujer, sobre la concubina y sobre los hijos.

El poder marital era despótico, sin duda, de este concepto absoluto del poder marital derivase el derecho de repudio de la mujer a la libre voluntad del marido. En el *Send-Avesta*, código de la antigua Persia no se dice nada del adulterio. (Sánchez Román, Vol. 5. Pág. 105).

CHINA.

En el primitivo derecho Chino, no se castiga el adulterio del marido, y sí sólo el de la mujer.

El matrimonio puede disolverse en China por el repudio, derecho otorgado sólo al marido con bastante extensión y casi a su arbitrio, reconociendo como causas, que lo motiva el de un carácter de maledicencia en la mujer, una genialidad celosa de su parte, cualquier enfermedad crónica y toda propensión a contraerla; sirviendo de excepción contra tal repudio, hasta el punto de hacer imposible la circunstancia de que la mujer haya llevado luto por los padres de su cónyuge en el espacio de tres años, como una consecuencia de la alta consideración de la familia en China.

Las segundas nupcias ofrecen en general, repugnancia sobre todo cuando se trata de las celebradas por la mujer, por la idea de que significan poco respeto y fidelidad a la memoria del primer matrimonio.

(Sánchez Román. Vol. 5. Pág. 109).

HEBREOS.

El repudio fué conocido y practicado entre los hebreos como una facultad atribuída sólo al marido, derivada por una parte de la autoridad marital y por otra de la falta de personalidad de la mujer casada.

El derecho hebraico, sobre todo el primitivo fué en extremo complaciente con los hombres en orden a este punto. El marido podía repudiar a su mujer por cualquier disgusto que le produjera un defecto más o menos vergonzoso de ésta. Sólo era preciso que el marido al repudiarla, le expidiera la carta de divorcio, expresiva de las razones en que el mismo se fundaba.

Es incuestionable a todas luces que entre los hebreos hubo divorcio absoluto o como prefiere llamarlo Galiano, repudio de la mujer.

En el quinto libro de Moisés, conocido también por el nombre de Deuteronomio, se encuentran estos versículos, de claro contenido:

"1.—Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa torpe, escribirá carta de repudio, y se la entregará en su mano, y despedirla de su casa".

"2.—Y salida de su casa podía ir y casarse con otro hombre".

"3.—Y si la aborreciese (a-que-este) último, y le escribiere carta de repudio y se la entregare en su mano, y la despidiere de su casa, o si muriese el postrer hombre que la tomó para sí por mujer".

"4.—No podrá su primer marido que la despidió, volverla a tomar para que sea su mujer, después que fué mancillada; porque es abominación delante de Jehová, y no has de pervertir la tierra que Jehová tu Dios te da por heredad".

Según se desprende de los anteriores versículos, no era necesario para que pudiera disolverse el matrimonio, una causa determinada; bastaba con que al marido algo le pareciese desagradable o torpe en la mujer.

El procedimiento para obtener el divorcio como se ve, era sencillo: se escribía el libelo de repudio, se ponía en manos de la mujer y se despedía a ésta de la casa conyugal. Por tales hechos quedaba la mujer de tal manera desligada del marido, que podía casarse con otro, la única prohibición vigente era la de que se volvieran a casar quienes habían sido ya marido y mujer.

El divorcio también podía ser solicitado por la mujer cuando el marido no rendía el débito, o llevaba vida desordenada, o la maltrataba, todo esto sucedió en la época del Derecho hebraico posterior sin embargo de tenerse muy poco en cuenta, los derechos de la mujer con relación al repudio o divorcio, éste podía provocarse por la esposa, pero aun en este caso en el que el divorcio era provocado por la mujer y admitido en su beneficio, se suponía que era el marido el que repudiaba o despedía y no viceversa.

En cambio, el hombre, era "casi libre" para el repudio; pero no libre de una manera absoluta, pues había un sinnúmero de causales que podía alegar. Por ejemplo, el no haber encontrado en la mujer cualidades que tuvo en mira al desposarla. Si la mujer no era virgen al casarse, el marido podía pedir contra ella la pena de muerte o el divorcio a elección. Otras causales a favor del varón: El que la mujer se negase a consumir el matrimonio. El que gastase bromas con un joven, el que diese a su esposo comida fermentada y el que se pasease con la cabeza o el brazo descubiertos.

Existían ciertas causales comunes a los cónyuges, tales como: la esterilidad de la mujer y la impotencia del hombre, a los diez años de casados; enfermedad "insoportable como la epilepsia o contagiosa como la lepra", el cambio de religión o ausencia de uno de los esposos.

El libelo de repudio se entregaba ante dos testigos hebreos y que como la mayoría de los hebreos no sabía escribir se veían en el caso de recurrir al sacerdote para que les escribiese el libelo de repudio, lo cual, gracias a los buenos oficios del sacerdote solía tener por resultado la reconciliación de los cónyuges.

El divorcio en el Nuevo Testamento.

Jesucristo no ve el matrimonio un mero contrato que puede disolverse por la voluntad de los casados; ve el dictado de Dios, el Sacramento. Y por eso condena el divorcio; no obstante que hay efectivo peligro para sí en hacer tal condenación ante fariseos y levitas.

Tres son los testimonios principales que la Biblia nos da sobre este punto. El primero, contenido en el Evangelio de San Mateo. El segundo, en el San Marcos, y el tercero en el de San Lucas.

Dichos testimonios dicen:

San Mateo, Cap. V, versos, 31 y 32:

“31.—También fué dicho: cualquiera que repudiare a su mujer, dele carta de divorcio”:

“32.—Mas yo os digo, el que repudiare a su mujer, fuera de causa de fornicación hace que ella adultere; y el que se casare con la repudiada comete adulterio”.

San Marcos, Cap. X, verscs. 2 a 12.

“2.—Y llegándose los fariseos, le preguntaron, para tentarle si era lícito al marido repudiara a su mujer.

“3.—Mas El, respondiendo les dijo: ¿Qué os mandó Moises?

“4.—Y ellos dijeron: Moisés permitió escribir carta de divorcio y repudiar.

“5.—Y respondiendo Jesús, les dijo: por la dureza de vuestro corazón os escribió este mandamiento.

“6.—Pero al principio de la creación, varón y hembra los hizo Dios.

“7.—Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre, y se juntará a su mujer.

“8.—Y los que eran dos, serán hechos una carne: así que no son más dos, sino una carne.

“9.—Pues lo que Dios juntó, no lo separe el hombre.

“10.—Y en casa volvieron los discípulos a preguntarle lo mismo.

“11.—Y les dice: Cualquiera que repudiare a su mujer, y se casare con otra, comete adulterio contra ella;

“12.—Y si la mujer repudiare a su marido y se casare con otro comete adulterio.

San Lucas, Cap. XVI, versc. 18:

“18.—Cualquiera que repudie a su mujer y se case con otra, adúltera; y el que se casa con la repudiada del marido, adúltera”.

El contenido del versículo 32, V de San Mateo, transcrito, ha dado motivo para largas discusiones de teólogos y canonistas.

GRECIA.

El divorcio y el repudio eran instituciones conocidas y practicadas en Atenas. Si bien es verdad que el matrimonio, se celebra con la aspiración y propósito de la perpetuidad por parte de los contrayentes, podía disolverse, mediante el divorcio o el repudio.

Al marido corresponde un derecho ilimitado de repudiar a la mujer sin necesidad de alegar causa y sin formalidad alguna, aunque de ordinario tiene lugar ante testigos, pero no con el carácter de solemnidad necesaria.

Por consecuencia de tal repudio, la mujer volvía a su casa llevando su dote, y su ajuar, pero no podía retener a sus hijos a su lado, los cuales se quedaban en compañía y bajo el poder del marido.

Se le reconocía también el derecho de pedir el divorcio judicialmente y de acudir a los ascendientes alegando sevicia o abandono.

(Sánchez Román, Vol. 5, Pág. 124).

ROMA.

Aunque al parecer, el divorcio fué admitido legalmente desde el origen de Roma, —según Cicerón el divorcio estaba permitido por la Ley de las XII tablas, sin embargo los antiguos roma-

nos no disfrutaban de esta libertad, que sin duda no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas.

Todos los jurisconsultos romanos indican que siendo el matrimonio una institución fundada en el mutuo consentimiento, por el mutuo consentimiento se disolverá también; y aún el mismo Justiniano dice, en oposición al derecho canónico, que siendo el matrimonio naturalmente humano es disoluble.

Pero acerca de si este concepto existió siempre y en todos los casos en el derecho romano, hay dos opiniones: la primera dice que sí y que el divorcio dependía del capricho de los cónyuges; en cambio otros profesan la doctrina más verosímil, de que si las nupcias eran farreadas, era indisoluble el matrimonio, a no ser por la muerte.

Confirman esta opinión varios textos, entre ellos: primero Aulogelio dice: "no es lícito se disuelva el matrimonio de los flamines (el farreado) a no ser por la muerte; y Dionicio de Halicarnaso añade que eran indisolubles los matrimonios farreados. 2º Apuleyo en el cuento titulado Espiche en el que supone que Júpiter casa a ésta con Cupido en el cielo y en la tierra con el "flamines" en su representación, pone en boca de Júpiter las siguientes palabras: "Jam falso nuptias legitimas et jure congruas", y dándola a beber el nectar, "sume Espiche et immortalis esto nec cumquam discredietur a tibi nexo Cupidon, sed isti bonis erunt perpetua nuptiae" fórmulas arcaicas en las que se ve la indisolubilidad del matrimonio religioso, especialmente en las palabras "sed iste bonis erunt perpetua nuptiae"

3º En Plutarco se lee una ley regia, atribuída a Rómulo en el cual se ponen restricciones al divorcio, aun con consentimiento de los cónyuges, por ella en primer término se niega a la mujer el derecho para repudiar al marido, siéndole a ésta lícito repudiar a la mujer solamente por hacer uso de venenos, por adulterio y por sustracción de la llave de la bodega del vino, pues en Roma este líquido estaba prohibido a la mujer y si la repudiaba en otro caso perdía su patrimonio, dándose la mitad a Ceres y otra mitad

a lam ujer inocente, como compensación; se pone en duda la autenticidad de estas leyes, que expresaban admirablemente el derecho consuetudinario de los más antiguos tiempos.

Tratándose del matrimonio cum manus, la esposa era como una hija bajo la autoridad paterna, tan sólo podía repudiar al marido, —reducíase a un derecho de repudiación la facultad de divorcio en estas uniones—, quien en virtud de la manus podía reclamar a la mujer si abandonaba la casa; y aún tenía la actio furti para perseguir al encubridor de ella, hasta el grado de que en el más antiguo derecho se le concedía la acción reivindicatoria; pero si el matrimonio era sin-manu, —muy raros, por cierto los dos esposos tenían derechos iguales, así la mujer podía repudiar al marido fuese ella alieni-juris, ora sui-juris, y en el primer caso también el padre podía reclamarla y sacarla de la casa del marido; en el segundo, la mujer podía separarse por su sola voluntad, disolviéndose el matrimonio al cesar la cohabitación física.

Puede decirse que si bien las antiguas nupcias farreadas eran indisolubles, esto tuvo lugar en los primeros tiempos, pues pronto se conoció la “disfarreatio” acto contrario, opuesto a la “confarreatio”.

En el matrimonio por “coemptio” y “usus”, la disolución en vida de los cónyuges tiene lugar por el negocio jurídico de la “remancipatio” o sea la venta aparente de la mujer entregándola “in mancipium”, esto es, en situación análoga a la de la esclava y por la sucesiva manumisión efectuada por el comprador.

La disolución de estos matrimonios por “remancipatio”, más que un negocio jurídico celebrado entre las partes con equivalencia de voluntades del marido y la mujer, es en el fondo un acto unilateral de despido o repudio realizado por el marido.

“La voluntad de la mujer no puede ni promover el divorcio ni impedirlo”. (Hhom).

En la época Republicana, esta manifestación psíquica se manifiesta por la separación material, acompañada de la declaración de uno u otro cónyuge o querer romper el vínculo del matrimonio (repudium).

Pero esta declaración no era obligatoria, y por lo mismo podía atentarse impunemente al principio de la monogamia, puesto que la celebración de un segundo matrimonio podía interpretarse como tácita cesación de la *affectio* del primero.

La ley Julia de *Adulteris* impone la obligatoriedad del repudio y exige que intervengan en él siete testigos y un liberto encargado de transmitirlo al otro cónyuge (*nunci*); también es frecuente la redacción de un *libellus* de repudii.

Al principio las costumbres austeras de Roma no eran propicias a los divorcios. El repudio que no estuviese justificado con graves razones (adulterio de la mujer, haber bebido vino) fué castigado con normas religiosas con la consagración de Ceres de una parte de los bienes del repudiante y luego por los censores con los modos propios de esta magistratura.

La decadencia moral de los últimos siglos anteriores a Cristo hicieron muy frecuentes los divorcios, llegando las mujeres a contar sus años por los maridos que habían tenido, Juvenal nos cuenta que hubo mujer que en el espacio de cinco años había estado sucesivamente en los brazos de ocho maridos; San Gregorio, en una de sus cartas se lee el caso de maridos que tuvieron 22 mujeres y viceversa.

El más fútil motivo era causa de divorcio, y hasta llegó a especularse con él, siendo este desenfreno causa de algunas disposiciones para reprimirlo es así como las leyes caducarias prohibieron a la manumitida casada con su patrón divorciarse contra la voluntad de su marido.

Los emperadores Cristianos para frenar los divorcios muy comunes exigen que los mismos estén justificados en causas taxativamente determinadas, castigando al cónyuge que lo provoque sin concurrir a éstas.

Constantino establece que el marido puede repudiar impunemente a la mujer que haya incurrido en adulterio, cometido delito de envenenamiento, o ejercido artes mágicas; y que la mujer puede igualmente repudiar al marido, reo de homicidio, de envenenamiento y de violación de sepulcros.

El divorcio no justificado en las causas enumeradas da lugar en el hombre a la incapacidad para contraer nuevo matrimonio y en la mujer a la deportación.

Valentiniano III y Teodosio II amplían la lista de los delitos que, cometidos por un cónyuge, justificar en otro el ejercicio del derecho de repudio, y mitigar las penas impuestas en los divorcios injustificados reduciendo las de la mujer a la pérdida temporal de su capacidad para contraer nuevo matrimonio y la del marido a la pérdida de los lucros nupciales.

Refiriéndonos al Derecho establecido por Justiniano, procede distinguir:

a). — Divorcio por mutuo consentimiento (Bona gratia). Sólo podía disolverse impunemente el matrimonio de esta manera por hacer voto de castidad o por impotencia del marido pasados tres años de vida marital.

No siendo por una de estas causas los divorciados debían permanecer toda su vida en un convento, sucediéndoles los hijos en sus bienes; en defecto de los hijos los ascendientes, y a falta de éstos el convento.

b).—Divorcio por el disenso de un solo cónyuge. Podía ser sin causa legítima o con ella.

a).—Sin causa legítima. El que provocaba era recluído en un convento, perdiendo la dote o la donación propter nuptias, y si no había ni una ni otra, la cuarta parte de sus bienes a favor del cónyuge inocente.

b).—Por causa legítima. El que los provocaba o pedía quedaba impune; pero las penas mencionadas pesaban sobre él que hubiese dado motivo para el divorcio.

Causas legítimas de Divorcio.

Eran justas causas:

a).—Para ambos cónyuges. Ser su consorte cómplice de crímenes contra el estado o contra la vida del cónyuge, y la ausencia o cautividad sin tener noticias del ausente o cautivo durante cinco años.

b).—El marido podía repudiar a la mujer: cuando contra su voluntad concurría a baños o convites, o permanecía fuera de la casa a no haber sido expulsada por él mismo, si contra su voluntad o con ignorancia del marido tomaba parte en los espectáculos públicos, haber puesto en acechanza la vida de su marido, conducta irregular y sospechosa y haber cometido adulterio.

c).—La mujer podía intentar el divorcio: cuando el marido la inducía al adulterio o atentaba a su castidad; cuando con menosprecio de su esposa tenía concubina en su propia casa o frecuentaba notoriamente en otra casa de la misma Ciudad; cuando la acusaba falsamente de adulterio sin probarlo, y por impotencia probada durante tres años.

Justiniano para frenar los divorcios requiere además en Nov. 22, cap. 19, para que sean válidos que los consientan los parientes que deben dar su contentimiento al matrimonio.

