



---

**ESTUDIO COMPARATIVO DE LA DISOLUCION  
CONYUGAL EN EL DERECHO CIVIL Y EN  
EL DERECHO CANONICO**

**TESIS PROFESIONAL**

**FERNANDO VELAZQUEZ DUMAINE**

**MEXICO, D. F.**

**1967**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

## DEDICATORIAS.

### A MI MADRE

Con inmenso amor y eterna gratitud  
por tanto como me ha dado en todos  
los órdenes, sin reparar en sacrificios.

### A LA MEMORIA DE MIS ABUELOS Y MI TIA EUGENIA

Que colmaron mi infancia de ternura.

### A MIS TIOS GREGORIO Y SALVADOR

Por su cariñosa ayuda en mi formación.

### A MI NOVIA LA SRTA. GUADALUPE HUERTA NADAL

Quien fué amoroso estímulo y valiosa  
ayuda en la elaboración mecanográfica  
de esta tesis.

AL DR. LUIS REYNOSO CERVANTES

Quien me dirigió esta tesis,  
y a quien tuve el privilegio  
de tener por Maestro.

A LOS MAESTROS LIC. SALVADOR MONDRAGON GUERRA.  
Y  
LIC. JOSE FRANCISCO SERRATO.

Quienes tanto me ayudaron  
en los momentos de mayor  
dificultad de camino a  
esta meta.

A LOS SRES. LIC. JOSE LIGUORI MENDICOLA  
LIC. EDGAR BAQUEIRO ROJAS  
LIC. ANDRES NAMIHIRA HEREDIA  
LIC. GILBERTO GARCIA VASQUEZ

Modelos de capacidad y ética profesional  
con quienes tuve la fortuna de asomarme  
a la parte práctica de la carrera.

A TODOS LOS COMPAÑEROS Y AMIGOS DE LA FACULTAD DE DERECHO.

I N D I C E .

PROLOGO..... Pág. 1

CAPITULO I..... Pág. 2 a Pág. 37

CAPITULO II ..... Pág. 38 a Pág. 101

CAPITULO III ..... Pág. 102 a Pág. 114

CAPITULO IV ..... Pág. 115 a Pág. 136

CONCLUSIONES ..... Pág. 137 a Pág. 143

**ESTUDIO COMPARATIVO DE LA DISOLUCION CONYUGAL EN  
EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO CANONICO.**

**CAPITULO I.- EL DIVORCIO.- NOCIONES GENERALES.  
ANTECEDENTES HISTORICOS.- RAZONES QUE FUNDAMENTAN SU EXISTEN-  
CIA.- OPINIONES QUE ATACAN DICHA INSTITUCION.**

**CAPITULO II.- LA SEPARACION DE CUERPOS.- NOCIONES  
HISTORICAS Y GENERALES DE LA INSTITUCION.- CAUSAS DE SEPARA-  
CION DE CUERPOS EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO CANONICO.  
ELECCION ENTRE SEPARACION Y DIVORCIO.- FORMAS DE LA SEPARA-  
CION.- EFECTOS DE LA SEPARACION.- TERMINACION DE LA SEPARA-  
CION.- PAISES DONDE EXISTE EL DIVORCIO.- ESTUDIO DEL MISMO EN  
ELLOS COMO INSTITUCION JURIDICA Y COMO ACCION PROCESAL.**

**CAPITULO III.- PAISES QUE NO ACEPTAN EL DIVOR-  
CIO.- CONCORDATOS CON LA IGLESIA CATOLICA.- PAISES DONDE LA -  
DOCTRINA DEL CODIGO CANONICO SE ENCUENTRA INSERTA EN LOS CODI-  
GOS CIVILES CON RELACION A ESTE TEMA DE DISOLUCION Y SEPARA-  
CION.**

**CAPITULO IV.- ANULACION DEL MATRIMONIO EN EL DE-  
RECHO CIVIL.- MATRIMONIO RATO Y NO CONSUMADO DEL DERECHO CA-  
NONICO.- PRIVILEGIO PAULINO.- POTESTAD PAPAL PARA LA DISOLU-  
CION MATRIMONIAL.**

## P R O L O G O .

El matrimonio es una de las instituciones mas importantes de la vida jurídica, en él se encuentran fincadas la perpetuación de la especie, la educación de la prole, la ayuda mutua en sus aspectos espiritual y material, siendo además la base biológica y moral de la familia y por ende de las sociedades.

El derecho familiar, como parte del derecho civil, procura que dicha institución esté protegida dada su importancia, sin embargo, existe otra institución jurídica llamada divorcio, que pretende terminar totalmente con los lazos matrimoniales.

¿ Hasta donde esta última institución cumple su cometido ? ; Es este el medio adecuado para impedir la infelicidad de los matrimonios mal avenidos ? ; No es su existencia lo que da pie o facilita el que existan más distanciamientos, restándole seriedad y firmeza al matrimonio ? ; ¿ Que otros paliativos existen para esos estados en que se hace imposible la vida en común ? En toda esta lucha de valores ¿ qué interés se presta a la descendencia ? Al inquietarnos estas cuestiones, han hecho que las escojamos como tema de la presente tesis, procurando estudiar las disoluciones matrimoniales del Derecho Canónico y del Derecho Civil, no sólo en el aspecto técnico jurídico, sino tratando de llegar a las consideraciones de tipo ético y sociológico sobre estos problemas, guiados por las autorizadas opiniones de algunos tratadistas.

Concientes de nuestras limitaciones, pero avocados a estos problemas, con el respeto que nos merecen, nos hemos --

valide del Derecho Canónico, no solamente en cuanto a la influencia formadora de las instituciones modernas que tiene junto con el Derecho Romano, sino también en su aspecto de disciplina de vigencia actual y mundial cuyo contenido filosófico y teológico debe ser fuente de luz para todos los juristas.

Por otra parte hemos acudido al Derecho Civil, - el cual es considerado como la columna vertebral de la ciencia jurídica, complementando así el sentido de este trabajo.

#### CAPITULO I.

EL DIVORCIO.- NOCIONES GENERALES.- ANTECEDENTES HISTORICOS.- RAZONES QUE FUNDAMENTAN SU EXISTENCIA.- OPINIONES QUE ATACAN DICHA INSTITUCION.

##### EL DIVORCIO.- NOCIONES GENERALES.

• Divorcio proviene del latín "divortium", que significa disolución del matrimonio (Earcia). Forma sustantiva del antiguo *divertere*, que significa separarse (direiteración; *voltere*, dar vueltas).

Según el pensamiento-etimológico, el divorcio - significa ' dos sendas que se apartan del camino '.

En un sentido metafórico más amplio y moderno, divorcio es la separación de cualesquiera cosas que estaban -- unidas.