Era importante determinar el momento en que el matrimonio acababa por el divorcio para poder saber si eran ilegítimos los hijos habidos después de éste, así como para la prohibición de las donaciones.

Por el divorcio quedaba disuelto el matrimonio, siendo regla general que el cónyuge no hubiera sido condenado, podía contraer nuevo enlace: el marido desde luego; la mujer desde que transcurra el año de luto, o antes si nace un hijo.

Entre otros efectos está: si la mujer era culpable, perdía todo derecho a la donación propter nuptias y aquella parte de la dote que se hubiese estipulado; si el culpable era el marido, adquiría la mujer una porción de la propter nuptias igual a la estipulada en cuanto a la dote para el caso de que ella fuese la culpable.

Y finalmente, los hijos quedaban en poder del cónyuge inocente; los gastos de su educación debían ser costeados por el padre, y, siendo éste indigente, por la madre.

Dato comúnmente aceptado, que nosotros no estamos en capacidad de comprobar ni de impugnar, es el de que fué Carvilio Ruga el primer ciudadano romano que se divorció, lo cual tuvo lugar, hacia el año de 515 de la fundación de Roma.

(Derecho Romano. E. Petit. Pág. 109, Agustín Verdugo. Vol. 3, pág. 9-21 y Enciclopedia Universal Espasa Calpe, pág. 1666 y 1667).

PUEBLOS CELTAS.

La familia Céltica se halla establecida sobre la base natural del matrimonio y con las instituciones del poder marital y paterno.

Incidentalmente se menciona la disolución del matrimonio sólo por la muerte de uno de los esposos, y aunque éste ofrece un carácter religioso no puede deducirse de esto que fuera nota del mismo su indisolubilidad.

No quedaba la mujer repudiada en libertad para contraer nuevo matrimonio, a no ser que el marido se hubiese casado con otra, desde el cual instante era libre también ella para celebrar ulteriores uniones.

De todos modos, el primer matrimonio era el de mayor consideración moral dentro de las costumbres, en prueba de lo cual se registra, entre las leyes galas la disposición de que, si la segunda esposa era admitida en el mismo lecho que la primera, se concedía a ésta un derecho a cierta reparación por no haber respetado su recuerdo.

El repudio adquiría la condición de divorcio cuando había abandonado el domicilio conyugal la mujer a quien se castigaba, por faltar al pudor de su sexo, con la pérdida de la dote y la imposición de una multa.

Tampoco era desconocido el divorcio provocado por la esposa en virtud de determinadas causas físicas, tales como la impotencia, mal olor del aliento, e hidrofobia, y decretado, aquélla recobraba su dote y demás bienes de su pertenencia.

(Sánchez Román. Vol. 5, pág. 152).

Derecho Eclesiástico.

La doctrina cristiana permite el matrimonio de los legos, pero siempre muestra repugnancia a las ulteriores nupcias, hasta el punto de calificarlas de verdadero adulterio, si bien moderó luego tal rigor, siquiera afirmase cada vez más el principio de la indisolubilidad, proscribiese la idea del divorcio en cuanto al vínculo y la sustituyera por el divorcio en cuanto al tálamo y la mutua habitación, o sea la separación legal de los cónyuges respecto de la vida común, es decir no reconoce más divorcio que el relativo, en el cual el vínculo matrimonial queda subsistente.

El matrimonio no es para la Iglesia un mero contrato, es un sacramento, es la palabra de Dios. "Lo que Dios juntó no lo separe el hombre" (San Marcos, X-9). Así pues, siendo el matrimonio una institución de derecho divino, no hay potestad humana capaz de destruirlo. No sólo niega la iglesia el derecho de disolver el matrimonio a las autoridades civiles, sino que, rigurosamente en la palabra de Cristo se lo niega a sí misma.

A pesar de esto, admite la Iglesia la disolubilidad del matrimonio natural contraído entre infieles y aun cuando se haya consumado en el caso de que uno de ellos se convierta y el otro no quiera hacerlo y realice, además, determinados actos; pero tratándose del matrimonio contraído entre cristianos, como sacramento, sólo es disoluble en cuanto al vínculo el rato o no consumado, cuando uno de los cónyuges hace profesión solemne en religión, o se obtiene del Romano Pontífice, el consumado es indisoluble, rechazando el divorcio vincular, hasta el punto de que, por haberse negado a declarar el de Enrique VIII, se originó el Cisma Anglicano.

El Concilio de Trento ha definido esta doctrina en su sesión 24, cánones V-VI y VIII, penando con excomunión a los que sostienen la disolución del vínculo por causa de adulterio, herejía, cohabitación molesta o ausencia afectada al consorte, y definiendo que el matrimonio rato es disoluble por los votos solemnes de religión de uno de los consortes, y que el consumado es en todo caso indisoluble.

El derecho Eclesiástico sólo admite el divorcio *quoad thorum et habitationem*, al cual se puede añadir el divorcio solamente en cuanto al lecho. Este último es el que suspende la obligación relativa al débito conyugal, continuando viviendo los cónyuges bajo el mismo techo; pueden verificarlo hasta de común acuerdo, y hasta se les recomienda en tiempo de ayuno y penitencia, conforme al consejo de San Pablo a los Corintios.

El divorcio "*quoad thorum et habitationem*", sólo puede tener lugar por una causa legítima, pudiendo existir muchas, según enseña el mismo Concilio de Trento en el canon 8 de la sesión 24.

Las establecidas por el derecho o admitidas por los canonistas son:

a).—Por mutuo consentimiento de los cónyuges: pero sólo en el caso de profesión religiosa por parte de los dos, o de uno de ellos, admitiendo el otro voto perpetuo de continencia, con tal de que éste, por su edad y costumbres, esté exento de sospechas, o cuando el marido recibe órdenes sagradas, entrando la mujer en religión o quedando en el siglo con las expresadas condiciones.

Algunos autores sostienen que procede el divorcio por mutuo consentimiento, mediante licencia de la autoridad eclesiástica, en caso de reyertas escandalosas o incompatibilidad de caracteres, invocando Gómez Salazar y La Fuente un decreto sinodal del arzobispado de Toledo en que se aplica esa doctrina.

b).—A petición de uno de los cónyuges aun contra la voluntad del otro por las causas siguientes:

1.—Adulterio, tanto de la mujer como del varón, con tal sea cierto, consumado y manifiesto al menos moralmente, ya que la certeza material es casi imposible, no bastando los indicios, ni constituyendo adulterio los ósculos y tactos impúdicos.

Cesa la acción para pedir el divorcio por esta causa:

1º Cuando el cónyuge consiente el adulterio expresa o tácitamente, entendiéndose esto último cuando admite al lecho al adúltero o cohabita con él después de conocido el adulterio; 2º si ambos son reos del mismo delito; 3º si el adulterio fué inculpable bien por la violencia o miedo grave, bien por faude, y 4º si el marido prostituye a la mujer o la aconseja el adulterio, o al menos lo consiente.

2º Peligro de la salud espiritual o provocación a pecado mortal, cuando uno de los cónyuges provoca al otro a cometer graves delitos.

3º Sevicia o malos tratamientos discutiéndose si ha de ser o no calificada, es decir que ponga en peligro la vida, la opinión afirmativa es la más común, aunque muchos sostienen que basta que se cometan frecuentes actos de violencia, pero es insuficiente un Sevicia cualquier, a hija de arrebató del mal humor.

4º Crimen de Heregía o apostasía por parte de uno de los cónyuges.

5º Enfermedad contagiosa (como la lepra), si a juicio de los médicos puede comunicarse por la sola cohabitación; sin embargo Walter y otros autores sostienen que una enfermedad repugnante o contagiosa no basta para pedir el divorcio, sino que por el contrario, "debe servir de crisol para afinar el amor y la constancia de los esposos", si bien hay que reconocer que esto no puede imponerse.

Los divorciados vienen obligados a reintegrarse a la vida matrimonial tan pronto haya cesado la causa del divorcio, excepto en los casos de adulterio o de crimen de herejía o apostasía, que por eso se llaman causas perpetuas de divorcio.

En el caso de adulterio dicen muchos autores, que el marido viene obligado a divorciarse de la mujer, ya que "el que sigue con ella es necio e impío", así como para evitar que los hijos ilegítimos se mezclen con los legítimos; pero si la mujer se arrepiente y hace severa penitencia, aconseja la iglesia al marido que la admita por "espíritu de caridad", aunque sin obligarse legalmente a ello.

Respecto a la herejía y apostasía, el cónyuge inocente no viene obligado a reunirse con el lapso en el caso de que éste se convierta, cuando el divorcio se ha realizado con autorización de la iglesia; pero sí cuando la separación ha tenido lugar auctoritate privata.

Si después de dictada y ejecutada la sentencia de divorcio el cónyuge inocente adúltera, debe de restablecerse la unión; si el otro lo reclama, tanto porque la sentencia de divorcio no es declarativa de derechos cuanto porque es llegado el caso de non causa, ya que si los dos adulteran no hay lugar al Divorcio.

Mención especial merece el privilegio Paulino: Mediante el cual el matrimonio válido y consumado, si ha sido contraído entre no bautizados, o entre parte infiel y otra católica, sin la dispensa del impedimento de disparidad de cultos, puede ser disuelto por matrimonio del cónyuge bautizado, y no antes.

Se lleva este privilegio Paulino por encontrarse expreso en la primera Epístola a los Corintios (7-12-15) del apóstol San Pablo. Se halla reconocido este privilegio en el Canon 1111. Mas el privilegio Paulino es improcedente si antes no se han hecho al cónyuge infiel las interpelaciones canónicas, en las cuales se le conmina a abrazar la religión católica o, al menos, a cohabitar, con el cónyuge bautizado pacíficamente "sin ofensa del Creador".

Basándose el privilegio señalado, en un texto del Nuevo Testamento, resulta también de derecho divino. Por eso la palabra "infidel" se ha interpretado en sentido restringido, y no se aplica ni a los hebreos —que creen en el origen divino del Antiguo Testamento— ni a las diversas sectas protestantes que se basan en la palabra de Cristo.

El procedimiento para obtener el divorcio, lo ha establecido el Derecho Eclesiástico de la siguiente manera:

El cónyuge inocente puede separarse auctoritate privata en algunos casos que son: adulterio espiritual o lapso en herejía y persecución de muerte; pero fuera de estos casos es precisa la intervención del juez competente, que es siempre el eclesiástico, según ha definido el Concilio de Trento, en el cánón 12.

El juez competente es el Obispo, y el Vicario General si para ello tiene delegación de aquél.

Conforme a las Decretales el juez eclesiástico que conocía el Divorcio conocía también de todas las incidencias de éste; pero desde antiguo el juez eclesiástico conoce del divorcio en sí, perteneciendo a la competencia de los jueces civiles el conocer de los preliminares e incidentes (delito de adulterio, lesiones, depósito de la mujer, suerte de los hijos, etc.).

(Enciclopedia V. Espasa-Calpe, pág. 1667-1668. Sánchez Román, Vol. 5, pág. 164).

No hay que olvidar a quienes indican que el divorcio absoluto también procede por autoridad del Sumo Pontífice; pero es del caso recordar, que "ha resistido la Iglesia hasta la persecución por los decretos del Papa Nicolás I contra Lotario; de Urbano II y Pascual II contra Felipe I, Rey de Francia, de Celestino III e Inocencio III contra Felipe II de la misma nación; ha consentido hasta que se produjera el cisma y la herejía en Inglaterra y Escocia, por los decretos de los Papas Clemente VII y Pablo III contra Enrique VIII de Inglaterra; y en tiempos más recientes, Pío VII, prisionero de Napoleón, toleró en su propia persona los ultrajes de aquel soldado de fortuna, enorgullecido con ella, por no acceder a sus pretensiones de divorcio". (Tres generaciones ante el problema del divorcio. Lic. Barrios Gómez).

Para no alterar el orden examinaremos el Divorcio en otras confesiones religiosas, dejando a un lado las antiguas religiones asiáticas y hagamos referencia solamente a las religiones que empujando del cisma y modificándose a medida que cambian

las circunstancias, llegaron a estructurar sistema propio; para examinar en último lugar otros pueblos de la antigüedad.

La Iglesia Griega conocida con el nombre de Ortodoxa, que rechaza la autoridad papal, si bien admite la episcopal, reconoce ocho casos de disolución del vínculo conyugal.

De estos ocho casos, únicamente cita cinco el Pbro. Nicolás Marín Negueruela en sus Lecciones de Apologética (5a. Edición San Sebastián, I, II, 1939, pág. 264).

Son las causas citadas por dicho autor, las siguientes: 1.—El adulterio cometido por el marido con una mujer casada o el cometido por una mujer con un hombre cualquiera. 2.—La conjuración contra el estado, acompañada del destierro. 6.—La ausencia prolongada más allá de tres años. 7.—El cambio de religión posterior al matrimonio, y 8.—La condenación del marido a una pena infamante.

En cuanto a las confesiones protestantes, cabe hacer diferencias.

Calvinismo y Luteranismo, basándose en aquel conocido versículo de San Mateo (XIX, 9), afirman que el divorcio por adulterio puede ser absoluto, ya que San Mateo dice: "Todo aquel que repudiare a su mujer, si no por causa de fornicación...". Lo cual da a entender, dicen Luteranos y Calvinistas, que la causa de fornicación o adulterio constituye una prohibición a la palabra de Cristo.

Teólogos y Canonistas responden que el adulterio sí es una causa de divorcio; pero de divorcio relativo solamente, porque, en virtud de la fusión de los cuerpos operada, ya los esposos "no son más dos, sino una carne", y porque lo que ha sido unido por Dios, no puede desatarse por el hombre.

Refiriéndonos concretamente a la doctrina protestante, vemos que ésta no reconociendo la naturaleza sacramental del matrimonio, admite el divorcio vincular. El divorcio se hacía durante algún tiempo mediante la declaración de voluntad privada, a la que pronto se añadió como requisito para el nuevo matri-

monio, una declaración de la autoridad de estar disuelto el matrimonio.

Más tarde, el efecto disolutorio se atribuye a la declaración de la autoridad: su fallo se encamina que el matrimonio sea disuelto. El derecho matrimonial protestante reconoce las siguientes causas de divorcio.

1.—El adulterio, inspirándose en el Evangelio de San Mateo. V. 32, XIX, 9.

2.—La “malitiosa desertio”, apoyándose en la Epístola de los Corintios, I-VII, 15. Supuesto de hecho es la huida de uno de los cónyuges a un lugar no asequible al brazo judicial.

3.—A la desertio se equipara la “quasia desertio”, sin que hubiera unanimidad, de opiniones, ni de jurisprudencia acerca de cual sea el supuesto de hecho de la misma.

4.—Incluidas durante algún tiempo bajo el concepto de la quasi desertio, se han reconocido después, como causas sustantivas de divorcio, sin apoyo bíblico, las siguientes: la obstinada negativa a cumplir el deber conyugal, las insidias, asechanzas a la vida, y las sevicias (malos tratos que ponen en peligro la vida).

La Iglesia anglicana resultó, al respecto, menos especulativa y desinteresada: como que nació de un capricho real. La historia es tan conocida, que sólo hemos de sintetizarla aquí: Enrique VIII de Inglaterra, como el Papa no quisiera anular su matrimonio con Catalina de Aragón —el Rey quería contraer nuevas nupcias con Ana Bolena—, rompió decididamente con la autoridad papal, y el que antes fuese “defensor de la fe”, se convirtió en cabeza de una religión que en nada difería hacia entonces de la católica —salvo en lo referente a la autoridad Pontificia— y que venía precisamente a reconocer el divorcio.

Siguiendo el examen de las antiguas civilizaciones examinaremos a continuación los

PUEBLOS GERMANOS.

Aunque en los tiempos primitivos no se conocía el divorcio entre los germanos, como en los demás pueblos del mundo antiguo, el marido tenía, según todas las leyes bárbaras, el derecho de repudiar a la mujer, castigándose con una insignificante composición el realizado sin causa, y tolerándose el divorcio por consentimiento mutuo. La ley sálica lo permitió hasta que la influencia de la Iglesia fué quebrantando su práctica. El divorcio con justa causa, o propiamente dicho, podía ser provocado, lo mismo por marido que por la mujer, en virtud de tres motivos: adulterio, magia y violación de sepulcros.

Examinamos en último lugar la Antigua Arabia y las doctrinas Mahometanas.

Los escritores árabes distinguen dos grandes períodos en la historia de su patria: La época preislámica o de la ignorancia, y los tiempos islámicos, que dan comienzo con la predicción de Mahoma.

Existen huellas de poliandria y del levirato, pero entre los antiguos árabes la poligamia, constituye el fondo de su vida familiar; el matrimonio es una compra-venta, y la mujer forma parte de la herencia, existiendo también el matrimonio temporal, y el divorcio se otorga en sus formas más simples y absolutas.

La doctrina de la disolución del matrimonio es bastante complicada en el Derecho Musulmán, mencionando los intérpretes minuciosas causas que reciben distintos nombres:

1.—Considerando el matrimonio como un contrato puramente consensual, el mutuo disenso es la primera causa de disolución.

2.—Que el marido puede, por su sola voluntad, repudiar a la mujer, llegar a la disolución; repudio que para que produzca efectos, y aparte de las condiciones de capacidad, intención, lu-

gar y fórmula, ha de ser pronunciado tres veces, es decir que el Derecho exige para la disolución por esta causa, una triple repudiación.

3.—La mujer tiene derecho, en ciertos casos, de repudiar a su marido, mediante la necesidad de probar, ante el Kadí los perjuicios graves que sufre, por ejemplo, si se ha estipulado la monogamia en las capitulaciones matrimoniales, y el marido no cumple esta condición, si la maltrata de obra, etc.

4.—El matrimonio puede ser anulado por el Kadí cuando existe alguna causa señalada por los intérpretes, como son la falta de consentimiento, la unión de personas que tienen para ello impedimento legal, etc., y que esta anulación produce los mismos efectos que la repudiación.

5.—Que además, se conocen el que puede llamarse juramento de continencia (el-ila), la asimilación injuriosa (ed-dihar) y el anatema o maldición (el-lean) que son también causas de disolución del matrimonio.

Es "el ila" el compromiso que bajo juramento, por un plazo que ha de exceder de cuatro meses, contrae un musulman puber dotado de discernimiento y capaz de la cohabitación, de no exigir de su mujer, cuando ésta no lacta, el cumplimiento del débito conyugal: si transcurrido el plazo, el marido sostiene su juramento sin relajarle por medio de la expiación, consistente en prácticas religiosas o benéficas, el matrimonio se disuelve por repudiación irrevocable.

Es el "dihar", el acto por el que el marido asimila a su mujer a una persona con quien le está prohibido la unión matrimonial, por ejemplo el manifestar que es para él como la espalda de su madre.

El "dihar" no disuelve desde luego el matrimonio, pero prohíbe toda cohabitación entre los esposos, y si al cabo de cuatro meses el marido no se somete voluntariamente a la expiación, la

mujer acude al Kadí y si entonces aquél rechaza toda expiación la disolución queda descretada.

Finalmente, "el leam" es el anatema o maldición que, en nombre de Dios, el marido pronuncia contra su mujer imputándole el adulterio o desconociendo la paternidad del hijo próximo a nacer y el juramento por el cual la mujer afirma que su marido miente. Entonces se constituye un procedimiento extraordinario, al cual no se debe recurrir sino cuando no hay otro medio de probar, ya el adulterio y la ilegitimidad del fruto. Cuando el marido rehusa pronunciar el cuádruple juramento, queda convicto de haber acusado temerariamente a su mujer, y ésta tiene derecho a reclamar la ruptura del vínculo conyugal: si el marido jura y la mujer rehusa a hacerlo, queda convicta de adulterio, y sin perjuicio a la pena a que haya lugar, el matrimonio se disuelve: si los dos esposos, juran, los dos juramentos se destruyen; pero el matrimonio se disuelve toda vez que uno de ellos, no se sabe cual, ha mentado, y, por tanto la vida en común resulta imposible. (Sánchez Román, Vol. 5. pág. 117-189-190).

POLEMICAS

Es preciso examinar si la unión conyugal puede disolverse y en qué casos. Preséntase de esta manera la grave y debatida cuestión acerca del divorcio, muchas discusiones han habido sobre este particular; pero casi siempre se ha mirado el asunto por el prisma de las ideas y de los prejuicios de los contendientes.

Por una parte se ha sostenido que siendo el matrimonio una institución social y permaneciendo inalterables las relaciones que engendra, debe permanecer indisoluble el vínculo primero que se ha contraído. También es ha echado mano en esta cuestión de argumentos de carácter religioso, así como se ha tratado de demostrar las tristes consecuencias del divorcio.

Por la parte contraria se sostiene que el matrimonio, ora como contrato, ora como institución social debe siempre poder disolverse cuando hayan dejado de existir las condiciones que han dado lugar al mismo, como se disuelve también toda sociedad cuando se ha hecho imposible la convivencia; que la moral pública se resiente más de las uniones que se mantienen por la fuerza que de la disolución de un matrimonio por obra del funcionario público, y que además la ley puede y debe de castigar al cónyuge culpable.

También se han invocado argumentos religiosos en apoyo de esta segunda tesis. Pero, debemos prescindir de todo argumento religioso porque la ley debe respetar la libertad de conciencia.

No se puede decir que el matrimonio sea un simple contrato, sino una institución social, y que, mediante la procreación de

la prole, se ponen en práctica ciertas relaciones jurídicas, las cuales son al mismo tiempo relaciones biológicas que no se pueden destruir por la voluntad de las partes.

Pero esto no implica que en ciertas circunstancias especialísimas no pueda disolverse el matrimonio, porque toda sociedad por natural que sea, puede disolverse en determinadas circunstancias, y, por otra parte, hay casos en que aún habiéndose anulado el matrimonio y pudiéndose volver a casar los cónyuges con otras personas, sin embargo, permanecen los vínculos existentes entre padres e hijos.

Por lo tanto querer conservar una unión cuando uno de los que la componen, no ha de poder volver a unirse con el otro cónyuge, a causa de condena perpetua o cuando las ofensas gravísimas contra la persona o contra el honor han roto irremisiblemente el vínculo es una tiranía, una violencia personal que repugna en principio y teóricamente y que mucho menos puede entrar en los cálculos prácticos del legislador.

El mal ejemplo que se da a los hijos será mayor con una unión forzada que se traduce en la separación que lleva consigo todas las vergüenzas del libertinaje que no con el divorcio.

Verdad es que la demasiada laxitud concedida al divorcio produce gravísimos inconvenientes, pero contenido dentro de los justos límites, podrá ser un complemento de la legislación y al propio tiempo una institución de moralidad.

Es de esta manera como racionalistas, literatos y juristas, desarrollan una vigorosa ofensiva en contra de la Iglesia Católica que defiende aún con entereza el principio de la indisolubilidad.

Milton en su obra "Doctrina y Disciplina del Divorcio", se pronuncia a favor del matrimonio y del divorcio libres diciendo: "El matrimonio, no es el mero concúbito carnal, sino una sociedad humana, y allí donde ésta no existe, no puede haber matrimonio verdadero... es un convenio cuya existencia no depende sólo de la cohabitación forzosa y del cumplimiento aparente de los deberes que lleva consigo, sino de un amor inmenso, de una

paz infinita... si en lugar de la paz y de la felicidad que buscaban no encuentran los esposos sino turbación y desgracia, ¿no tienen derecho de romper la cadena que los une? Sin la profunda intensa realidad del amor mutuo, el matrimonio no es otra cosa que "un disfraz vario de la verdadera unión matrimonial", una nueva forma de hipocresía que debiera ser desecha cuanto antes. Siglo y medio más tarde, Humbolt se declara igualmente partidario del amor libre y del divorcio, sosteniendo "la conveniencia que el matrimonio se sustraiga del Estado, para abandonarlo completamente a la libertad privada".

Pero no sólo Humbolt, individualista tradicional y subyugado por las ideas rusionianas de la época, sino también pensadores como Babel que pertenecen a las filas del socialismo, nos dicen: "vendrá un tiempo en que el matrimonio será perfectamente libre, realizándose sin intervención del Estado, ni de la Iglesia y durando tanto cuanto dure el amor que le da la vida".

Los anarquistas como Juan Grave, sostiene "que el hombre y la mujer han de tener la libertad para juntarse y separarse cuando quieran".

Ellen Key, propulsora del amor libre, nos declara en su obra "Amor y Matrimonio", "Muchas inmoralidades se evitarían en la sociedad, proclamando los derechos del amor, en que los amantes puedan unirse sin necesidad de consagración legal y romper el nexo conyugal cuando sea ficticio".

Pero la Iglesia y los que con ella piensan, no razonan de la misma manera, Jesucristo ha dicho: "no es dado al hombre separar lo que Dios ha unido", y con estas palabras, los padres de la Iglesia fundan la doctrina cristiana que se basa en la indisolubilidad del matrimonio.

El jurista Felipe Sánchez Román, es el que nos traduce con mayor precisión la doctrina de Cristo al decir: "El principio de la indisolubilidad surge de la naturaleza y fines de la unión conyugal, es legítimo corolario de la nueva personalidad que dicha unión crea, y corresponde de modo exacto a los fines trascendentes de la familia, cuyo cumplimiento descansa en tal unión".

Y corrobora con tal concepto, la definición que da del matrimonio cuando dice: "El matrimonio es una institución ética con fines predeterminados, cuyos supuestos y garantías descansan precisamente en esos caracteres de permanencia ilimitada o de perfecta indisolubilidad". Continúa su pensamiento sosteniendo que: "si el matrimonio es una substancia y no un hecho, no debe estar sometido al accidente; si es unión esencial de dos seres, no puede ser destruído sino con la destrucción de esos mismos seres o alguno de ellos".

Y concluye: "el error de los que fundamentan la disolubilidad está en reducir el matrimonio a la categoría de un simple contrato, sin reparar en que por semejante reducción sólo puede irse fatalmente a las uniones pasajeras casi zoológicas de los sexos".

Monseñor Freppel, al discutirse en Francia la "conciliadora" Ley de divorcio presentada a las Cámaras por Naquet; exterioriza el sentir de la Iglesia, decía: "Ataca el divorcio a la integridad del matrimonio. . . porque es contrario al dogma esencial de la religión, a la indisolubilidad absoluta del sacramento del matrimonio; por consecuencia, cuando queréis romper un contrato legítimo, es a la substancia misma del sacramento, a la que atacis. Realizáis un acto semejante al de pretender desbautizar a un cristiano. . . este matrimonio que pretendéis romper por vuestra ley del divorcio permanecerá legítimo; a la inversa, el segundo matrimonio que contraigan los esposos divorciados será absolutamente nulo, y constituirá a las dos partes en un estado que no quiero calificar. . ."

El dominico Didon, después de un largo análisis de lo que significa el matrimonio, concluye: "La unión que constituye el objeto del contrato conyugal reclama la indisolubilidad: toda unión perfecta, debe ser indisoluble; si es susceptible de rompimiento, si aquí o allá, tiene un límite, alcanzado el cual fenece, la unión es total, perfecta, absoluta y sin medida".

León XIII, en su famosa Encíclica "Arcanum divinae sapientiae", decía en 1880 a la humanidad Cristiana, los siguientes conceptos que han sido los que mejor se apegan a la ética del catoli-

cismo: "ápenas se puede explicar, cuán grandes males traingan en pos de sí los divorcios. Por causa de ellos se hacen mudables y variables los derechos maritales, se debilitan la mutua benevolencia, se da ocasión perniciosa a la infidelidad, se perjudica al cuidado y educación de los hijos, se abre la puerta a la disolución de los matrimonios, se siembra la semilla de la discordia entre las familias, se disminuye y deprime la dignidad de la mujer, exponiéndola al peligro de ser abandonada por su marido, cuando éste se ha satisfecho de sus pasiones. Y no habiendo medio más sencillo y más conducente a la perdición de las familias y a la destrucción de la riqueza pública que la corrupción de las costumbres, fácilmente se comprende que los divorcios son el mayor enemigo de las familias y de la sociedad, porque los divorcios dimanen de las costumbres depravadas, y éstas dejan, según las experiencias enseñan, el camino expedito a los hábitos viciosos de la vida privada y pública".

La crítica de la Iglesia a la institución del divorcio es en efecto severa y contundente, pero su argumentación es apriorística y las afirmaciones que hace no encuentran siempre en la realidad una confirmación plena.

Hay sin embargo, en la Encíclica de León XIII, vibrantes palabras condenando al divorcio que considera un mal para la sociedad y la familia, un hondo sentir ético que refleja el pensamiento más puro de la época.

Pero, así como reconocemos que en esta Encíclica aparece la argumentación más seria que puede haberse formulado en contra del divorcio, no podemos dejar pasar por alto el hecho de que existen en ella conceptos sofisticados e ideas que han dejado de tener la aceptación rígida de aquellos tiempos, la moralidad de los pueblos se evoluciona constantemente y con ella viene la transformación de los valores sociales.

Osorio y Gallardo, en su ocurrente epistolario que toma de pretexto a una muchacha desconocida, toca el punto de la disolución del vínculo conyugal expresándose en los siguientes términos: "No hay derecho moral, racional, social ni cristiano para decir a los hijos que el hogar en que nacieron y se crearon se ha

liquidado como una tienda y que su papá es el marido de otra y su mamá la mujer de otro.

Esto sería mil veces más cruel que pegarles, que no alimentarles, que encarcelarlos. El espíritu del niño se hará trizas en un trance de esos; y entrará en la vida desolado, amargado como una imparable ruina, porque un niño a quien se le arranca la fe en sus padres, ¿en qué podrá creer?

Se arguye, pues, que el divorcio es contrario al dogma esencial de la religión y que por tanto, no debe admitirse, está de por medio la conveniencia social de la perpetuidad, de los peligros del abuso del divorcio, los hijos, el interés de la mujer que resulta la parte débil en el matrimonio, todo ello en contra del divorcio.

Pero, semejante argumentación podrá servir de base para imponer que continúen uniones que no son más que una ficción legal, en las que falta todo cariño, mutuo respeto y existe sólo odio que puede traducirse en un conyugicidio?

Los detractores del Divorcio, ponen a Francia como el mejor ejemplo para atacar a esta institución, sosteniendo que con la Ley Naquet, que es un cuerpo contemporizador entre las viejas doctrinas consagradas en la Ley de 792 que causaron espanto por su radicalismo, y las nuevas que se reproducen en el Código de 803 con extrema precaución, que produjo un sensible decrecimiento de la natalidad.

No se puede negar, efectivamente, tal decrecimiento, pero sería injusto y malévolamente llegar a atribuírselo a dicha Ley, pues si se ocurre a las estadísticas, se notará que ese decrecimiento existía desde 1801 y la Ley Naquet, como hemos dicho, no se expide sino hasta 1884. Y además, partir de un punto como este resulta hasta absurdo, porque si en un país, es posible comprobar tal hecho, como sucede en Francia y siempre que no se tome naturalmente en cuenta los diversos factores que contribuyen para la disminución de la natalidad; podría ponerse como contra ejemplo naciones divorcistas por tradición como Suiza y Alemania al lado de Italia que tanto ha repugnado con semejante principio, y se verá que aquéllas tienen una natalidad superior; y aún podemos

hacer referencia a los Estados Unidos, donde los divorcios se practican en forma asombrosa y a la misma Rusia que se ha declarado definitivamente partidaria del amor libre, y veremos que en estos países la natalidad es extraordinaria.

Los representantes de la Iglesia declaran, entre otras cosas que el divorcio es perjudicial porque favorece tan sólo la satisfacción de las pasiones del marido.

Esto quería decir que el marido, una vez que ha satisfecho sus pasiones, abandona a su mujer. ¿Cómo explicar el hecho entonces de que algunos países, los EE. UU. por ejemplo, la mayor parte de los divorcios sean pedidos por la mujer?

Se alega en la actualidad, como argumento más fuerte contra el divorcio, la situación desventajosa en que quedan los hijos sin necesidad.

El razonamiento que anteriormente expusimos de Osorio y Gallardo, tiende precisamente a poner en evidencia tal hecho; pero en realidad, no encontramos en esta argumentación más que un sentimentalismo que no puede servir de base para destruir una institución tan arraigada ya en la conciencia de los pueblos que siguen las corrientes modernas del Derecho.

Debe tomarse en cuenta, que desde el punto de vista moral, los hijos no se perjudican, sino que por el contrario salen ganando porque dejan de ser testigos, desde luego, de las escenas violentas que se desarrollan en el hogar, y dejan de compartir la vida amarga de los padres, además ¿quién puede negarnos la posibilidad de que los hijos en el nuevo hogar que les pueda dar cualquiera de los cónyuges, no hallen el cariño y amor que necesitan?