En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor: La disolución del vínculo matrimonial - y la mere separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo.



En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal". (1)

El tratadista francés Marcel Planiol lo define como "la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los dos esposos; *divortium* se deriva de *divertere*, irse cada uno por su lado. Esta ruptura solo puede existir por autoridad de la justicia y por las causas determinadas por la Ley".

Siguiendo al autor mexicano Rafael Rojas Villegas, podemos decir que existen dos clases de divorcio: El divorcio vincular que disuelve el vínculo matrimonial quedando los cónyuges en aptitud de celebrar nuevas nupcias y el divorcio - por separación de cuerpos, donde el vínculo perdura suspendiéndose solo algunas de las obligaciones maritales como el hacer vida en común, pero quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias.

El divorcio vincular a su vez puede ser voluntario o necesario, en el caso de divorcio voluntario existen dos sistemas para su realización, uno que solo requiere de la sanción de una autoridad administrativa y otro que necesita -- ser declarado por sentencia judicial, pero bastando en ambos -- con la manifestación de las partes, de su deseo de separarse -- sin dar causa específica para dicha separación.

(1) Fernando Fueyo Laneri, Derecho Civil, t. VI, v. I, Imp. y Lito Universo, S. A., Santiago de Chile, 1959, -- págs. 183 y 184, citado por Rafael Rojas Villegas, Derecho -- Civil Mexicano, Tomo segundo, Derecho de Familia, volumen II - 1962.

En algunos casos, como en Rusia, se ha aceptado aún el divorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges, o como en el caso del Uruguay, que siguiendo al Código Ruso permite el divorcio unilateral cuando es solicitado -- por la mujer.

Con relación a la separación de cuerpos como -- institución civil debe ser siempre decretada por los tribunales, en algunos países como reconocimiento a una sentencia eclesiástica anterior y en otros como institución independiente de los órganos de la Iglesia, pero en ambos casos persiguiendo los -- fines con los que ésta la creó.

**SEPARACION CANONICA.-** La separación canónica -- puede ser total o parcial y temporal o perpetua: Parcial en -- caso de ser sólo de lecho o de mesa o de ambas cosas, y total en caso de ser de habitación, la cual implica la separación de lecho y de mesa en lo referente a la separación total o parcial; del solo enunciado de las mismas, se desprende el modo de ser de éstas.

**DISCIUCION.-** El Romano Pontífice mediante el -- uso de su potestad vicaria, puede en algunos casos por sí mismo y en otros facultando a otras personas, disolver algunos -- matrimonicos exigiéndose determinados requisitos de procedibilidad.

#### **ANTECEDENTES HISTORICOS.-**

**DERECHO CANONICO.-** "Desde los primeros tiempos, la Iglesia reaccionó contra el divorcio. El punto de partida -- de este movimiento se halla en las palabras de Jesucristo, --

respecto a las cuales existe entre los Evangelistas una notable diferencia: En tanto que San Mateo parece admitir el divorcio cuando tiene como causa el adulterio, San Marcos y San Lucas lo condenan de una manera absoluta. Durante varios siglos, -- muchos padres de la Iglesia, entre ellos Tertuliano, autorizaron el divorcio conforme al texto de San Mateo; la tesis de la indisolubilidad absoluta fué defendida por San Agustín y proclamada cada vez con más frecuencia por los Concilios, sobre todo a partir del siglo VIII. Su triunfo cesó de discutirse en el siglo XII. Tanto Graciano como Pedro Lombardo deciden que el divorcio por causa de adulterio está prohibido". (2)

#### DERECHO ROMANO.

"Parece que el divorcio fué admitido legalmente desde el origen de Roma, pero no es de suponer que los antiguos Romanos usaran de esta libertad, que sin duda alguna, no concordaba con la severidad de las costumbres primitivas."

"Además, la mujer, sometida casi siempre a la manus del marido, era como una hija bajo la potestad paterna, y, en las unicas de este género la facultad de divorcio se -- reducía a un derecho de repudio que sólo el marido podía usar como causas graves. Es solamente en los matrimonios sin manus, al principio muy raros, donde ambos esposos tenían, para este asunto, iguales derechos. Así, realmente apenas hubo divorcio-

(2) Esmein, *Marriage*, T. I, 1ª ed. págs.45-57).  
Vease Roudier, *Les exceptions a la these de l'indissolubilité du mariage en droit canonique*, tesis, toulouse 1933". (Marcel Planiol, tratado elemental de Derecho Civil, tomo relativo al divorcio, filiación e incapacidad, de la traducción de José M. Cajica Jr. Puebla, México 1946 pág 106)".

en los primeros siglos. Pero hacia el fin de la República y -- sobre todo bajo el Imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres, y siendo más rara la manus, la mujer iba viéndose menos impedida de provocar el divorcio. Y llegó a ser tan frecuente como antes había sido raro, en forma que los -- historiadores van de acuerdo con los poetas en condenar la -- facilidad con que se rompían los matrimonios.

Generalizando: El divorcio puede tener lugar en dos maneras: a).- Bona gratia, es decir, por mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento -- había unido. b).- Por repudiación, es decir por la voluntad de uno de los esposos aún sin causa. La mujer tiene este derecho -- lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitida y casada -- con su patrono. Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la Ley Julia de adulteris, exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por un acta escrita, que le hacía entregar por un liberto.

Los emperadores cristianos no suprimieron el -- divorcio, que había echado ya profundas raíces en las costumbres, pero sí procuraban hacerlo más difícil, obligando a precisar -- las causas legítimas de repudiación.

Por otra parte, numerosas constituciones señalan, para casos de divorcio, infinidad de penas más o menos -- graves contra el esposo culpable, o contra el autor de una -- repudiación sin causa". (3)

(3) E. Petit, Derecho Romano, traduc. de Manuel Rodríguez Carrasco, Edit. Araujo, Buenos Aires, 1940, págs. 109-111)

"El matrimonio se disuelve por la muerte de cualquiera de los cónyuges. El Derecho Romano, sin embargo, admite, a más de esta causa natural de disolución, el divorcio o ruptura por voluntad de los interesados.

En los matrimonios civiles por *confarreatio*, el divorcio según la ley del *contrarius actus*, requería formas especiales creadas por los pontífices. Tales matrimonios sólo -- podían disolverse voluntariamente por *difarreatio*, o sea mediante una nueva ofrenda a Júpiter, Dios tutelar del matrimonio, - acompañada de *certa contrariaverba*. Probablemente el sacerdote podría negarse a officiar cuando no mediase ninguna de las causas de divorcio reconocidas por el Derecho Sacro.