No podemos también tomar en serio las últimas palabras del señor Osorio y Gallardo, porque sería desconocer tanto los hechos significativos que nos presenta la historia, no de niños que llevan amargada la vida porque sus padres se han separado, sino de niños infelices que ni siquiera tuvieron la dicha de conocerlos, cuadro más desgarrador todavía aún.

Ahora, considerando el punto económicamente, es aquí donde sí se juega el porvenir de los hijos, no hemos encontrado hasta el momento, todavía, ninguna ley que no prevea este hecho, todas, cuando menos, procuran garantizar de la manera más perfecta su situación y en los pueblos que se va al perfeccionamiento de la organización familiar, es el Estado quien toma a su cargo todo el cuidado de los que carecen de hogar y subsistencia.

El interés de la sociedad, de los hijos y de los esposos, está, por tanto, en que desaparezcan las uniones mal avenidas que son la causa permanente de desórdenes de dolor, sin beneficio para nadie.

Ahora, anotemos algunos de los principales argumentos que han expuesto los juristas y pensadores más distinguidos a favor del divorcio.

En la obra de Cimbali "Razones que justifican el divorcio", la siguiente declaración de este autor: "el matrimonio indisoluble es una de las conquistas preciosas de la civilización e ideal de la sociedad doméstica, pero cuando sufre un estado patológico, porque uno de sus elementos no llena el oficio a que está destinado, hay que disgregarlo".

León Richer, en su libro titulado "El divorcio" afirma: La unión matrimonial descansa en el consentimiento, se funda en el amor o atracción sexual, y se basa en la libertad. Si son esos tres los fundamentos de la institución, hay que concluir lógicamente que ni la libertad puede enajenarse por toda la vida, ni mantenerse la unión matrimonial, al faltar el consentimiento o huir del amor.

Y para reafirmar tales conceptos, nos brinda estas frases que son la expresión viva de muchas realidades: "imponer a una mujer a que acepte los afectos de un hombre a quien no ama, a quien no puede amar, a quien acaso menosprecia; imponerle toda la vida el repugnante sacrificio de su cuerpo, es lo más odioso que pueda imaginarse. Hay que decirlo bien alto: El matrimonio impuesto es la prostitución legal... el débito conyugal defendido por los teólogos y legisladores es la más degradante servidumbre;

nada existe tan vil que pueda comparársele. La naturaleza de una parte, la razón de otra, protestan de esta degradación moral, contra este olvido de todo pudor, contra esta infamia consignada en leyes”.

Alfredo Naquet, autor de la Ley Francesa del divorcio que lleva su nombre, funda su tesis con los siguientes términos: “El divorcio es consecuencia necesaria de la libertad de conciencia; establecer el matrimonio indisoluble, es violar la libertad del juicio, del protestante cuya religión admite el divorcio: es violar la libertad del libre-pensador, que no reconoce ninguna religión positiva, pero decretar el Divorcio no es oprimir y vejear a los católicos, porque nadie los ha obligado a hacer uso de la libertad que la ley consigna”.

Sobre este mismo tema, ya los hermanos Paul y Víctor Margueritte, que fueron los principales propugnadores de la implantación del divorcio en Francia, habían argumentado diciendo que la libertad no puede enajenarse, que la esclavitud quedó abolida, los votos eternos prohibidos y la persona humana es inalienable, según los principios proclamados por la revolución político-social de 1789.

Aceptando el matrimonio como un contrato civil Puffendorf razona de este modo: “Teniendo su origen el matrimonio en el consentimiento, puede disolverse como cualquier otra convención, porque “quod solo consensu perficitur, contrario consensu dirimitur”.

Henri Coulon va más adelante cuando dice: El matrimonio es un contrato de sociedad, y por tanto, puede rescindirse, no sólo por el consentimiento mutuo, sino también por la voluntad de uno de los consocios.

Se dice también que el único fundamento del matrimonio es el amor y que faltando éste debe disolverse.

Hemos transcrito en este capítulo opiniones de varios escritores tanto a favor como en contra del Divorcio, parecerá agotado este tema, pero la lucha empeñada permanece, la crítica social,

la jurídica sobre todo, se afaman en encontrar razones, ya en pro, ya en contra de esta institución que faculta un nuevo matrimonio.

Prueba de esa lucha en estos últimos tiempos la tenemos en los acontecimientos sucedidos en la República Argentina en el año de 1954.

Existiendo en este país solamente la separación de cuerpos, se desarrolló una campaña pro-divorcistas, con la consabida pugna entre el Episcopado, que por medio de una pastoral condenaba el Divorcio, y el Gobierno del Dictador Juan D. Perón, siendo el resultado la promulgación de la ley que legaliza el divorcio por primera vez en la Argentina que permite a las personas divorciadas contraer nuevas nupcias, viniendo este país a sumarse a los que aceptan esta institución.

En este capítulo que es titulado con el nombre de Polémicas: acaso abuso de las comillas, en él he querido recoger y agrupar las opiniones de los principales escritores que han abordado este tema, pongamos una excusa, digamos deficiencias de preparación, y pecaré gustoso, por no poder pasar desapercibidos ante los penamientos que nos dejaron escritores de épocas pasadas.

Voltaire, cuyas palabras eran oídas como las de un oráculo, cuyos escritos corrían de mano en mano con celeridad hasta entonces desconocida, cuya influencia sobre las creencias populares fué tan vasta como su reputación, Voltaire decía: "Dirijo la mirada a todos los pueblos de la tierra, y ni uno sólo, excepto el pueblo católico romano, ni uno sólo hay en el cual el divorcio, y un nuevo matrimonio, no sean de derecho natural. ¿Qué trastorno ha obligado a los católicos a considerar una virtud la tolerancia del adulterio y un deber carecer de mujer cuando uno ha sido indignamente ultrajado por la suya?, ¿por qué un lazo podrido ha de ser indisoluble, no obstante la gran ley que los Códigos adoptan, quid-quid ligatur dissolubile est?

Se permite la separación del cuerpo y la separación de bienes, y no el divorcio.

¡La ley puede quitarme mi mujer y me deja un nombre que se llama sacramento!

¡Yo no disfruto del matrimonio, y es forzoso que me llame casado! ¡Qué contradicción, qué esclavitud y bajo, qué leyes hemos nacido!

Montesquieu, en su reputadísima obra *L'esprit des lois*, decía: "el divorcio es comúnmente de una gran utilidad política, las leyes de perfección, sacadas de la religión, tienen más bien por objeto la bondad del hombre que las observa, que las de la sociedad en la cual debe observarlas".

El autor de la legislación del divorcio, precedida del grito de un hombre honrado, en su obra no escasa de datos curiosos y de reflexiones oportunas, dice: "yo propongo que se derogue la irrefragable indisolubilidad del matrimonio, refractaria a toda reforma que pretenda unir el fuego y el agua, que permite a dos personas unidas despreciarse y hacerse traición, sin que puedan cesar, no obstante, sin que dejen de sufrir toda su vida este vergonzoso vínculo; yo propongo que sea abolida esta institución anti-moral."

Por último he querido dejar las palabras del afanoso profesor F. Laurent, por considerarlas de un claro contenido, expresándose: "En definitiva la separación del cuerpo, es un sacrificio hecho a una creencia religiosa. Respetemos esta creencia, porque nuestra fe, nuestro deseo más vivo es también la perpetuidad y la indisolubilidad del lazo conyugal. Disputamos, empero, al legislador el derecho de elevar una creencia religiosa a la categoría de una ley, es decir, de dar a un dogma el carácter de obligatorio para todos los ciudadanos. En nuestra opinión la indisolubilidad del matrimonio es del dominio de la conciencia; el progreso de las costumbres es quien debe realizar este ideal hasta donde sea posible a los hombres confiar en su perfección.

El legislador debe considerar a la humanidad tal y como es con sus debilidades e imperfecciones, guárdese bien de imponer a los hombres una perfección, porque habemos de recordarle la experiencia de la Iglesia cuyos monjes en su afán de transformar los hombres en ángeles, acabaron por ser ellos mismos demonios de impureza".

Tres especies diversas de causas extintivas o perturbadoras, que corresponden a tres conceptos jurídicos diferentes pueden distinguirse en el matrimonio: la disolución, la anulación y la separación.

Cada uno de estos modos de extinción difiere de los demás por su causa, por los defectos que produce y por intrínseca naturaleza jurídica.

De estos aspectos solamente haremos un análisis primeramente de la separación de cuerpos, modo de relajamiento del lazo conyugal y en último término, el divorcio, manera de disolución del matrimonio.

La separación es una suspensión —temporal o permanente— de las principales manifestaciones del matrimonio, la convivencia la asistencia mutua, la subordinación de la mujer al marido, sin que cese el vínculo conyugal y con posible percusión en las relaciones patrimoniales si acompaña a ella la separación de bienes.

Planiol y Ripert nos da el siguiente concepto de separación: “La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos”.

La introducción del principio de la indisolubilidad del matrimonio se debe a la Iglesia, ésta luchó contra las leyes romanas y las costumbres germánicas que autorizaban el Divorcio y logró poco a poco obtener su supresión, esta indisolubilidad tiene todo el valor de un dogma cristiano, parece tan necesario como su perpetuidad y el Concilio de Trento la establece con la mayor naturalidad.

Sin embargo, la Iglesia misma tuvo que aceptar las debilidades humanas y las situaciones excepcionales, no era posible mantener ciertos hogares desunidos, fué arastrada a suministrar paliativos a la regla de indisolubilidad; admitiendo la separación de cuerpos que, a decir verdad no rompe el matrimonio, pero hace menos fuerte el vínculo, el *divortium quod habitationem*, llamado a veces divorcio de los católicos, como por esta separación subsiste el matrimonio y produce obstáculos para una nueva unión; la iglesia ve en ella la perpetuidad, la indisolubilidad del matrimonio; esta ha sido la teoría sustentada por la Iglesia en su lucha constante en contra la ruptura del vínculo matrimonial.

Sucede con mucha frecuencia que la vida en común se hace imposible, el hogar es un foco de desorden, una causa permanente de escándalos, es un mal que resulta de las pasiones y debilidades humanas.

Prodúcese de esta manera una situación de hecho que el legislador está en obligación de tener en cuenta; como responsable de las buenas costumbres y el orden.

Surgiendo así la incógnita de cuál será la solución más acertada, la ley no puede imponer ineludiblemente, por muy rígida que sea, la observación de los deberes matrimoniales, y la convivencia de dos personas que no pueden en modo alguno tolerarse, como tampoco puede la ley desatender la interrupción de hecho por los cónyuges de las relaciones matrimoniales, confiando al arbitrio de aquéllos una decisión que tan gravemente atenta al principio de la unidad familiar.

Esta situación creada entre los cónyuges se ha pretendido solucionar diciendo que: la separación de cuerpos es suficiente, si la causa del mal es la vida en común, hay que romperla, por un procedimiento legal y permitírsele a los esposos vivir bajo el régimen de la separación, convirtiéndose ésta, en una institución jurídica, en un estado aunque patológico-matrimonial que la propia ley prevé y disciplina con normas determinadas, cuando éstas se observan se legitima la suspensión de algunos deberes patrimoniales, en caso contrario, había una infracción o violación de dichas normas.

Este remedio es insuficiente, la separación de cuerpos hace desaparecer la vida en común, suprimiendo el hogar, se suprimen también las causas diarias de rozamiento, pero queda subsistiendo el matrimonio, los dos esposos virarán separados en cuanto al domicilio, en cuanto a la existencia que deja de ser común, cesa con ella la obligación de cohabitación, por eso nuestros antiguos autores la califican de "separación de habitación" no obstante todas estas circunstancias, los dos esposos separados siempre quedarán casados, el vínculo matrimonial queda solamente aflojado, no está roto.

Siendo el resultado que los cónyuges, no siendo libres, no puedan volver a casarse y crear una nueva familia, sus existencias están sacrificadas sin esperanza alguna. Quedan condenados a un celibato forzoso, lo que amenaza a incitarlos a vivir en un concubinato adúltero.

La separación de cuerpos hace desaparecer un mal pero la reemplaza otro mayor, después de ésta los esposos pueden hacerse tanto mal como antes, aunque de otro modo.

Si el tumor maligno es el matrimonio, la terapéutica nos señala, que lo que hay que destruir es el lazo conyugal y no solamente la vida en común.

La separación personal es el único medio a las perturbaciones de la vida conyugal en un sistema que no admite el divorcio, ésta puede coexistir con el divorcio en las legislaciones que lo admiten y puede utilizarse en todos aquellos casos en que la ruptura del vínculo conyugal no se permitiría.

Esta institución que estamos tratando es una de las más importantes, que exige una mayor consideración y que suscita las más vivas controversias, Francia especialmente, parece un campo de batalla, en el que luchan las concepciones rivales, en donde se disputan el poder político y el gobierno de las conciencias, siendo esta nación la que ha contribuido con mayor acervo doctrinario en las legislaciones contemporáneas.

Los autores franceses Colín y Capitant y Luis Josserand afirman que las causas que originan la separación de cuerpos, son en términos generales, las causas de divorcio, en una legislación en donde existan estas dos instituciones, el esposo ofendido puede elegir entre los dos procedimientos, optará libremente según el grado de su resentimiento, sus proyectos para el porvenir, sus convicciones religiosas.

En cuanto al procedimiento a seguir para obtener la separación de cuerpos podemos decir en términos generales que existe una analogía grande con el procedimiento de divorcio, pudiendo afirmar que la demanda debe ser personal, siendo los tribunales civiles los competentes para conocer de ella, sentándose el principio de que la separación de cuerpos no podrá producirse en forma amistosa, criterio en cambio que ha sido sustentado por el Derecho Canónico, y finalmente la sentencia que concede la separación de cuerpos no está sujeta como la de divorcio, a transcripción en el registro civil

Decretada la separación de cuerpos, ésta produce determinados efectos entre los cuales podemos señalar:

1º No disuelve el matrimonio, pero debilita sensiblemente sus lazos.

2º Suprime el deber de cohabitación, desaparece el deber de asistencia y la obligación para los esposos de contribuir a las cargas del matrimonio, porque éste ya no existe, pero ninguno de los esposos podrá contraer una nueva unión bajo pena de bigamia.

3º La separación de cuerpos lleva consigo, la separación de bienes entre los esposos.

Finalmente, la separación produce los mismos efectos que el divorcio en el ejercicio de la patria potestad.

Todos los autores están de acuerdo en que las causas o acontecimientos que pueden poner fin a la separación de cuerpos son tres:

1º El fallecimiento. En el caso de fallecimiento de uno de los esposos, el matrimonio se disuelve en tal caso por la muerte de uno de los cónyuges, no por la separación de cuerpos a la cual no pertenece nunca esa fuerza disolvente.

2º Por la reconciliación. Es siempre ideal del legislador que con el transcurso del tiempo, puedan llegar los cónyuges separados a una reconciliación que les pueda ser favorable.

La reanudación de la vida común borra los efectos de la separación obra como una amnistia, el hogar se reconstituye, la autoridad paterna se restaura, pudiendo afirmar que todo vuelve a su régimen primitivo.

Como tercero y último hecho que fin a la separación tenemos la conversión de ésta en divorcio.

La situación creada a los esposos por la separación de cuerpos es falsa y precaria; la cadena conyugal subsiste sin compensación, sin afección, sin hogar; es ésta una situación de espera, en vista de un acontecimiento decisivo que no puede ser sino la reconciliación, o a la inversa el divorcio.

Un esposo no puede imponer al otro el mantener indefinidamente un estado que ya no es ni el matrimonio verdadero, ni el celibato, sólo existe matrimonio como una cadena en cuanto a deberes y principalmente el de fidelidad.

No debe de olvidarse que este, estado, se prefiere al divorcio, por el esposo que lo solicita por escrúpulos de conciencia, la institución de la conversión de la separación de cuerpos en divorcio señala el predominio de la idea de que la separación es el preludio del divorcio.

Cuando la prueba de la separación se prolonga durante cierto tiempo, es de desear que no se perpetue, y si llegado el caso de no ser posible una reconciliación, cada uno recobre su libertad mediante la conversión.

M. de Marceré decía: "He aquí que es la separación de cuerpos para los esposos: el desorden de la vida o el celibato forzado es decir un estado contrario a las leyes sociales o a la naturaleza humana".

Creo que no debemos ver en la separación de cuerpos el final de la solución del problema, este sobrevive, hay que ir en busca de nuevos medios que basados en la experiencia, sirvan para evitar el mal que ocasiona una convivencia anormal.

Pensar que la separación es la resolución acertada, es soñar, es una utopía, que como todas ellas es muy bella, perfecta, pero las realidades de la vida son otras, son muy triste, el género humano está lleno de debilidades y flaquezas, entonces nos damos cuenta que no es la separación de cuerpos la que mejor satisface.

León Richer, en su obra "El Divorcio", nos da un pasaje de una gran belleza, en donde nos señala las inconveniencias de la separación de cuerpos, que no podemos dejar pasar por ser la realidad de esta etapa de inconsistencia social por la cual atravesamos.

"Nada más peligroso y desairado que la situación de una mujer todavía joven, que después de algunos años de matrimonio, se ve en la necesidad de restituirse a su familia o a sufrir todos los dolores y peligros anexos a su aislamiento; será honesta, mas se la reputará culpable. . . seguramente los más delicados testimonios de simpatía que se le dirijan serán interpretados torcidamente y en su perjuicio; los consuelos de la amistad, si es un hombre quien los prodiga, o serán sospechosos o habrán de permanecer ocultos.

Admitamos que esta vida de abandono y de aislamiento se le hace insoportable y que un día se arroje a los brazos de su amante, ¿no le hubiera valido más haber quedado totalmente libre por el divorcio? . . . esta mujer se hubiera casado. La Ley la obliga a ser concubina; ¡qué digo concubina! no es esta la expresión verdadera.

Esta mujer, ayer honesta y que hubiera podido permanecer virtuosa toda su vida, es hoy adúltera, repugnante y despreciada.

Ofrécese ahora con más relieve la situación del marido; si la mujer permanece en la virtud, guardando honestidad, nada hay que hablar, mas si la pasión o la necesidad la arrastran a una unión criminal deshonrrará con su conducta la familia del hombre que le dió su nombre, porque el hombre persiste; la mujer podrá cubrirlo de todos los sonrojos y arrastrarlo públicamente en los mil escándalos de una vida degradada.

El divorcio que disuelve el matrimonio y destruye todos sus efectos, hará desaparecer todos los peligros: cuando dos esposos se han separado, no deben tener nada de común, ni el nombre ni la fortuna”.

DIVORCIO

La separación de cuerpos, como ya lo hemos afirmado anteriormente, hace desaparecer un mal, pero se reemplaza por otro.

En consecuencia, el problema no se ha resuelto todavía, hay que ir en busca de nuevos procedimientos, que basados en la experiencia, nos permitan, no caer en el mal que ocasiona una convivencia anormal.

Y siendo la causa el matrimonio, éste es el que hay que romper, y no solamente la vida en común, siendo el único remedio eficaz el divorcio.

Así se ha considerado desde pretéritos tiempos y debido a abusos que de esta institución se han hecho, han motivado los continuos ataques al divorcio, pero no sin dejar de reconocer, como se ha dicho, que es la mejor solución del problema.

Las deficientes reglamentaciones de que se le ha hecho objeto, han sido lo que generalmente, ha ocasionado que se haga mal uso de este derecho que consagran las leyes, y ello ha contribuído, ciertamente a que en unión de otros muchos factores, se relajen las costumbres y se desprestigie esta institución en forma tan alarmante, que en ocasiones ha provocado reacciones tan trascendentales como la del Cristianismo en Roma y la de Francia con motivo de la radical ley del 92.

Pensadores de todas las tendencias se empeñan en ardorosa polémica con teólogos y hombres de criterio religioso. Planiol, analizando las opiniones emitidas tanto en pro como en contra del

divorcio, llega a la conclusión de que este recurso supremo en la vida anormal de los cónyuges es ciertamente un mal, pero un mal, que evita males peores.

Y así esta institución se adopta en casi todos los países de la tierra, aún en los que conservan todavía un porcentaje superior de católicos en su población.

Esto se observa principalmente en los países iberoamericanos donde las transformaciones sociales y jurídicas en particular, no son el producto de una evolución lenta y concienzuda, sino más bien de cambios bruscos e inconcientes muchas veces.

No se toman en consideración, como debiera de ser, los diversos factores que forman parte y contribuyen al mejoramiento de la comunidad, y ello puede ser arbitrario y torpe, pero realmente, atendida la idiosincrasia de nuestros pueblos, sólo en esta forma es posible estimularlos al progreso.

La mayoría de los adversarios del divorcio lo condenan por obedecer a las enseñanzas de la Iglesia.

Así en Francia en su mayor parte es católica; pero no es está una razón para negar el divorcio a la minoría que no comparte sus creencias. La libertad de creencia sería violada y parte de la población estaría privada del divorcio, por aplicación de las opiniones religiosas de la otra parte. En cambio, la ley no lesiona las creencias de los esposos católicos, al autorizar el divorcio sin imponérselos, les deja la facultad de recurrir a la separación de cuerpos, que está de acuerdo con los preceptos de la religión.

Se dice que el divorcio, sacrifica a los hijos en interés de los padres. Pero es éste otro error. La desgracia de los hijos no es la ruptura legal del matrimonio, sino la ruptura de hecho, la discordia, el odio, el crimen de que son testigos y víctimas fatales. Su padre les enseñará a despreciar a detestar a su madre o recíprocamente. Ahora bien, esta situación no es creada por el divorcio y presenta el mismo estado agudo en el régimen de la separación de cuerpos.

El divorcio, se dice, transtorna la situación se examinará dos veces antes de comprometerse.

Decisiva es esta objeción cuando el divorcio se permite a voluntad, como en el Derecho Romano. Tiene también gran fuerza cuando los tribunales decretan con facilidad el divorcio, lo que desgraciadamente acontece en la tendencia actual. Pero es destruída tan pronto como las causas de divorcio son limitadas por el legislador y apreciadas severamente por el juez. Una reglamentación restrictiva del divorcio puede impedir su abuso. Trátase de una cuestión de organización y no de objeción de principio.

En resumen el divorcio es un mal necesario, porque es remedio de otro mayor. Prohibir el divorcio porque es enojoso, equivaldría a querer prohibir la amputación porque el cirujano mutila al enfermo.

No es el divorcio el que destruye la institución santa del matrimonio, sino la mala inteligencia de los esposos, siendo el divorcio el que pone fin a ésta. Quédanos por saber si la ley que permite el divorcio puede ser lo suficientemente fuerte para limitar el mal. Pero la experiencia parece demostrar que admitido el principio, no hay ningún freno a su aplicación.

Sistemas de Divorcio.

Se ha admitido en definitiva, pues, la disolución del vínculo matrimonial. Pero ¿en qué forma se adopta este principio?

Una corriente considerable de opinión se pronuncia por el divorcio sanción, es decir, por el que no admite como causa determinada más que las faltas cometidas por un esposo contra el otro, y el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales. Otro sector, que considera el matrimonio como una institución perpétua por naturaleza; no acepta el divorcio sino como un remedio para situaciones excepcionales; es decir, admite como causa determinada toda situación que haga insoportable la vida en común, aunque tenga por origen circunstancias objetivas en absoluto extrañas a la voluntad de los esposos.

Pero los Códigos modernos, más bien se resuelven por un sistema mixto, estableciendo enumeraciones que contienen causas de los dos órdenes. Y algunos van más adelante; ponen sólo una tabla enunciativa y dejan al produdente arbitrio del juez, las causas indeterminadas que se presentan en la práctica.

DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

El Derecho Romano no exigía cuentas a los esposos de los motivos que los condujeran a separarse, la ley no había determinado ni limitado las causas de la ruptura. Ciertamente es que Justiniano imponía a veces penas muy graves al esposo que repudiaba a su cónyuge "sine ulla causa", pero la repudiación no era por ella menos válida y el matrimonio quedaba disuelto.

El principio del divorcio por causa determinada procede de las ideas modernas que han hecho restablecer el divorcio, o sea que el matrimonio es una institución perpetua por naturaleza y el Divorcio no es sino un remedio a situaciones excepcionales. Este principio sirve de base a casi todas las legislaciones modernas pero su aplicación a veces se realiza con poca exactitud.

Podemos decir que causa de divorcio es la reunión de circunstancias que cambiando la acción natural del matrimonio permiten a un cónyuge reclamar o impetrar del ministerio judicial, la debida autorización para exonerarse de los deberes anejos a la vida común.

Así mismo podemos afirmar que toda causa de divorcio debe estar fundada en motivos justificados, cuando no tienen por fin el divorcio dejan de ser causas en el sentido lógico de este concepto. Las diversas legislaciones se han mostrado muy desiguales sobre el número y naturaleza de las causas de divorcio que admiten.

Unas solamente admiten como tales las culpas graves que un esposo contra el otro; tal es el Código de Napoleón y la Ley Francesa de 1884, tal es también el sistema del Código Nerlandés.

Otras legislaciones permiten el divorcio por hechos que no tienen el carácter de incumplimiento a un deber matrimonial. Como la emigración, la locura, el estado de ausencia. Es este el sistema de la Ley Francesa de 1792 y el Código Civil Alemán.

Ambas categorías de legislaciones se basan en dos concepciones diferentes del divorcio: las primeras consideran a esta institución como una sanción de los deberes que impone el matrimonio, de manera que los hechos que no son imputables a culpa de uno de los cónyuges no son causa de divorcio, debiendo el otro soportarlos por enojosos que sean para él, como riesgos inseparables de la existencia humana.

Las segundas, por el contrario, ven en el divorcio un medio de liberar a uno de los esposos del lazo conyugal, tan pronto como no pueda alcanzarse ya el fin del matrimonio aunque no haya culpa por parte del otro cónyuge.

He aquí la comparación de las causas de divorcio en algunas legislaciones:

<i>Ley de 1792</i>	<i>Código de Napoleón y Ley de 1792.</i>	<i>Código Nerlandés. (Art. 264)</i>	<i>Código Alemán</i>	<i>Código Suizo de 1907-1912.</i>
Mala conducta notoria.	Adulterio. (art. 229-230.	Adulterio.	Adulterio. Art. 1565.	Adulterio. Art. 137.
Abandono durante 2 años.	—————	Abandono malicioso.	Abandono malicioso. Art. 1567	Abandono malicioso por 2 años. Art. 140.
Sevicias.	Excesos y sevicias. Art. 231.	Lesiones graves.	Atentado contra la vida y servicios gra- ves. Art. 1566-1568.	Sevicias y atentado contra la vida. Art. 138.
Injurias graves.	Injurias graves Art. 231.	—————	Incumplimiento a los deberes conyugales, por virtud del cual la vida sea imposi- ble. Art. 1568.	Injurias graves. Art. 138.
Condenas criminales.	Condenas criminales. Art. 232.	Ciertas condenas penales.	Ciertas condenas pe- nales. Art 1568.	Delito infamante y conducta deshonrosa. Art. 139.
Locura.	—————	—————	Locura incurable. Art. 1569.	Locura incurable. Art. 141.
Estado de ausencia durante 5 años y emigración en los casos prohibidos.	—————	—————	—————	—————
Incompatibilidad de caracteres	—————	—————	—————	Vida común insopor-

Las líneas punteadas indican que la causa de divorcio correspondiente no existe en la legislación de que se trate.

Como afirmamos las legislaciones difieren sobre el número y la naturaleza de las causas de divorcio, en algunas de ellas se encuentran casos excepcionales: la impotencia en Suecia, la abjuración de la fé cristiana en Servia.

La legislación francesa ha descartado como causas de divorcio: la enajenación mental y la ausencia. El abandono voluntario del domicilio conyugal por la mujer, la ley francesa no lo admite como casua de divorcio, apartándose en esto de todas las legislaciones extranjeras.

El abandono intencional resulta causa de divorcio por la interpretación extensiva de injuria grave.

Así mismo en este país la ley atribuye a dos causas una eficacia particular: el adulterio y la condena a una pena aflictiva e infamante se dice son causas perentorias de divorcio, es decir una vez probadas el juez no puede negarse a declarar el divorcio. En las otras el juez conserva una entera libertad de apreciación sobre la oportunidad de conceder el divorcio.

DIVORCIO POR CAUSA INDETERMINADA.

En países como Suiza y algunos Estados de la Unión Americana, siguen un sistema diferente consistente en establecer en la Ley un cuadro de causas determinadas, dejando al Juez un margen para calificar motivos diferentes que se alejan y que quedan comprendidos en causa indeterminada.

Esto según los antidivorcistas, conduce a multiplicar indefinidamente los casos de divorcio y efectivamente así sucede en países como en el Norteamericano.



Pero no por tal observación, debemos dejar pasar desapercibidas las palabras de Ellen Key: "Las causas de divorcio son tantas, como diferentes son los caracteres".

REACCION EN CONTRA DEL DIVORCIO.

Partiendo de la afirmación que hacen los antidivorcistas, se ha formado un movimiento de reacción en contra del divorcio, sólo que ahora, no se discute ya la cuestión en su aspecto ideológico, sino que se argumenta con la realidad por el abuso que se ha hecho una vez más.

Pero esta institución está tan íntimamente arraigada en la conciencia de nuestros pueblos, que todo intento para acabar con ella resultaría inútil.

Así lo han comprendido quienes tratan de emprender tal campaña, y buscan ahora, tan sólo la manera de restringir su uso, reclamando que se limiten los excesos actuales por medio de una legislación más severa, para lo cual proponen, dice Planiol, medidas civiles y hasta penales contra el esposo, que por su falta, incurra en la grave responsabilidad de haber disuelto una familia.

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Pero si bien el divorcio por causa indeterminada, es acreedor a tal crítica, se nos dice, no menos enérgica debía ser al que se otorga por consentimiento mutuo.

Este se funda diciendo que es una consecuencia lógica del matrimonio considerado como contrato; está basado en el indi-

vidualismo que consagró en sus leyes la Revolución francesa y aunque algunos autores la niegan otros antecedentes, podemos señalar los que hemos encontrado en el Derecho antiguo: en Egipto, que se considera el matrimonio como un contrato, el denominado "de igualdad", tiene por base precisamente el consentimiento de las partes y el divorcio se concede por mutuo disenso, cuando no hay estipulación contraria en el contrato, en Roma, el matrimonio "Sinemanu", se funda en el consentimiento de los esposos y cuando éste falta, de común acuerdo se puede poner fin a la unión.

Jurídicamente, el fundamento del divorcio por mutuo consentimiento, está en considerar el matrimonio como un contrato que se forma gracias al consentimiento que otorgan previamente las partes; por tanto, si éste falta, no hay razón para que siga subsistiendo aquél.

Pero es que el matrimonio, jurídicamente considerado, es realmente un contrato?

Don Domingo Arena, distinguido jurista uruguayo, al defender el proyecto sobre el divorcio presentado por el doctor Areco, hace notar ciertas diferencias que existen entre los contratos común y corrientes y el del matrimonio.

Hace referencia, por ejemplo, al error que puede sufrir uno de los contrayentes y cuyos efectos, resultan distintos; nos habla también del arrepentimiento, que si bien produce efectos inmediatos en el matrimonio, en los demás contratos en nada afecta la convención.

Y concluye afirmando que el matrimonio es un contrato especialísimo en el que el consentimiento tiene que renovarse momento a momento y que desaparece cuando éste deja de existir.

También para el Doctor Cosentini el matrimonio sólo es un contrato "sui generis", y Castán, que siempre ha negado que sea contrato, declara que si lo es, en él están interesados los terceros y la sociedad.

La Iglesia también admite que sea un contrato, "pero al mismo tiempo, dice es un sacramento por disposición de Cristo Nuestro Señor".

Así que un contrato, en la acepción pura de la palabra, no lo es, pero los Códigos mismos reconocen tal anomalía cuando lo separan de los demás contratos y le redactan una reglamentación especial.

Sin embargo el matrimonio no puede quedar abandonado a la libre voluntad de los contrayentes, sino que debe someterse a las reglas superiores de orden público con el fin de salvaguardar los intereses de la familia y los de la sociedad misma.

Para fundamentar el divorcio por mutuo consentimiento nos dice Planiol, se invoca un argumento que hace impresión, pero que no tiene ningún valor jurídico: siendo el matrimonio un contrato, debe poder, lo mismo que todo contrato, ser roto por el mutuos dissensus. Pero si el matrimonio es un contrato, es al propio tiempo una institución y por tanto, es inadmisibile que la voluntad de los cónyuges pueda romper lo que no es solamente obra de esa voluntad.