Los matrimonios celebrados mediante *coemptio* o *usus*, disolvíanse en forma de *remancipatio* o venta aparente en *mancipium*, es decir, en esclavitud, seguida de una *manumissio* por el fingido comprador. La *remancipatio* de una mujer casada, equivale exactamente a la *emancipatio* de una hija: más bien -- que un divorcio, constituye, formalmente un repudio. La voluntad de la mujer es ajena al acto; no puede provocar el divorcio ni impedirlo. La cosa cambia sin embargo en los matrimonios -- *libero sin manus*. Estos pueden disolverse mediante *divorcium*, por convenio entre los cónyuges o por voluntad de uno de ellos. Tan sólo se requiere, para dar cierto carácter de seriedad y - notoriedad a la intención de divorciarse, que ésta revista la forma de declaración expresa - *repudium* - hecha a la parte contraria. El simple convenio de divorcio no basta para disolver el vínculo; ha de ir acompañado del *repudium mittere* - *dare* -- por parte de uno de los cónyuges. La mujer goza en este punto de iguales derechos que el marido.

El régimen de divorcio de los matrimonios libres extiéndese, con algunas modificaciones, a los revestidos de manus al desaparecer éstos, se impone con carácter general, finalmente, el régimen de divorcio propio de los matrimonios libres.

La legislación del Imperio Cristiano no deroga formalmente la libertad de divorcio por voluntad unilateral, ni se opone a que los matrimonios se disuelvan por el repudio más infundado. Introduce, sin embargo, ciertas penas para castigar los divorcios sin cause legal. Así, por ejemplo, la mujer que sin fundamento legítimo ponga fin al matrimonio pierde sus derechos dotales, y si se trata del marido, la donatio propter nuptias -o, por mejor decir, se le obliga a hacer efectiva la donación que por escrito prometió: la donatio ante-propter nuptias del Imperio Cristiano tiene por principal finalidad, conceder a la mujer inocente del divorcio, una ventaja patrimonial positiva a costa del marido divorciado. Por esta razón, exige, para la celebración del matrimonio, el otorgamiento por parte del marido de una donatio ante nuptias, es en cierto modo, una prenda que daban ambos contrayentes empeñándose la constitución de una dote por parte de la mujer: es en cierto modo, una prenda que daban ambos contrayentes empeñándose con ello a mantener indemnes los vínculos conyugales, contratando así hasta cierto punto, la libertad legal del divorcio". (4)

(4) Rodolfo Soón, Instituciones de Derecho Privado Romano, traduc. de Wenceslao Roces, Gráfica Panamericana S. de R. L. México 1951, págs. 293 y 294.

La decadencia moral de los últimos siglos anteriores a Cristo, hicieron muy frecuentes los divorcios, hasta que los emperadores Cristianos exigieron que el divorcio estuviese justificado con causas taxativamente determinadas, castigando al cónyuge que lo provocara sin concurrir éstas. Constantino establece que el marido puede repudiar impunemente a la mujer que haya cometido adulterio, o delito de envenenamiento o ejercido artes mágicas, y la mujer podía repudiar al marido de homicidio, de envenenamiento o 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 a la mujer la deportación.

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

Justiniano añadió a las causas justificativas del repudio, la impotencia del marido, prohibió el divorcio *communis concensu* vigente hasta entonces, autorizó el divorcio *bona gratia*, o sea el repudio por una causa prevista en la Ley que no entraña culpa del cónyuge repudiado (locura, voto de castidad o prisión y la impotencia). El *repudium sine ulla causa*, o sea sin concurrir un motivo reconocido como tal por la Ley, determina la disolución del matrimonio; pero el cónyuge repudiante incurre en penas patrimoniales y es recluído en claustro a perpetuidad.

Repudium ex iusta causa: Es el repudio hecho por un motivo que extraña culpa en el cónyuge repudiado. Los motivos respecto a la mujer son: Haber tenido noticias de maquinaciones contra el régimen y haberlas silenciado, haber puesto acechanzas a la vida de su marido, haber cometido adulterio. Respecto al hombre; Haber acusado a su mujer de adulterio sin probarlo, el haber intentado prostituir a su mujer, mantener relación sexual con mujer casada, tener concubina en su propia casa o frecuentar notoriamente la que tuviera en otra casa de la misma ciudad.

Justiniano, con objeto de frenar los divorcios, requirió además para que sean válidos, que los consientan los parientes que deben dar su consentimiento al matrimonio. (5)

"El primer ejemplo de divorcio que nos ofrece la historia de Roma es el de Cornelio Ruga, que en el año de 520 de la fundación de Roma, fué compelido a él por los censores, a causa de la esterilidad de su mujer.

La corrupción de costumbres hizo muy comunes los divorcios que antes no lo eran tanto; Juvenal nos refiere que una mujer en cinco años cambió ocho maridos. Y Seneca supone que la duración de los matrimonios era de la duración de los Consulados, esto es, anuales.

(5) Sta. Cruz Teijeiro Manual Elemental de -- Instituciones de Derecho Romano ed, revista de Derecho Privado Madrid)".



Las Leyes Julia y Papia Popena y después los -- Emperadores, fueron suprimiendo estos abusos. (6)

Podemos decir en conclusión, que en el Derecho Romano existió el divorcio variando su intensidad según las -- épocas e influencias de los Legisladores que tendieron a atenuarlo con objeto de proteger a la familia, encontrándose en las diversas formas que examinamos, antecedentes de los tipos de divorcio que actualmente existen, tanto el voluntario como el necesario, siendo interesante hacer notar que muchas de las causas de divorcio que existieron en Roma, tienen vigencia en el Derecho moderno, el cual ha ampliado los motivos de separación y facilitado la existencia de esta institución.

#### DERECHO MUSULMAN.

De la obra Derecho Musulmán de José López Ortiz citado por el Maestro Rafael Rojas Villegas en su libro Derecho Civil Mexicano, en el tomo referente al Derecho de Familia, entresacamos las causas principales que se dieron en el Derecho Islámico acerca del divorcio.

Los que podríamos llamar, dentro del fic, pleitos de divorcio, pueden fundamentarse en las siguientes causas: -- impotencia de uno de los cónyuges o enfermedades que hacen peligrosa la cohabitación si el conocimiento previo de estos efectos, y no obstante ellos, la continuación de la vida conyugal no han hecho prescribir el derecho de reclamar. Estos defectos-

(6) Curso Histórico exegético del Derecho Romano comparado con el Derecho Español de Don Pedro Gómez de la Serna)

o enfermedades pueden ser incurables, caso en el cual el cadí, sin más, disuelve el matrimonio; si en cambio las reputa curables, concede un plazo prudencial, pasado el cual, si no han desaparecido, disuelve el matrimonio.

Por incumplimiento de las condiciones del contrato: por ejemplo, el no pagar la dote el marido, el no suministrar alimentos a la mujer; concede también el cadí un plazo para cumplirlas, pasado el cual, disuelve el matrimonio, si no se ha hecho conforme se estaba obligado. Además ya se ha aludido que en algunas capitulaciones matrimoniales se estipulan condiciones especiales, cuyo incumplimiento, una vez desestablecido debe el cadí proceder a la disolución del matrimonio bien obligando al marido a repudiar a la mujer, si fue ésta la forma de disolución que se pactó, o bien, dando él la repudiación en nombre del marido si éste no puede o no quiere.

No sólo la mujer, sino cualquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio por diferencias ocurridas antes de la consumación del matrimonio, acerca de la cuantía de la dote o en general por desavenencias conyugales después de la consumación, como sevicias del marido, indocilidad de la mujer, etc. Por parte del marido, serán poco frecuentes éstas demandas, teniendo en su mano el medio de la repudiación para resolver cualquier dificultad de este género.

El adulterio tiene una consideración especial; ya se ha hablado de él en su aspecto de delito penado por la Ley. Pero hay un medio de hacer efectivas sus consecuencias cuando se pueden eludir en el orden penal. Se habla de esta cuestión en los tratados de fic bajo el título de *lian-juramento imprecatorio*, con el cual el marido acusa a su mujer.

Directamente tiende el procedimiento ha hacer constar la renua del marido a reconocer como suyo un hijo de su mujer. El marido que tiene pruebas directas del adulterio de su mujer, o que a lo menos se cree en el caso de no reconocerse padre de un ---- hijo de ésta, acude al cadí con la acusación; ante ella hace - el juez comparecer a ambos, a poder ser en la mezquita en hora de gran concurrencia; el marido formula solemnemente su acusación apoyándola con tres juramentos a los que añade el cuarto, que contiene la imprecación ritual bien de la Maldición Divina, si no dice la verdad. Si la mujer contesta y apoya su negación de las imputaciones del marido con otros cuatro juramentos, en el cuarto de los cuales se impreca también sobre sí la Cólera Divina -como las del marido son palabras sacramentales-, evade la pena del adulterio; pero la prole de todos -- modos ya no se atribuye al marido y el matrimonio queda disuelto".

"Aparte de estos medios, tiene el marido otro -- mucho más sencillo de disolver el matrimonio, que es el de --- repudiar a su mujer. Era éste un uso muy extendido antes de -- Mahoma, que se preocupó grandemente de él; a él se refiere en numerosos pasajes alcoránicos cuya sucesión cronológica parece queda fijada en la siguiente manera: IV, 24-5; II, 228-31; ---- IV, 1-6; XLIII, 28; LXVI, 5; II, 226, reveladora de un for-- traordinario éxito, por limitar las atribuciones exageradas -- que en este sentido se tomaban los maridos preislámicos. La -- tradición insistió en los principios alcoránicos, aunque con -- una mayor amplitud; el fic ha venido a consagrar estos principios, aunque admitiendo junto a ellos prácticas que ha sido --

imposible desarraigar, pese a todas las buenas voluntades de Mahoma y de los del hadiz. Entre las cosas lícitas, dice una tradición, ninguna es más odiosa a Alé que el repudio. Esto no obsta, como se ve, a su licitud.

Para pronunciar el atalque o atalca repudio, el marido ha de reunir las condiciones normales de capacidad; los esclavos no carecen de este derecho, siendo nulo el repudio pronunciado en estado de enajenación mental; en cambio, se duda acerca de si la embriaguez es obstáculo a la validez, --- sobre todo la embriaguez voluntaria. Es necesaria además la -- intención, de tal suerte que ella precisa la vaguedad de fórmulas que a primera vista parecerían dudosas. Con todo, la fórmula claramente expresiva de la voluntad de repudiar produce sus efectos cuando se alegue el haberla pronunciado bromeando. Parece natural que no se resuelva mediante el atalque más que un matrimonio existente; sin embargo, la Escuela Malequí admite el atalque de una mujer con quien aún no se ha concluído el contrato nupcial. El repudio no produce inmediatamente su efecto, a no ser en el matrimonio no consumado; en el consumado, pronunciada la fórmula, entra la mujer en su alheda, -- que dura tres meses, durante los cuales ha de suministrarle -- alimentos el marido; el atalque debe ser repetido otras dos -- veces durante estos dos meses --tratándose de esclavas otra -- vez más--: expirados los tres --dos-- meses y pronunciados los -- tres --dos--atalques--, queda el matrimonio disuelto; durante este tiempo de espera puede el marido volver a hacer vida conyugal con su mujer y vuelven las cosas a su primitivo estado. Si no pronuncia los tres atalques de todos modos, transcurridos los tres meses se disuelve el matrimonio; si desean el marido y la mujer reanudar su vida matrimonial tienen que hacer un nuevo --

contrato con nueva dote. Un uso vituperado pero reconocido --- como válido es el de repudio triple, consistente en repetir la fórmula de repudio tres veces, o en declarar que pronunciándola una sola vez se le da el valor de tres: por ejemplo, diciendo: "te repudio con repudio triple"; el matrimonio queda disuelto en el momento y la mujer observa la alhedá corriente, sin que el marido esté obligado a suministrarle alimentos, si a darle alojamiento; después del triple ataque es ya imposible un --- ulterior matrimonio entre estos esposos, a menos que entretanto haya contraído y consumado la mujer nuevo matrimonio, que haya sido después por cualquier causa disuelto; este último requisito se procura para un caso de reconciliación, de donde se suele desear con frecuencia, mediante un matrimonio simulado, con el cual la mujer se hace lícita al marido. Se recomienda a los maridos que al repudiar a su mujer le otorguen un don, --- llamado "consolatorio". (7)

"El juramento de continencia hecho por el marido se reputa ilícito. Con todo, si éste persevera en observarlo y el período de duración del mismo excede de cuatro meses, puede la mujer pedir al cadí que obligue al marido a reintegrarse a la vida conyugal, o a repudiarla, o en último caso que la repudie el mismo cadí en nombre del marido. Es preferible que el marido infrinja su juramento; en este caso queda sometida a la alcafería o expiación por la infracción del juramento. Una forma especial de estos juramentos es el Zihar, mediante el cual promete al marido que su esposa le será tan intangible co-

(7) José López Ortíz. Derecho Musulmán, ob. --- cit., págs. 164 a 166.

no su propia madre. Este juramento especial disuelve el matrimonio ipso facto. Con todo, cabe también infringirle y reintegrarse a la vida conyugal, mediante la acafara apropiada; aún después de la sentencia en que se declara disuelto el matrimonio en este caso, siempre que no haya pasado los tres meses de la alheda que debe iniciar la mujer apenas concoca la existencia de tal juramento, puede el marido retractarse y reanudar la vida conyugal". (8)

"Una última forma de disolver el matrimonio es el divorcio consensual retribuido; en esta forma renuncia el marido a los derechos que tiene sobre la mujer, mediante una compensación que ésta le paga; antes de consumado el matrimonio basta con que ésta renuncie a la dote; después, puede pactarse cualquier retribución por ejemplo, renuncia a la parte de la dote que quede por pagar, asumir ciertas cargas como mantener ella a sus expensas al hijo común, etc. Para la validez de esta convención se requiere en la mujer una plena capacidad de disposición, no así en el marido. Los efectos que producen idénticos a los del repudio; así si la mujer y el marido desean volverse a unir han de hacer nuevo contrato matrimonial. Cabe repetir tres veces la convención y entonces se equipare el triple repudio, necesitando la mujer para volver a su primer marido, contraer, consumir y disolver un ulterior matrimonio".