Debilitada en esta forma la argumentación jurídica, los defensores del divorcio por mutuo consentimiento han recurrido a razonamientos que lo robustezcan.

Puede considerarse desde luego, dicen, dentro de la realidad como el resultado del divorcio con expresión de causa, porque cuando dos cónyuges no estan ya dispuestos a seguir viviendo juntos, "de común acuerdo", simulan una causa que sirve para lograr su separación.

Pero esto, lo único que nos demuestra es que los cuadros taxativos son defectuosos y que es necesario corregirlos ya que es imposible que prevean todos los casos que la necesidad exige en un momento dado.

El divorcio por mutuo consentimiento tiene, me parece, razones más poderosas: fundamentos de una ética más pura y argumentos que a todas luces le hacen insospechable; podemos señalar

inmediatamente dos de alta significación: la supresión de la prueba en el procedimiento y la oportunidad que se ofrece para lograr una reconciliación.

Con lo primero se evitan los esposos la publicidad de las causas de desavenencia, lo que ahorra bochornos y vergüenzas que recaen generalmente sobre la mujer y los hijos; y no se les lanza a la plaza pública y al comentario incisivo, los dolores y las intimidades del hogar, como se evitan también los cargos recíprocos, muchas veces injuriosos, que sólo ahondan los sentimientos de torpes dignidades.

En cuanto al segundo, es mayor su importancia, si se piensa que es la forma única, cuando menos efectiva, que tiene el Estado para intervenir aiosamente en esta clase de relaciones de los particulares.

La familia, nos dice Consentini, es la célula social, cuya función particular asegura la perpetuidad de la especie. Luego qué mejor oportunidad de velar porque los matrimonios que constituyen la familia complen siempre este sagrado deber?

Pero, ya lo ha dicho Ellen Key, "sólo cada cual puede saber cuánto tiempo el verdadero amor ha sancionado su unión y cuándo ésta ha dejando de ser santa". Y a nadie puede imponerse un nexa que ya no es santo, que sólo el amor puro puede servir de base lógica y moral al matrimonio. Si tal cosa no existe, todo ardid a que se recurra será cruel y lo único justo y humano que queda es dar a cada quien su libertad.

La generosidad pues, del divorcio por mutuo consentimiento, no puede ser más amplia; pero por desgracia, no todos los casos podrán resolverse de esta manera. Luego entonces, busquemos otro medio que por lo menos se asemeje a él.

Hemos tratado el divorcio con expresión de causa, ya señalamos algunos de los inconvenientes que presenta y ahora volveremos a insistir sobre este punto, intentando demostrar lo inútil y perjudicial que resulta su adopción.

Los Códigos que no han adoptado un sistema mixto, consagran el divorcio sanción; pero en ninguno deja de existir el propósito un tanto arcaico de considerar ciertos actos como contrarios del bien. Es así que el divorcio sanción, supone desde luego que uno de los cónyuges es causante de que se rompa el vínculo y por tanto, si hay culpa, debe haber castigo.

Guiado por este incitativo, quien acude a tal recurso, lo primero que persigue es un lucro y una pena para el que supone culpable. Ello, naturalmente, hace reaccionar al acusado que se apresta a la defensa. Se aportan por los dos bandos, pruebas de toda naturaleza, lo que interesa es salir triunfante, sin importar, de momento cuando menos, que la injusticia y el lodo, manchen la frente de los hijos "inocentes siempre de los crímenes y desgracias de los padres".

Planteadas en esta forma la cuestión, lógico es suponer que para iniciar un juicio de divorcio, ha menester contar con los recursos suficientes para hacer frente a cualquier situación. Y fácil es aceptar que generalmente triunfa quien se encuentra en mejores condiciones.

Y esto trae consigo un hecho que debía preocuparnos: el divorcio viene a ser una institución de la que sólo se sirven las clases acomodadas.

El divorcio siendo una conquista de la libertad y del progreso y en nuestro país de la Revolución, no ha podido llegar todavía, como no han podido llegar otras muchas adquisiciones de la civilización y de la Revolución misma, a las clases populares, a las clases humildes, a las clases proletarias, a las clases del campo; y no ha llegado y tardará en llegar, no sólo por los prejuicios religiosos que aun conservan con la misma devoción de hace medio siglo, sino también y principalmente, por que se trata de una institución marcadamente burguesa.

Los Estados cuya organización se basa en este sistema decadente, tienen siempre interés en que los matrimonios no se disuevan, lo cual se traduce en una severa reglamentación de los casos para permitir el divorcio. Y los matrimonios deben sub-

sistir, porque a ellos están encomendados la educación y el cuidado de los hijos, y nada más. De aquí que la principal argumentación que se formula en contra del divorcio, sea precisamente la decantada educación de los hijos; la eterna y triste situación de los hijos; sin reparar en que el matrimonio, como las demás instituciones sociales, desempeña una función social y que por tanto, no tiene razón de seguir subsistiendo cuando ya no desempeña esa función.

La ley del divorcio resulta así como dice el maestro Concettini, no solamente es una ley de alta moralidad que está destinada a recordar a los esposos el riguroso cumplimiento de los deberes conyugales, sino también una regla de protección social, porque impide la acción disolvente y contagiosa de un organismo donde el crimen, la infidelidad, los vicios profundos e incalculables u otras causas graves y permanentes, impiden la armonía de la vida en común, tan útil al bienestar y a la felicidad de los esposos como a la sociedad misma.

Dentro de este complicado régimen del divorcio con expresión de causa que consagran nuestros Códigos, se nos puede argumentar que las clases proletarias del país no se sirven de este derecho, porque la moral media de nuestro pueblo no concibe todavía ni tolera semejantes principios que en otras épocas se asegura en forma exagerada, sirvió sólo para disolver la familia y relajar las costumbres. Pero es que en tales gentes, su moralidad si va de acuerdo con dichas ideas y practican de hecho, estas "conquistas de la libertad y del progreso", "solo que no en forma legal. Gentes humildes, gentes del campo, que sólo conocen el concubinato adúltero.

Se alega a favor del divorcio con expresión de causa, que es ésta una medida que sirve para limitar los casos e impedir su uso: lo primero restringiendo las causas que sirven para fundarlo y lo segundo, complicando y dificultando el procedimiento. Lo primero es falso, porque las nuevas tendencias son aumentar las causas de divorcio y ello es una consecuencia natural de las complejidades de la vida moderna, como se puede comprobar en nuestro proceso legislativo: Código Civil de 70 autoriza seis

causas para la separación de cuerpos: Código de 84, las aumenta a 13; la Ley de Relaciones Familiares establece 12 causas para otorgar el divorcio.

Por otra parte, no tiene ninguna significación el hecho de que sean muy pocas las causas que se establecen y la mejor prueba la tenemos en Francia. El Código de 84, con las tendencias que venimos refiriendo, sólo permitió que por Cuatro causas se autorizará el divorcio; en cambio otros países, como Suiza, admiten un número indeterminado de causas; y si establecemos un parangón entre estos dos países, veremos como, proporcionalmente, es mayor el número de divorcios que se conceden en Francia.

Lo segundo, puede estar más en lo justo, puede ser más atinada la medida; pero ya hemos hecho notar el inconveniente que presenta cuando se trata de gente pobre que carece de recursos para seguir un procedimiento de estos.

Están más en lo cierto quienes afirman que el divorcio se restringe complicando el procedimiento que los que creen que aquello se logra disminuyendo las causas que lo motiva; y la prueba es fácil: en los Estados Unidos, se sigue generalmente el sistema del divorcio por causa indeterminada, y la incompatibilidad de caracteres es una causa comúnmente aceptada, así que con esto solo, ya el divorcio se puede solicitar por lo que venga en gana; pero esta facilidad aparente, no está de acuerdo con el procedimiento que se establece y de aquí que los norteamericanos, ocurran generalmente a lugares como algunos de nuestra República en donde hay veces que no se tiene ningún escrúpulo para abreviar los juicios de divorcio.

Me parece que si bien, no es necesario un procedimiento demasiado complicado, si sería conveniente el establecimiento de medidas que lo hagan difícil, pero siempre accesible a las clases pobres. Una intervención más efectiva del Estado en favor de los que habrán de quedar desamparados es lo que hace falta. A la sociedad le interesa que no aumente el número de indigentes a que una persona tenga la satisfacción de haber logrado el castigo, moral o económico, de quien le fué infiel o no cumplió con

los deberes del matrimonio. Esto se hace más patente si se piensa que hay ininidad de casos en que quien resulta condenada, es la parte inocente, que por pudor natural todavía en nuestras mujeres, deja que los acontecimientos sigan su curso o acepta estoicamente los cargos que se formulan con tal de evitar el escándalo.

Al divorcio por consentimiento mutuo se le ataca en forma ligera, "por la autorización que tiene que darse a las partes para que dispongan de sus bienes y arreglen la situación de sus hijos", y se dice además, que se establece un privilegio para la parte más fuerte, que es generalmente el hombre.

Pero no se tiene en cuenta que tras un divorcio de esta naturaleza, se esconde generalmente una causa cuya gravedad preocupa principalmente a una de las partes, que puede ser la más "fuerte".

En tales condiciones; que mejor situación puede ofrecerse a la parte "débil", si un simple no basta para que el divorcio no se logre en la forma que se pretende?

Pero aún resulta beneficiada la parte débil" si es ella que tiene interés en que determinados hechos no se conozcan, porque todo divorcio por mutuo consentimiento supone un arreglo previo, un convenio que tiene que ser aprobado por una autoridad y aún ratificado por el representante de la sociedad.

Más todavía: si la parte débil es la culpable, ¿cuál va a ser su situación después de que se resuelva el juicio? Condenada por alguna de las causas que señala la Ley, tiene necesariamente que por restringirnos sus derechos tanto con respecto a los hijos como a los bienes.

Económicamente, a todas luces resulta peor la situación para la parte débil.

Y ahora, en lo que toca a la condición de los hijos, aceptan, todos que en el divorcio por consentimiento mutuo, por lo menos se les ha procurado alguna por los padres que son los más interesados en este asunto; pero en el divorcio con causa, de qué base

se parte? Los hijos quedan generalmente al cuidado del cónyuge no culpable; pero esto, económicamente, puede ser una garantía? Si bien es cierto que el culpable resulta, por lo regular, condenado a subvenir las necesidades, principalmente de los hijos no deja de ser una triste verdad que este cónyuge, resentido por la derrota y quizá también por la injusticia que con él se cometió, pone en juego todos los recursos que están a su alcance para eludir, por medio de la chicana, la obligación que se le impuso.

Argumentado más a favor del divorcio por consentimiento mutuo que implica la supresión de la causa y por consiguiente de la prueba, transcribiremos aquí las palabras de los redactores del Código 1870 que tan sólo consintieron el divorcio como simple separación de cuerpos. . . La cuestión, agregaban, examinada prácticamente, cambia de aspecto; y el divorcio voluntario es, ya que no un bien, un mal mucho menor, porque evita la deshonra de la familia y los malos ejemplos que la desavenencia de los padres deja a los hijos un triste legado”.

El razonamiento mismo de un autor español que no acepta el divorcio por mutuo disenso, porque jurídicamente no se justifica y porque trae consigo perjudiciales consecuencias, nos sirve para fundarlo: “Indudablemente, nos dice, esta modalidad simplifica los procedimientos para que se acuerde el divorcio, suprime la intervención laboriosa de los profesionales, las investigaciones secretas para averiguar los más íntimos y recónditos sucesos; las mutuas y lamentables recriminaciones de los cónyuges, los interesados requerimientos a la servidumbre para que descubra defectos y flaquezas de quienes la tuvieron a su lado con la mayor ingenuidad y confianza, hasta el impío espectáculo de ver a las más tiernas criaturas llevadas con la mayor inconciencia ante los Tribunales para que depongan en contra de uno de sus progenitores. . .” Y todo esto, que es una realidad vivificante en el divorcio con expresión de causa, resulta insuficiente para suprimir éste y admitir o robustecer aquel o un sistema que no ofrezca tantos inconvenientes.

Iniciaremos finalmente el estudio del divorcio en nuestro derecho positivo, haciendo un estudio en nuestros tres Códigos de 1870, 1884 y el novísimo de 1928; también haremos un examen de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

En el primero de estos códigos, en su artículo 239 nos define el divorcio de la siguiente manera: No disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos de este código.

No solamente en el Código Civil se establecía que el matrimonio era indisoluble, sino que también elevado a la categoría de precepto constitucional, y en las adiciones constitucionales de 1874 se declaraba que el matrimonio civil no se disolvía sino por la muerte de uno de los cónyuges, pero que las leyes podían admitir la separación temporal por causas graves que determinará el legislador, sin que por la separación de algunos de los cónyuges quedará hábil uno de ellos para unirse con otra persona.

Entre las causas legítimas de divorcio este código señalaba las siguientes:

1º El Adulterio de los cónyuges.

2º La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

3º La incitación a la violencia hecha 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 connivencia en su corrupción.

5º El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongada 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 cónyuge al otro.

De la enumeración anterior se nota que las causas aceptadas. Por este Código, en su mayoría eran delitos, la sevicia puede llegar a ser delito; pero aunque no se llegue a este extremo, ella y el abandono del domicilio conyugal en los términos que establece, son justas causas de divorcio, porque además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siembra el resentimiento y la desconfianza, y hacen sumamente difícil la unión conyugal.

La causa de adulterio tenía un excepción establecida en el artículo 245 el cual establecía que: El adulterio no es causa de divorcio cuando el que intenta éste es convencido de haber cometido igual delito, o de haber inducido al adulterio al que lo cometió. El juez sin embargo, puede otorgar el divorcio, si lo cree conveniente, atendidas las circunstancias del caso.

A pesar que el legislador del 70 establecía cuales eran las causales de divorcio, reglamentó también otra más en el artículo 244, que en su letra decía: Cuando un cónyuge haya pedido a divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, así cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho pedir el divorcio, pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido.

También se establece en este Código en el artículo 247, Divorcio por mutuo consentimiento, al cual se le pusieron limitaciones, no teniendo lugar después de veinte años de casados, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años.

Estableciase así mismo que eran necesarios que pasaran dos años de la celebración del matrimonio para poder pedir la separación.

CODIGO DE 1884.

El Código Civil de 1884 en materia de divorcio sigue casi el mismo sistema sustentado por el anterior, es decir según este Código, a diferencia del sistema adoptado por muchas legislaciones modernas, el divorcio no rompe el vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en libertad de contraer otro, el Divorcio, no es más que la suspensión temporal o indefinida de algunas de las obligaciones civiles que nacen del matrimonio dejando íntegras otras, así como el vínculo común creado por éste; es decir el divorcio los exime del deber de llevar vida en común.

En el artículo 226 establecía cuales eran las causas divorcio. aceptaba las del Código de 70 y se añadían otras más quedando enumeradas en la siguiente forma:

1º El adulterio de uno de los cónyuges.

2º 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.

3º La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier renumera- ción con objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

4º La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

5º El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción.

6º El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aun cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que cónyuge que lo comentó intenta el divorcio.

7º La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro.

8º La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro.

9º La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley.

10. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

11. Una enfermedad crónica o incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

12. La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

13. El mutuo consentimiento.

En el Código de 1884 además de que se aumentaron las causas de divorcio, existió también el artículo 230 idéntico al 244 de 70 que venía a establecer otra causal más, referente a que cuando un cónyuge pedía el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, el demandado tiene derecho a pedir el divorcio.

Esta legislación hace también algunas modificaciones en lo que respecta al adulterio y al mutuo consentimiento, suprimiendo los artículos 245 y 247 del código anterior; el primero se refería a que el adulterio no se consideraba causa de divorcio cuando el que lo intenta lo ha cometido también, y el segundo que establecía una prohibición expresa para divorciarse por mutuo consentimiento a aquellos cónyuges que tengan más de veinte años de casados y a la mujer mayor de 45.