(9)

(8) José López Ortíz, ob. cit., págs. 166 y ---  
167.

(9) José López Ortíz, ob. cit. pág. 167.

## DERECHO FRANCÉS

Hasta antes de la Revolución Francesa en el Derecho Francés privaron las ideas católicas acerca de la indisolubilidad del vínculo marital permitiéndose sólo la separación de cuerpos. Fué por una Ley de 20 de septiembre de 1792 que se estableció el divorcio vincular, o sea un año después de la primera Constitución Francesa de 1791, dicha Ley admite el divorcio no solo por consentimiento mutuo, sino por simple incompatibilidad de caracteres alegado por uno solo de los esposos. En seguida, crean numerosas causas de divorcio, algunas de las cuales eran muy discutibles, como la inmigración, locura, la desaparición de uno de los esposos durante cinco años. La convención facilitó aun más el divorcio en sus decretos del 5 nivose y del 4 floreal año II. Pero, ante el abuso de esta nueva libertad pronto volvió a la Ley de 1792 (decr. del 15 termidor año III).

El Código Civil conservó el divorcio, pero tomando precauciones para reglamentarlo y "detener el torrente de inmoralidad" que se desprendía de las leyes revolucionarias. Se suprimió el divorcio por incompatibilidad de caracteres a petición de uno solo de los esposos. Se hizo mas difícil el divorcio por mutuo consentimiento. Por último, las causas determinadas del divorcio se redujeron de 7 a 3. Estas sabias medidas produjeron efectos saludables. El término medio de los divorcios se redujo en París a 50 por año (75 cuando más).

Con la restauración y la Carta de 1814 se estableció el catolicismo como religión del Estado, quedando, por lo mismo, condenado el divorcio. Debonald depositó una Ley --

relativa a la abolición del divorcio, que fué la del 6 de mayo de 1816. Siempre se ha considerado que esta ley es la satisfacción dada a la Iglesia contra el regimen derivado de la revolución. Las apasionadas frases de Debonald, y las discusiones que originó el proyecto, no dejan ninguna duda a este respecto. La carta de 1830 privó al catolicismo de su caracter de religión exclusiva. La consecuencia lógica de ésto debió haber sido el restablecimiento del divorcio, pero aunque la Cámara de Diputados en los primeros años del reinado de Luis Felipe, la votó cuatro o cinco veces, siempre fué rechazada por la de los Pares. En 1848 la Constituyente lo rechazó a su vez y solamente 68 años después de su supresión, fué restablecido por la Ley de 19 de julio de 1884 como consecuencia de una prolongada campaña emprendida por Naquet. Una segunda Ley, del 18 (alias) 30 de abril de 1886 modificó el procedimiento de divorcio. Por último, a su vez se modificaron los artículos 248 y 299 en - - 1893." (10)

#### DERECHO MEXICANO.

Los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y de 1884 se caracterizan por no permitir la disolución vincular sino -- exclusivamente la separación legal.

El Código de 1870 señaló en su artículo 240 las siguientes causas de separación. 1) El adulterio de uno de los cónyuges. 2) La propuesta del marido para prostituir a la mujer,

(10) Marcel Planiol Citra citada.



no sólo cuando el mismo marido lo 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. 3) La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal. 4) El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción. 5) El abandono sin justa causa del domicilio conyugal, -- prolongado por más de dos años. 6) La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél. 7) La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

En el Código Civil de 1884, se reproducen estas siete causas de separación, pero además, se agregan las siguientes: 8) El hecho de que la mujer dé a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo. 9) La negativa de uno de los cónyuges de suministrar alimentos conforme a la ley. 10) Los vicios incorregibles del juego o embriaguez. 11) Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y que haya tenido cumplimiento el otro cónyuge. 12) La infracción de las capitulaciones matrimoniales. Además, este Código reglamentó el divorcio -- por separación de cuerpos a través del mutuo consentimiento de los consortes. (11)

No es sino hasta la ley de 27 de diciembre de 1914 que en México aparece el divorcio vincular estableciendo una serie de causas que podríamos dividir en dos apartados, --

(11) Rafael Rojas Villegas obra citada págs. -- 63, 64 y 65.

el primero referente a las que hacían imposible o inderida la realización de los fines del matrimonio siendo éstas las siguientes: a) Impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie; b) Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias y por último c) Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común ya no se podían cumplir los fines matrimoniales, en el segundo apartado de serie de causas, podían considerarse a su vez, las siguientes: a) Faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal. Es decir, se incluían los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas, que arrojaran una mancha irreparable; b) Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así -- como la corrupción de los hijos; y c) El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono en condiciones afflictivas de un cónyuge o de los hijos. (12)

Con posteridad en 1917 Don Venustiano Carranza expidió "La Ley sobre relaciones familiares", la cual tomó en cuenta en su texto las causas de divorcio reguladas en el Código de 1884, pero suprimió lo referente a la infracción de las capitulaciones matrimoniales que dicho ordenamiento establecía y que ha sido el único hasta la fecha que impuso como causal de divorcio dichas infracciones agregándose una causal más. "Cometer un

(12) Rafael Rojas Villegas obra citada pág 63.

cónyuge contra la persona o los bienes de otro un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalada en la ley, una pena que no baje de un año de prisión. (13)

Esta Ley de Relaciones Familiares quedó sin vigencia con la estructuración del Código Civil vigente.

#### RAZONES QUE FUNDAMENTAN LA EXISTENCIA DEL DIVORCIO.

El prestigiado Maestro Rafael Rojas Villegas - dice en su texto referente a Derecho de Familia lo siguiente. "Si tomamos en cuenta las finalidades mismas del matrimonio - - creemos que desde el punto de vista moral sí se justifica el - divorcio pero sólo ante causas graves. (14)

También afirma "En rigor ciertos hechos inmorales que ponen desde luego en peligro inmediato la integridad - de la familia sí deben motivar el divorcio como son aquellas - causas que implican la corrupción de los hijos, o la inmoralidad dentro del seno del hogar, ante el intento del marido de prostituir a su mujer, con el ejemplo consiguiente para los - - hijos, o el adulterio de cualquiera de los consortes. Evidentemente que desde el punto de vista de una ética que no esté - - sometida a prejuicios, nos deberá aconsejar que la solución - - correcta, la solución moral, es la disolución de este vínculo,

(13) Rafael Rojas Villegas obra citada pág. 69

(14) Rafael Rojas Villegas obra citada pág. 251.

pues aquí el divorcio es una medida necesaria para evitar inmoralidades de mayor alcance, para detener un torrente de inmoralidad que de otra manera el derecho estaría permitiendo. - (15)

"Prescindiendo del divorcio voluntario que es por consiguiente discutible, en las dos manifestaciones importantes del divorcio necesario como sanción y como remedio, si se justifica desde el punto de vista moral; pero sin abusar en cuanto a las causas de divorcio, y sin llegar como lo hace nuestro Código Civil vigente, a equiparar graves hechos inmorales o delictuosos, con causas que en realidad no deben motivar el divorcio. Por ejemplo: la comisión de delitos que se sancionen con una pena mayor de dos años de prisión, no en perjuicio de uno de los cónyuges, sino de un tercero, no deber ser desde el punto de vista moral, una causa de divorcio. En cambio la acusación calumniosa de un cónyuge contra otro, el adulterio, el intento del marido para prostituir a la mujer, el delito en que marido y mujer incurriesen al corromper a los hijos, ciertas gravísimas injurias, se ha roto para siempre esa comunidad espiritual a la que aludíamos, que constituye la base, la razón de ser que justifica esa vinculación durante la vida de los consortes". (16)

"En cuanto al divorcio remedio, su justifica---

(15) Rafael Rojas Villegas, ob.cit., Pág. 251-  
y 252.

(16) Rafael Rojas Villegas, ob. cit. pág. 253  
y 254.

ción tiene que ser desde el punto de vista moral, en defensa de la prole en las enfermedades hereditarias y para proteger al cónyuge sano de los padecimientos contagiosos así como a los hijos ya existentes. Es decir, una consideración en defensa de la especie, hace que el divorcio se justifique también en el terreno de la moral. (17)

El tratadista francés Marcel Planiol opina: ---  
"En resumen, el divorcio es un mal, pero un mal necesario porque es remedio de otro mayor. Prohibir el divorcio porque es encjoso, equivaldría a querer prohibir la amputación porque el cirujano mutila al enfermo. No es el divorcio el que destruye la institución del matrimonio, sino la mala inteligencia de los esposos, siendo el divorcio el que pone fin a ésto. Queda por saber si la ley que permite el divorcio puede ser lo suficientemente fuerte para limitar el mal. La experiencia parece demostrar que admitido el principio, no hay ningún freno a su aplicación". (18)

"El divorcio, se dice, que sacrifica a los hijos en interés de los padres, pero este es 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 o 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. Las me-

(17) Rafael Rojina Villegas, ob. cit. pág. 256.

(18) Marcel Planiol, ob.cit. pág. 18.

didias que deben tomarse para la educación de los hijos en caso de que los padres sean indignos, son las mismas, ya se trate de divorcio o de separación". (19)

"¿ Debe admitirse el divorcio y por qué razones? El matrimonio se contrae para toda la vida; los esposos se comprometen en una unión perpetua; pero quien dice perpetuidad no dice necesariamente indeclubilidad. La unión del hombre y de la mujer, que debería ser una causa de paz y concordia, -- una garantía de moralidad, no realiza a veces su fin. La vida común llega a ser imposible, se rompe, o bien si continúa, el hogar se convierte en un foco de disgustos; en una causa permanente de escándalos. Es un mal que resulta de las pasiones y de las debilidades humanas. Trátase de una situación de hecho que el legislador necesariamente debe tomar en consideración, porque es responsable del orden y de las buenas costumbres; debe intervenir: ¿Cuál será el remedio? Para unos la separación de cuerpos basta. La vida común es la causa del mal. Es necesario romperla mediante un procedimiento legal y permitir a los esposos vivir bajo el régimen de separación. Este remedio empero es insuficiente. Es cierto que la separación de cuerpos hace desaparecer los inconvenientes de la vida común; al suprimir el hogar, suprime las causas diarias de fricción, pero deja subsistir el matrimonio; los dos esposos viven separados, pero permanecerán casados; el vínculo matrimonial no se ha disuelto, solamente se ha relajado. De esto resulta que no siendo los esposos libres, no pueden contraer nuevas nupcias y crearse otra familia. Su existencia es sacrificada sin esperanza. Están condenados, por tanto, al celibato forzoso. La ventaja del di--

divorcio es hacer posible para los esposos desunidos otro matrimonio". (20)

Al instituirse en México por primera vez el divorcio vincular por medio de la Ley de 1914, en el texto de -- sus considerandos se detallan una serie de razonamientos que -- favorecen la figura jurídica que dicha Ley estaba instituyendo, por ser de interés esta serie de consideraciones transcribimos el texto íntegro de las mismas.

"Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército-Constitucionalista. Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos y Jefe de la Revolución, en virtud de las facultades de que me encuentro investido, y considerando:

Que el matrimonio tiene por objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la -- mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas de -- la vida; que, en esa virtud se contrae siempre en concepto de -- unión definitiva, pues los cónyuges al unirse entienden conseguir por ese medio la realización de sus más altos ideales; -- pero, desgraciadamente, no siempre se alcanzan los fines para -- los cuales fué contraído el matrimonio y, por excepcionales que -- puedan ser estos casos, la ley debe justamente atender a remediarlos, relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda la existencia, es un estado irregular -- contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas;

que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio -- en nuestra legislación, o sea la simple separación de los -- cónyuges sin disolver el vínculo, única forma que permitió la ley

de 14 de diciembre de 1874, lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo crea una situación irregular, peor que la que trata de remediar, porque fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente los afectos entre padres e hijos, y extendiendo la demoralización en la sociedad;

que esa simple separación de los consortes crea, además una situación anómala de duración indefinida que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida;

que la experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas enseñan que el divorcio que disuelve el vínculo es el único medio de subsanar, hasta donde es posible, los errores de uniones que no pueden subsistir;

que admitiendo el principio establecido por nuestras Leyes de Reforma, de que el matrimonio es un contrato civil, formado por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan definitivamente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias;