Estas modificaciones son a todas luces justificadas, pues la supresión del artículo 245 moraliza altamente la legislación y la familia: ya que del hecho de que ambos cónyuges hayan incurrido en adulterio, no deberían seguir viviendo como marido y mujer, a la vez que no había ninguna acción para pedir el divorcio, así mismo el hecho de que alguna mujer hubiera cumplido 45 años o el matrimonio tuviera una duración de más de veinte años daba lugar a coartar la libertad de los cónyuges de separarse por mutuo consentimiento ocultando la verdadera causa que podría perjudicar el nombre de los hijos y la reputación de la familia.

Establecíase igualmente que la separación no podía pedirse sino dos años después de la celebración del matrimonio.

Tanto en el Código de 1870 como de 1884 el matrimonio era definido: como la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie ayudándose a llevar el peso de la vida.

Del examen de estas dos legislaciones nos damos cuenta que el criterio seguido en ambas es el mismo, el sistema cambió hasta el año de 1917, en que fué expedida, el 9 da abril, la Ley de Relaciones Familiares.

En esta Ley se nos da un nuevo concepto del matrimonio, y en el artículo 13 nos lo define de la siguiente manera: un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Igualmente pasó con el divorcio, era definido por el artículo 75 en la siguiente forma: El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Las causales que esta Ley establecía, eran al principio las mismas que aceptaba el Código de 84, modificó algunas y aumentó otras.

1º El adulterio de uno de los cónyuges.

2º El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimo-

nio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

3º La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ellas; por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea el de incontinencia carnal, por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos, o la simple tolerancia en su corrupción o por algún otro hecho inmoral, tan grave como los anteriores. En esta causal estaban incluidas las 3a., 4a. y 5a., del Código de 84.

4º Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable o cualquier otra enfermedad crónica incurable, que sea además contagiosa o hereditaria. Esta causal, es la 11a. del C. de 84, en la cual hay una mayor claridad.

5º El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses.

6º La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio.

7º La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común.

8º La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

Esta fracción es la misma que la octava de 84, sólo que está aumentada.

9º Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años. Esta causal novena era nueva.

10. El vicio incorregible de la embriaguez.

11. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia, o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la Ley una pena que no baje de un año de prisión. Causal también nueva.

Esta Ley establecía también el Divorcio por mutuo consentimiento, modificaba el sistema del 84, ya que podía pedirse después de un año de celebrado el matrimonio.

Los Códigos de 70 y 84 ya no se encuentran en vigor y la Ley de Relaciones Familiares de 1917, fué derogada por el Código Civil de 1928, al cual fué incorporada.

Estudiaremos finalmente el Divorcio en nuestra legislación vigente.

El Código de 1928 sigue considerando el divorcio como disolutivo del vínculo matrimonial, y es definido en los siguientes términos en el artículo 266 "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en actitud de contraer otro"; artículo que no es más que una reproducción del 75 de la Ley de Relaciones Familiares.

Las causales de divorcio son aumentadas nuevamente, considéranse como tales en nuestra legislación vigente las consignadas en su artículo 267 que dice: Son causas de divorcio.

1º El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

2º El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

3º La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

4º La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

5º Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

6º Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

7º Padecer enajenación mental incurable.

8º La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

9º 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.

10. 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 proceda la declaración de ausencia.

11º La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.

12. La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 164, siempre que no puedan

hacerse efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166.

13. La acusación culminosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

14. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no político, pero que ser infame, por lo cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

15. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.

16. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

17. El mutuo consentimiento.

En cuanto al llamado divorcio necesario que se encuentra enmarcado en las primeras dieciseis causales que establece el artículo 267 de nuestro Código Civil, se han clasificado las causas que lo engendran en dos especies: El divorcio necesidad y el divorcio sanción.

El divorcio necesidad se presenta cuando surge una causa independiente de la voluntad de los cónyuges, por ejemplo la locura, la sífilis, la tuberculosis que hace imposible la vida en común; el divorcio sanción surge cuando la causa que lo motiva hace imposible la vida en común, se deriva en un acto voluntario de los cónyuges por ejemplo, el atentado contra la vida de uno de los cónyuges, al inducir a los hijos a cometer actos delictuosos o incitarlos a la prostitución, al incitar a uno de los cónyuges a la prostitución, etc.

Todavía encontramos otra clasificación las causas que originan el divorcio, siendo la de: continuas y discontinuas.

Continua es aquella que subsiste independientemente del tiempo, pues una vez que se presenta no desaparecerá, por ejemplo la locura incurable.

Discontinua es aquella que no presenta una relación de continuidad, ejemplo de ésta la encontramos en la sevicia, malos tratamientos, injurias, hechos estos que pueden ser discontinuos, aislados y son causa de divorcio engendrar en algunos casos el castigo, en otros casos una necesidad, tomando en consideración la vida en común.

Creo que aparte de la clasificación que nos da el artículo 267 del Código Civil, encontramos otras causas que originan el divorcio, las encontramos en el artículo 268 "Caundo 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 a pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la sentencia. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos". En realidad este artículo está aumentando las causales de divorcio enumeradas por el artículo 267.

La actual legislación en relación con las anteriores clasificaciones de las causales de divorcio nos presentan como novedad las siguientes nuevas causas: la de padecer enajenación mental incurable, la declaración de ausencia legalmente hecha o la presunción de muerte y la negativa de los cónyuges de darse alimentos.

De conformidad con la clasificación de causas en continuas y discontinuas encontramos lo que se llama en materia de divorcio el perdón tácito de los cónyuges o el perdón expreso de los mismos.

Tácito cuando se ejecutan determinados actos que vengan a manifestar el perdón de la falta, como en el caso del adulterio por parte de uno de los cónyuges; se entabla la demanda de di-

vorcio, pero los cónyuges vuelven a cohabitar, entonces la Ley supone que hubo perdón e inmediatamente se extingue la causa que podría engendrar el divorcio.

Perdón expreso es cuando de manera categórica se desiste de la demanda otorgado el perdón al cónyuge. Al mismo tiempo se establece un término dentro del cual debe entablarse el divorcio nuestra legislación fija seis meses contados desde la fecha en que se tuvo conocimiento de la causa que daba lugar al divorcio, y así lo establece el artículo 278 de nuestro C. Civil, que dice: "el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda".

También la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido determinados distingos, si se trata de una causa continua o una discontinua.

Los seis meses implican en las discontinuas que principian a contar desde el momento en que se realiza el hecho o se tuvo conocimiento de él; en las causas continuas que son aquellos actos que implican repetición de la misma causa, indiscutiblemente que transcurridos los seis meses no pueden tener efecto, así por ejemplo, el hecho de que un cónyuge viva con una persona durante determinado tiempo, no extingue la acción para pedir el divorcio, pues en estos casos no puede interrumpirse el plazo de seis meses, este plazo es únicamente para las causas discontinuas; respecto a las continuas en cualquier momento puede pedirse el divorcio, hasta antes de vencerse el plazo.

Refiriéndonos al divorcio como disolución del vínculo matrimonial se clasifica de la siguiente manera: el divorcio judicial y el divorcio administrativo.

El divorcio administrativo es el establecido por el artículo 272 del Código Civil, y es aquel en que ambos consortes con vengan en divorciarse, siendo mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron.

Este llamado divorcio administrativo se lleva a cabo ocurriendo los cónyuges ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio presentando las copias certificadas del matrimonio respectivo y de su nacimiento en su caso para fijar la edad, manifestando de una manera clara y terminante su voluntad de divorciarse. El Oficial del Registro Civil identificará a los consortes, levantando un acta en que además de los generales de los cónyuges hará constar la solicitud de divorcio de los cónyuges y terminará citándolos para que se presenten a ratificarla dentro de los quince días. Los cónyuges deberán presentarse nuevamente el día y hora fijados por el Oficial del Registro Civil, y una vez que ratifican la solicitud anterior, se les declara divorciados, lo que se hace constar en el acta respectiva, haciendo además las anotaciones necesarias en el acta de matrimonio.

La crítica que en parte se le ha hecho a éste llamado divorcio administrativo y que es la más importante, es la siguiente: Se puede dar el caso de que la mujer esté embarazada el día en que se solicita el divorcio y que a los quince días posteriores en que se presenten ante el Oficial del Registro Civil a ratificar su solicitud, misma audiencia en que se les notifica que quedan divorciados, la mujer por cualquier caso puede no haberse dado cuenta de su estado y sin embargo ha quedado legalmente divorciada.

¿Qué seguridad de alimentos subsisten para el futuro vástago?

Una medida que debía estar comprendida dentro del artículo 272 que es el que norma esta clase de divorcios es la de que junto con la solicitud debía presentarse un certificado médico que declarara que la mujer no se encontraba en estado interesante, y la declaración de los cónyuges de no haber tenido contacto carnal cuando menos con un mes y medio de anterioridad a la fecha en que solicitan su divorcio.

El divorcio judicial es el que se tramita ante una autoridad judicial, y a su vez se divide en necesario y voluntario.

En el divorcio voluntario o sea el mutuo disentio, el acuerdo de los cónyuges para disolver el vínculo, es necesario en éste divorcio.

En este caso los cónyuges deberán presentarse ante el juez competente, de acuerdo con lo ordenado por el Código de Procedimiento Civil, ordena este Código que los cónyuges están obligados a presentar al juzgado el convenio que ordena el artículo 273, del C. Civil, en el que se fijen los siguientes requisitos:

1o. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

2o. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

3o. La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento.

4o. 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.

5o. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha 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.

Además de este convenio deberá presentarse una copia certificada del acta del matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores.

Una vez presentado el escrito inicial de demanda de divorcio, acompañado del convenio y demás documentos, el Juez citará a ambos cónyuges a una junta a la que deberá asistir el

Agente del Ministerio Público, quien tiene la misión de cuidar que no se perjudiquen los intereses de los menores con lo que acuerden los cónyuges en el convenio respectivo, dicha junta deberá celebrarse después de los ocho y antes de los quince días siguientes a la presentación de la demanda.

En ella el Juez exhortará a los cónyuges, tratando de conciliarlos. En caso de que insistan en llevar adelante su divorcio, el Juez, oyendo el parecer del Ministerio Público aprobará provisionalmente las cláusulas del convenio presentado por las partes, dictando las medidas necesarias de aseguramiento, citará a una segunda audiencia que también deberá tener lugar después de los ocho y antes de los quince días de solicitada.

En esta segunda audiencia, el juez exhortará nuevamente a una reconciliación, si ésta no se lograra, oyendo el parecer del Agente del Ministerio Público, si es que en el convenio quedasen garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial.

En el supuesto de que el Ministerio Público objete el convenio presentado por los cónyuges y se oponga a su aprobación, por no estimar suficientemente asegurados los derechos de los hijos, o adolezca de algunos de los requisitos exigidos por la ley, propondrá las modificaciones que crea necesarias, haciéndoselas hacer saber a los cónyuges, para que dentro de tres días manifiesten si las aceptan o no.

En caso de que no acepten las modificaciones, el tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando en todo caso de que quedan garantizados los derechos de los hijos.

Siempre que el convenio no fuese de aprobarse, el Juez no podrá decretarse la disolución del vínculo, pero los cónyuges siempre tendrán el recurso de apelar la sentencia en ambos efectos.

A todas las juntas que deben ocurrir los cónyuges, por disposición expresa, los interesados no pueden hacerse representar

por procurador, a excepción de los casos de menores de edad en que deberán ser acompañados de tutor especial, nombrando para esos casos especialmente. En caso de que se concediera el divorcio, la sentencia correspondiente es apelable en efecto devolutivo. De acuerdo con el artículo 291 del C. Civil una vez ejecutoriada la sentencia del divorcio, el Tribunal remitirá copia de ella al oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que se levante el acta correspondiente y además para que se publique un extracto de la resolución, durante quince días en las tablas destinadas al efecto.

En el divorcio por mutuo consentimiento, por disposición legal, no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio, y los cónyuges no podrán contraer nuevo matrimonio sino pasado un año desde que obtuvieron el divorcio.

Dentro del divorcio judicial y el que hemos clasificado como divorcio necesario, el procedimiento que se sigue es el de un juicio ordinario civil.

Solamente puede ser demandado por el cónyuge inocente, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hubieran llegado a su conocimiento de los hechos en que se funda la petición de divorcio.

Si al finalizar el procedimiento se resolviera que no hay lugar a decretar el divorcio, por causa que no se haya justificado y que haya resultado insuficiente, como ya expresé con anterioridad, 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 sentencia. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

La única causal que en los divorcios necesarios requiere espera para solicitarlo es la de enajenación mental, de conformidad con lo normado por el artículo 271 del Código Civil que dice: "Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad".

La tramitación del juicio de divorcio necesario, que como ya se dijo se tramita en la forma del juicio ordinario civil, principia por la demanda del actor que deberá contener de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles: El Tribunal ante el que se promueve el nombre del actor y la casa que señale para oír notificaciones autorizando persona para recibirlas; el nombre del demandado, su domicilio, los hechos en que funda su acción haciendo una narración breve de los mismos, el derecho que crea aplicable y los puntos petitorios.

Asímismo deberá acompañar a la demanda los documentos que acrediten su estado civil, las actas de nacimiento de los hijos si los tuviese, y todos aquellos documentos que conjuntamente concurren a fundar su acción.

Una vez admitida la demanda el Juez dictará provisionalmente las siguientes medidas que establece el artículo 282 del Código Civil.

1o. Separar a los cónyuges en todo caso.

2o. Depositar en casa de persona de buenas costumbres a la mujer, si se que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiese el depósito. La casa que para ésto se destine será designada por el Juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya.

3o. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos

4o. Dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer.

5o. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede en cinta.

6o. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno

de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente.

En la misma demanda se pedirá se emplace al demandado para que ocurra al juzgado dentro de los nueve días siguientes a la notificación que se le haya hecho al contestar la demanda.

Hecha que sea la notificación respectiva el demandado deberá presentarse a juicio por medio de un escrito de contestación, en el que hará valer todas las excepciones que tuviera, y en su caso reconvenir al actor.

Entre las excepciones admitidas están todas las que proceden en los juicios ordinarios; pero además se consideran algunas expresamente establecidas para los juicios de divorcio como las que mencionan los artículos 278 que dice: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él. y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda"; el artículo 279 que dice: "Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 puede alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito", y el 280 que establece "La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutaria. En éste caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez; sin que la emisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

De la contestación de la demanda se correrá traslado al actor para la réplica por seis días y de ésta al demandado para la réplica por igual término.

Con los anteriores elementos se fija la litis y dentro de las 24 horas que sigan a la presentación de la réplica o el día en que venció el término para presentarlo o para presentar la réplica si no la hubo.

El Secretario del Juzgado hará constar en autos un extracto, conteniendo los puntos cuestionados con toda claridad.

Si el Juez lo estimase conveniente puede eludir los escritos de réplica y dúplica, y citará a las partes a una junta que deberá celebrarse dentro de los ocho días siguientes a la contestación de la demanda y en esta junta se fijarán con toda claridad y precisión los puntos cuestionados.

En caso de que la demanda no sea contestada se hará la declaración de rebeldía correspondiente y se mandará recibir el negocio a prueba al igual que cuando ya se hubiese fijado la litis, y lo soliciten las partes y el juez así lo creyese conveniente.

Seguidamente el período de ofrecimiento, es de diez días fatales para ambas partes, que empezaran a correr al día siguiente en que se cerró el debate.

Los medios de prueba son los establecidos por el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles o sean: la confesión, documentos públicos y privados, los dictámenes judiciales, el reconocimiento o inspección judicial, los testigos, etc., y en general todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, la fama pública, las presunciones y todos los demás medios que produzcan convicción en el juzgador.

El juez puede recibir la prueba en forma escrita u oral y el término para la forma escrita es de treinta días en caso que deban practicarse en el Distrito Federal, cincuenta días si en cualquier parte fuera del Distrito Federal; de cien días si hubieran de practicarse en la América del Norte, en la Central o en las Antillas y de ciento veinte días, si hubieran de practicarse en cualquier otra parte.

En caso de hacer la recepción de las pruebas en forma oral, son citadas las partes a una audiencia, que será dentro de los sesenta días, a partir de la fecha en que se fijó la controversia, en la que deberán rendirse todas las pruebas que las partes tuvieren.

Transcurridos los términos de prueba se entregan los autos a las partes por su orden y por diez días a cada una para alegar.

Si fue oral el ofrecimiento de pruebas, en la misma audiencia las partes deberán presentar sus alegatos.

Si fue escrito, el procedimiento, una vez pasado el término para alegar se cita a las partes para oír sentencia, la que deberá pronunciarse dentro de los ocho días siguiente.