que tratándose de uniones que, por irreductible incompatibilidad de caracteres, tuvieran que deshacerse por voluntad de las partes, se hace solamente necesario cerciorarse de la definitiva voluntad de esos cónyuges para divorciarse, y de la imposibilidad absoluta de remediar sus desavenencias o



de resolver sus crisis, lo cual puede comprobarse por el transcurso de un período racional de tiempo, desde la celebración del matrimonio hasta que se permita su disolución, para convenirse así de que la desunión de los cónyuges es irreparable;

que por otra parte, al divorcio por consentimiento mutuo es un medio discreto de cubrir las culpas graves de alguno de los cónyuges por medio de la voluntad de ambos para divorciarse, sin necesidad de dejar sobre las respectivas familias, o sobre los hijos, la mancha de la deshonra;

que además es bien conocida la circunstancia de que el matrimonio entre las clases desheredadas en esta país es excepcional, realizándose la mayor parte de las uniones de ambos sexos por amasiatos, que casi nunca llegan a legalizarse ya sea por la pobreza de los interesados o por temor instintivo de contraer un lazo de consecuencias irreparables, y en estas condiciones es evidente que la institución del divorcio que disuelve el vínculo, es el medio más directo y poderoso para reducir a su mínimo el número de uniones ilegítimas entre las clases populares, que forman la inmensa mayoría de la Nación Mexicana, disminuyendo, como consecuencia forzosa, el número de hijos cuya condición esté actualmente fuera de la ley;

que además, es un hecho fuera de toda duda que en las clases medias de México la mujer, debido a las condiciones especiales de educación y costumbres de dichas clases, está incapacitada para la lucha económica por la vida, de donde resulta que de la mujer cuyo matrimonio llega a ser un fracaso, se convierte en una víctima del marido, se encuentra en una condición de esclavitud de la cual es imposible salir si -

la ley no la emancipa desvinculándola del marido; que, en efecto, en la clase media la separación es casi siempre provocada por culpa del marido, y es de ordinario la mujer quien la necesita, sin que con esto haya llegado hasta hoy a conseguir --- otra cosa que apartar temporalmente a la mujer del marido, pero sin remediar en nada sus condiciones económicas y sociales, -- por lo que sin duda el establecimiento del divorcio tendería, -- principalmente a nuestra clase media, a levantar a la mujer y a darle posibilidades de emanciparse de la condición de esclavitud que en la actualidad tiene;

que, por otra parte, la institución del divorcio no encontraría obstáculo serio de las clases elevadas y cultas, supuesto que las enseñanzas de otros países en donde se encuentra establecido, les tienen acostumbradas a mirar el divorcio que disuelve el vínculo como perfectamente natural;

que la experiencia de países tal cultos como -- Inglaterra, Francia y Estados Unidos de Norteamérica, ha demostrado ya, hasta la evidencia, que el divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad porque, facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evitando la -- multiplicidad de los concubinatos y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas, da mayor estabilidad a los efectos y relaciones conyugales, asegura la felicidad de mayor número de familias y no -- tiene el inconveniente de obligar a los que por un error o ligereza, fueron al matrimonio a pagar su falta con la esclavitud de toda la vida;

que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo es el medio directo de corregir una verdade-

ra necesidad social, debe tenerse en cuenta que sólo se trata de un caso de excepción, y no de un estado que sea la condición general de los hombres en sociedad; por lo cual es preciso reducirlo sólo a los casos en que la mala condición de los conyuges ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación.

Por tanto, he tenido a bien decretar lo siguiente:

Art. 10.- Se reforma la fracción I. del artículo 23 de la Ley del 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretada el 25 de diciembre de 1873, en los términos siguientes:

Fracción I.- El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los conyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indehida la realización de los fines del matrimonio, o por falta grave de alguno de los conyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los conyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Art. 20.- Entre tanto se establece el orden constitucional en la República, los Gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta Ley pueda tener aplicación.

Transitorio.- Esta Ley será publicada por bando y pregonada. Comenzará a surtir sus efectos desde esta fecha.

Constitución y Reformas.

Veracruz, a los 29 días del mes de diciembre de 1914.

El tratadista mexicano Fernández Clérigo afirma: "Un divorcio que puede establecerse caprichoso o livianamente, sin garantías y sin justificación, sería, en verdad, y es por desgracia, en algunos países, una lamentable fuerza destructora de la familia; pero un divorcio razonado, fundado en justas y graves causas probadas ante los tribunales, o en algún caso, como el del mutuo consentimiento, rodeado de garantías y administrado por sabios y prudentes jueces, salva gravísimas situaciones, soluciona honrosos conflictos y dramas familiares y puede ser fuente de salud y de orden para la economía y la vida del hogar". (21)

Por otra parte el jurista Ricardo Couto dice al respecto lo siguiente:

Puesta la discusión en sus verdaderos términos, no puede menos sostenerse que si la separación es una necesidad de todo matrimonio en que la vida común se ha hecho imposible, preferible es por mil conceptos que se haga radicalmente, como la hace el divorcio; no caben términos medios en el asunto: o hay matrimonio o no lo hay, y si la vida común, que es la base del matrimonio, se ha roto, es absurdo sostener que haya matrimonio; pretender que éste subsista a pesar de la separación de los esposos, no es más que una ficción; en efecto, ¿qué queda del matrimonio una vez rota la comunidad de existencia? ¿puede uno llamar matrimonio a ese estado de cosas en que

(21) L. Fernández Clérigo, El Derecho de Familia en la legislación comparada 1947, ob. cit., pág. 127.

el hombre y la mujer viven, cada quién, por su lado, comprometidos quizás en ilegítimas uniones? ¿puede suponerse vivo, valiéndose de una ficción jurídica, lo que ha dejado de existir? ¿y cuáles son los beneficios que acarrea esta ficción?

Impedidos los esposos separados de contraer --- nuevo matrimonio, no les quedan más que dos caminos: o condenarse a un celibato forzado o buscar la satisfacción de sus -- pasiones en uniones reprobadas por la sociedad; lo primero es contrario a la naturaleza; lo segundo es contrario a la moral; ahora bien, un sistema de legislación que no se complace con los principios naturales y morales, no podrá menos de producir funestas consecuencias para el individuo y para la sociedad.