Dentro del procedimiento oral, una vez terminados los alegatos de las partes y del Ministerio Público, el Juez dictará inmediatamente los puntos resolutive de su sentencia engrosando la misma dentro del tercer día; pero en caso de que hubiese pruebas voluminosas podrá dictar el fallo dentro de los cinco días siguientes.

Tan pronto como caues ejecutoria una sentencia se remite copia de la misma al Oficial del Registro Civil donde se celebró el matrimonio, a fin de que levante el acta respectiva y publique un extracto de la resolución durante quince días en las Tablas de su Oficialía. Contra la sentencia pronunciada cabe el recurso de apelación.

La sentencia que declara el divorcio surte los mismos efectos que se derivan de la nulificación del matrimonio, ya que cuando hay buena fe, el matrimonio produce efecto con respecto a los hijos; de manera que la nulidad se equipara a una disolución del vínculo, a un divorcio.

Los efectos que produce el divorcio se pueden clasificar como los efectos que produce el matrimonio: Con respecto a los cónyuges comprendiendo la parte relativa al patrimonio de los cónyuges, y la parte relativa a la persona misma de ellos, con respecto a la situación que guardan los hijos de los divorciados.

Aún se pueden clasificar los efectos que produce el divorcio en dos aspectos más, tomando en consideración la duración de éstos efectos, o sean los efectos provisionales de la iniciación del Juicio pues incluso puede demandarse el divorcio en casos en que éste no proceda y sin embargo por el solo hecho de la demanda de divorcio, se principian a producir determinados efectos con respecto de los bienes y personas de los cónyuges, son las medidas provisionales que deben adoptarse por la sola presentación de la demanda de divorcio, efectos que están previstos en el ar-

título 282 del Código Civil y que son iguales a las medidas que se adoptan por la demanda de nulificación del matrimonio.

Como primer efecto que se presenta en este caso es el de separación de los cónyuges en tanto se decide sobre el divorcio, con el depósito de la mujer en una casa honesta, las medidas que deben adoptarse cuando la mujer quede en cinta; a efecto de que no haya sustitución de infante, medida provisional que debe aplicarse con respecto al divorcio, si el marido es el que debe llevar los alimentos; al que los debe aportar, entonces mientras dure la tramitación del divorcio debe señalársele la parte con que debe contribuir para los alimentos de la mujer y de los hijos.

La patria potestad es ejercida por ambos cónyuges, pero la sola presentación de la demanda de divorcio hace necesario determinar a cargo de quién queda provisionalmente el ejercicio de esa patria potestad, luego entonces el juez al recibir la demanda de divorcio, cuando se lo pidan debe acordar esas medidas. Esto es por lo que respecta a las medidas provisionales en cuanto al divorcio.

Produce además el divorcio efectos una vez que se ha obtenido.

En el caso de que se padezca una enfermedad, uno de los cónyuges, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 277, puede no demandar el divorcio, sino simplemente pedir la separación de cuerpos, que cese el efecto del matrimonio consistente en la cohabitación, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio. De manera que ese sería un efecto definitivo de la demanda de separación de cuerpos.

En cuanto a la disolución del vínculo nos encontramos en la siguiente situación: se demanda y se obtiene el divorcio con la siguiente disolución del vínculo matrimonial, viene entonces una situación que pone a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, a este respecto se establecen en la Ley dos situaciones normadas por el artículo 289 que estipula: "En virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad

para contraer nuevo matrimonio. El cónyuge que hay dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio. Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio”.

Por lo que se refiere al régimen matrimonial encontramos los siguientes efectos: Al dictarse la disolución del vínculo conyugal viene como consecuencia la disolución de la sociedad legal, de la sociedad conyugal.

A este respecto se presentan dos situaciones: El divorcio ha sido voluntario, o si el divorcio ha sido necesario.

Si el divorcio ha sido voluntario, de acuerdo con lo establecido por la fracción quinta del artículo 273, cuando no se está en el caso del divorcio administrativo porque no se haya regulado lo relativo a los bienes pertenecientes a la sociedad legal, se demandará el divorcio judicial pero convencional; la fracción quinta de este artículo dice: ‘Los cónyuges que se encuentren en el párrafo último del artículo anterior están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos: La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha 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 el caso de que el divorcio sea por mutuo consentimiento, no administrativo, es necesario fijar las bases para la liquidación de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, a no ser que esas bases, se hayan fijado ya en las capitulaciones matrimoniales, que en éste se haya designado el liquidador de los bienes de la sociedad; ésta es al primera situación.

La segunda situación se presenta en el divorcio necesario, entonces deberá atenderse a las bases fijadas en las capitulaciones matrimoniales; si no hay nombramiento de liquidadores, deberá determinarse la forma en que se liquide la sociedad matrimo-

nio mismo, y disuelto éste lógicamente debe resolverse lo relativo a los bienes de los cónyuges.

Por otra parte comprende otro efecto, ya que el divorcio necesario entonces deberá atenderse a las bases fijadas en las capitulaciones matrimoniales; si no hay nombramiento de liquidadores, deberá determinarse la forma en que se liquide la sociedad conyugal, ya que ésta tiene por causa el matrimonio mismo, y disuelto éste lógicamente debe resolverse lo relativo a los bienes de los cónyuges.

Por otra parte comprende otro efecto, ya que el divorcio necesario implica forzosamente una causa que engendre la imposibilidad de continuar en la vida conyugal, una enfermedad o bien un acto ejecutado por uno de los cónyuges que hace imposible la vida común.

De lo anterior viene la pérdida de la patria potestad, generalmente el cónyuge inocente es el que la conserva, el que tiene la guardia y custodia de los hijos.

El hombre tiene obligación de dar alimentos a los hijos mientras no llegan a la mayoría de edad si son hombres, y a las mujeres mientras no contraigan matrimonio; a la mujer debe darle alimentos en los casos en que tenga obligación a no ser que ésta tenga bienes para subvenir a sus necesidades, observe mala conducta o contraiga nuevo matrimonio.

La mujer tiene obligación de dar alimentos al marido cuando éste sea el cónyuge inocente y se encuentre imposibilitado para trabajar, obligaciones que se derivan del matrimonio.

Todavía hay otro efecto con respecto al ejercicio de la patria potestad. La ley distingue tres situaciones. 1o. Situación del divorcio como sanción, así por ejemplo se establece en la fracción primera del artículo 283: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

Primera.—Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I-II-III-IV-V-VIII y XV, del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiera es nombrará tutor.

La segunda situación es la referente a las causas que no tienen la trascendencia de las enumeradas en la fracción I del ar-

tículo 283, y es la que norma la fracción II del mismo artículo que dice: "Cuando la causa del divorcio estuviese comprendida en las fracciones IX-X-XI-XII-XIII y XVI, del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueran culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos: recobrándola al acaecer ésta.

Entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien la ejerza se les nombrará tutor.

La tercera situación está prevista en la fracción III del propio artículo 283 que dice: "En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Hay que hacer notar que a la muerte del cónyuge sano, el ejercicio de la patria potestad corresponde al cónyuge enfermo, a menos que se encuentre en estado de incapacidad mental, ya que entonces no puede representar a los hijos.

Con respecto a los hijos nos encontramos con la siguiente situación: la patria potestad presenta dos aspectos, al aspecto del que la ejerce, y el aspecto de aquel a quien se ejerce.

Los efectos del divorcio traerán como consecuencia la sumisión de los hijos al cónyuge que ejerce la patria, como consecuencia de ello tendrá el usufructo legal, es decir los bienes pertenecientes a los hijos son administrados por el que ejerce la patria potestad, teniendo derecho al 50% de los productos de los bienes pertenecientes a los hijos.

Todas las relaciones que se derivan de la patria potestad serán ejercitadas por aquel a quien la Ley o la sentencia judicial se las haya conferido.

Estos son los efectos que produce el divorcio tanto con respecto a los cónyuges en su aspecto de los cónyuges mismos y en su aspecto patrimonial, como respecto a sus hijos.

CONSIDERACIONES

Habiendo expuesto el divorcio desde sus fases históricas, hasta nuestra actual legislación vigente, en nuestro medio, me permito a continuación hacer las siguientes consideraciones:

No podemos negar en ningún sentido, la justificación de las causales que nuestro Código admite en materia de divorcio, sin embargo las facilidades, la inobservancia de muchas de sus disposiciones y las falsedades a que algunos litigantes llegan, además del elemento psicológico del orgullo de nuestro medio social, nulificar en gran parte nuestro sistema legal, y a la postre viene el divorcio formando un lastre social, en que los principales perjudicados son los hijos a más de la sociedad y del Estado.

En el transcurso de la vida diaria y en las relaciones del hogar, aunque sea de una manera excepcional, la armonía y el bienestar de los cónyuges se verán interrumpidos por alguna momentánea, explosión del carácter de uno de los cónyuges, ya que el diario luchar por el pan de cada día y lo agitado de la vida actual, es natural que en ocasiones cause alteraciones nerviosas que se exteriorizan en situaciones violentas, a más de que el hombre y la mujer no siempre sustentarán el mismo criterio en relación a alguna situación o a alguna cosa pues en primer lugar si biológicamente se diferencian, es natural que ideológicamente lleguen a discrepar.

En nuestro medio la terquedad y el orgullo, logran divorcios que en el fondo los cónyuges no desean; pero desgraciadamente ni uno y otro confiesa su falta o procura una reconciliación. El Estado en estos casos debe intervenir en su propio beneficio, en el de la sociedad y principalmente en beneficio de los menores.

Toda disolución del vínculo matrimonial, en la que hay hijos menores de por medio, trae como consecuencia la constitución de un hogar irregular para los hijos. Por lo general los cónyuges divorciados vuelven a contraer nuevas nupcias, y lo más usual es que procuren tener lo más retirado posible a los menores, en virtud del celo que causa en uno de los cónyuges ver los ascendientes que tuvo su actual cónyuge en anterior matrimonio.

En las relaciones familiares el interés individual debe quedar supeditado al interés superior que es la familia, es decir, el interés de la familia y es a ella a la que la Ley otorga su tutela jurídica por la cual exige y recibe una protección de un interés más alto: el del Estado, cuya fuerza y solidez depende el grupo familiar. Sobre esto último el tratadista italiano Ruggiero dice: "La familia es la raíz del Estado, y el origen de ella es el matrimonio y es indudable que la sólida estructuración del mismo dependerá la consistencia y robustez del organismo social, es decir del Estado; mientras más fuerte e indisoluble sea el matrimonio más grande y organizado será el Estado.

Considero además, que gran cantidad de divorcios se evitarían robusteciendo en nuestra Ley dos puntos importantes y que se refieren uno al requisito para contraer matrimonio y otro al requisito del certificado médico prenupcial.

Entre los requisitos que nuestra Ley establece para contraer matrimonio, nos encontramos con el artículo 148 del Código Civil, que dice: "Para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido dieciseis años y la mujer catorce. Los presidentes Municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas".

Este requisito es de los que a mi juicio son causa de múltiples divorcios, pues la edad de catorce años en la mujer; aparte de las dificultades biológicas para la procreación es de suponerse además (y este es muy importante), que no es apta para la dirección de un hogar, pues a esa temprana edad la falta de cultura, de sentido común, seriedad y preparación se lo impide.

Sobre esto último nuestra Ley en el Artículo 168 del Código Civil dice lo siguiente: "Estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar".

Razonamientos parecidos pueden hacerse con referencia a la edad de dieciseis años en el hombre que la Ley le fija para poder contraer matrimonio. Francamente creo que el 80% de los matrimonios que se realice nen estas condiciones en la actualidad, fracasarán.

Sobre esta consideración y con la mira de evitar hasta donde sea posible la disolución del vínculo matrimonial y la formación de hogares irregulares en los casos en que hay menores de por medio me parece que sería conveniente que le requisito para contraer matrimonio, relativa la edad se fijara como mínimo, diecisiete años a la mujer y veinte en el hombre.

Otra de las causas origen también de múltiples divorcios es la estipulada por la fracción VI del artículo 266 del Código Civil, que establece que serán causales en materia de divorcio, padecimientos como la tuberculosis, sífilis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Esta causal está íntimamente ligada con otro de los requisitos que son exigidos para contraer matrimonio, o sea el certificado Médico Prenupcial.

Sobre este particular me parece que el Estado en vez de remediar una situación ya consumada, debería tener un control más efectivo y dictar medidas más estrictas y severamente sancionadas en caso de contravención en relación con el Certificado Médico Prenupcial.

El certificado médico prenupcial que nuestra Ley exige como requisito para contraer matrimonio es evidentemente justificadísimo, pero desgraciadamente en nuestro medio no se le ha dado, me parece, la importancia que merece, y parece no tomarse en cuenta sus saludables efectos sociales y morales.

Creo que una de las funciones del Estado sobre esta materia, es hacer una amplia difusión social valiéndose de todos los medios posibles para hacer llegar a la convicción y convencimiento de todos y cada uno, las tragedias sociales individuales y el menoscabo del pueblo a que da origen una unión matrimonial viciada, ya por atavismo ya por enfermedades adquiridas.

Se lograría una gran reducción de divorcios que tuvieran por origen la causal estipulada en la Fracción VI del artículo 266 del C. Civil, creando para la expedición de certificados médicos prenupciales, oficinas o clínicas controladas por las oficinas del Registro Civil o dejar exclusivamente al Instituto Mexicano del Seguro Social, la vigilancia y control oficial los exámenes necesarios para la expedición de dichos certificados.

* * *

CONCLUSIONES

- 1.—El matrimonio es un contrato sui-generis, extremadamente formalista por el cual un hombre y una mujer declaran ser su voluntad unirse con vínculo disoluble, a fin de perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.
- 2.—El divorcio por su naturaleza y sus efectos bien definidos en la sociedad, en los hijos y en el Estado, debe rodearse de procedimientos especialísimos a fin de que llene el cometido a que está destinado y no se haga de él un uso abusivo.
- 3.—Dentro de los requisitos que nuestra Ley fija para contraer matrimonio y en el que se refiere a la edad, debe fijarse como mínimo para la mujer diecisiete años y veinte en el hombre.
- 4.—Dejar bajo el estricto control del Estado lo relativo a la expedición de los Certificados Médicos Prenupciales.

Y finalmente referente a la crítica que se hace al Divorcio, relativa a los abusos que se cometen con él, bástanos decir, en donde está la institución, por santa que sea, que no pueda dar lugar a abusos.

El Divorcio encerrado dentro de los justos límites es una institución de moralidad, ya que el ideal es que el matrimonio sea perpetuo, solamente que la vida conyugal se haga imposible entre los esposos, sólo que las condiciones que dieron lugar a la formación del matrimonio hayan dejado de existir, debe admitirse el divorcio.

Si el Divorcio en ciertas épocas no ha producido los benéficos efectos que de él se han esperado, débese a que se le ha dado una laxitud mayor de la debida y porque se ha implantado en sociedades no preparadas lo suficiente para hacer de él un buen uso; pero poniendo los medios necesarios para evitar el abuso, educando convenientemente a la mujer y al hombre, y evitar el abuso, pronto habrán de hacerse sentir sus benéficos efectos, como elemento moralizador de las familias y la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- Planiol y Repert.—Derecho Civil.
Colín y Capitant.—Derecho Civil.
Luis Jossierand.—Derecho Civil.
J. Bonnecase.—Derecho Civil.
B. Brugi.—Derecho Civil.
Roberto Rugiero.—Derecho Civil.
D'aguanno.—Génesis y evolución del Derecho.
A. Antokolezt.—Derecho Civil Argentino.
José A. Machado.—Derecho Civil Mexicano.
Ricardo Couto.—Derecho Civil Mexicano.
Calva y Segura.—Derecho Civil Mexicano.
Mateos Alarcón.—Derecho Civil Mexicano.
Sánchez Román.—Derecho Civil.
Clemente Diego.—Derecho Civil.
Valverde.—Derecho Civil.
Manuel Rivera de Delgado.—El Divorcio según la Ley del Matrimonio Civil.
E. Petit y R. Shom.—Derecho Romano.
Enciclopedia Universal.—Espasa Calpe.
Códigos Civiles Mexicanos de 1870, 1884 y 1928.
Ley de Relaciones Familiares de 1917.
Apuntes de Derecho Civil.—Lic. Onésimo Cepeda.
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.
R. Rojina Villegas.—Derecho Civil Mexicano.

* * *