Mucho se habla de que el divorcio es contrario a la dignidad del matrimonio: nosotros preguntamos ¿no es más indigno para el matrimonio y más contrario al respeto que se merece esta institución el pretender que se mantenga por la -- fuerza? Además, ¿no es una tiranía, una violencia incompatible con la dignidad humana el querer que dos individuos sigan llamándose esposos y teniéndose las consideraciones de tales, --- cuando han mediado entre ellos ofensas gravísimas contra la -- persona o contra el honor". (22)

"De todo lo dicho se infiere que el divorcio, - sin dejar de tener los mismos inconvenientes que la simple --- separación de cuerpos, presenta innumerables ventajas que ésta no tiene; desde luego es más conforme con los principios, y -- encerrado dentro de justos límites, es una institución de moralidad. Decimos encerrado dentro de justos límites, porque con-

(22) Ricardo Cuto, Derecho Civil Mexicano, De las Personas, México, 1919. t. I. págs. 303 y 304.

todos los autores que han escrito sobre la materia, reconocen que el ideal que debe perseguirse en el matrimonio es la perpetuidad del vínculo; en consecuencia, sólo 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". (23)

#### OPINIONES QUE ATACAN LA INSTITUCION DEL DIVORCIO.

La principal defensa del matrimonio y el repudio más grande al divorcio ha sido por parte de la Iglesia Católica, ya que considera la unión matrimonial indisoluble, pues el fin del matrimonio para ella es mucho más noble y elevado que el perseguido por otros organismos que sólo pretenden una felicidad terrenal y por tanto temporal de los cónyuges, para el dogma católico existen fines superiores como son: la procreación de los hijos y su debida formación, abarcando la ayuda mutua en el matrimonio, no sólo los aspectos materiales de socorro en las necesidades, sino en los aspectos espiritual y moral principalmente. Hace esta posición de las palabras del mismo Jesucristo, que llegan a nosotros a través del Nuevo Testamento: "Lo que Dios ha unido, no lo desuna el hombre ... Así pues os declaro que cualquiera que despidiera a su mujer sino en caso de adulterio, y aún en este caso se casare con otra, éste tal comete adulterio; y quien se casare con la divorciada, también lo comete". (Mat, XIX-5 a 9).

(23) Ricardo Couto, ob. cit., págs. 307 y 308.

"Yo os digo que cualquiera que despidiere a su mujer si no es por causa de adulterio, la expone a ser adúltera; y el que se casare con la repudiada, es así mismo adúltero". (Mat. v-31-32).

"Cualquiera que desechare a su mujer y tomare otra, comete adulterio contra ella y si la mujer se aparta de su marido y se casa con otro, es adúltera". (Mat. X-11 y 12).

"Cualquiera que repudia a su mujer y se casa con otra, comete adulterio; y comételo también el que se case con la repudiada por su marido". (Luc. XVI-18).

Como es de apreciarse del texto evangélico, --- podemos concluir que como principio la unión matrimonial por ser divina no puede ser disuelta por el hombre, sin embargo si se da la posibilidad de despedir a la mujer por causa de adulterio, lo cual no quiere decir que exista disolución como suele afirmarse sino únicamente una separación por una causa --- justificada, y decimos, que no hay disolución del vínculo, --- pues el mismo texto evangélico prohíbe las nuevas nupcias de estas personas separadas por causa de adulterio.

"Durante varios siglos, muchos padres de la --- Iglesia, entre ellos Tertuliano, autorizaron el divorcio con--- forme al texto de San Mateo; la tesis de la indisolubilidad --- absoluta fué defendida por San Agustín y proclamada cada vez --- con más frecuencia por los Concilios, sobre todo a partir del siglo VII. Su triunfo cesó de discutirse en el siglo XII, --- Tanto Graciano como Pedro Lombardo deciden que el divorcio por causa de adulterio está prohibido. (24)

"La Historia nos presenta casos dolorosísimos-

por sus fatales consecuencias, que son otras tantas pruebas de que la Iglesia bajo ningún concepto concede divorcios. Recordemos entre estos casos el de Enrique VII, Rey de Inglaterra, quien solicitó del Papa Clemente VI le concediera el divorcio de Catalina de Aragón, para poder contraer segundo matrimonio con Ana Bolena, amenazándolo con que, de no acceder a sus deseos, llevaría a Inglaterra al cisma, a pesar de lo cual S. S. el Papa no consintió en ello, aunque preveía los males incalculables que, para las almas de los ingleses, traería el separar de la Iglesia las Islas Británicas, que un tiempo habían merecido el calificativo de Islas de los Santos.

Enrique VIII llevó su inquina al grado de acabar con el culto católico en toda Inglaterra, en la que éste se extinguió por completo durante más de 200 años. La persecución emprendida contra la Iglesia, originó la muerte de 21 Obispos, 500 Sacerdotes y más de 72,000 fieles. Los mártires más ilustres fueron el Canciller Santo Tomás Moro, T. F. y el Cardenal Fischer.

Ni los reyes y emperadores con todo su poder, han logrado nunca que la Santa Sede les conceda un divorcio. Entre ellos Napoleón Bonaparte, que no pudo conseguir del Papa Pío VII su divorcio de Josefina; el Rey Felipe Augusto de

(24) Esmein, *Marriage*, t. I, 1a. Ed. págs. 45-89)

Véase Roudier, *Les exceptions a la these de l'indissolubilité du mariage en droit canonique*, tesis, Toulouse, 1933". (Marcel Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, tomo relativo al Divorcio, Filiación e Incapacidades, de la traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, pág. 14).



Francia, el Emperador Lotario de Lorena, etc., etc. (25)

RAZONES POR LAS CUALES LA IGLESIA SIEMPRE HA --  
CONDENADO EL DIVORCIO.

El Canon 1,113 del Código de Derecho Canónico - en vigor, dice: "Los padres tienen obligación gravísima de --- procurar con todo empeño la educación de sus hijos, tanto la - religiosa y moral, como la física y civil, y de proveer también a su bien temporal.

Como medida de protección a los hijos, la Iglesia condena el divorcio, ya que ésta solo puede obtenerse en un -- hogar donde se encuentren unidos los padres, la falta de uno - de los cónyuges en el seno de la familia, no puede ser suplida en forma alguna, y los cónyuges que lleven a un nuevo matri--- monio a los hijos con posterioridad al divorcio, los exponen a la incomprensión y algunas veces hasta al odio del nuevo con--- sorte, y si vienen otros hijos a este nuevo matrimonio además de los existentes, las diferencias y los problemas se ven agu--- dizados; por otra parte, el sólo hecho del divorcio puede ser un ejemplo para que cuando los hijos de los divorciados se en--- cuentren casados, piensen que si sus padres se sirvieron de -- este medio para terminar una vida de desavenencias, ellos --- pueden hacer otro tanto sin una crítica aguda en su propia --- conciencia. Además, no sólo la prole es perjudicada con el di--- vorcio, los mismos cónyuges lo son, pues éste exacerba el odio entre ellos procurando perjudicarse mutuamente, y llegando --- hasta el frecuente caso de exhibirse públicamente ante las auto

ridades judiciales en pleito por intereses meramente económicos. Es de criticarle también al divorcio que impide la reflexión que permite la separación de cuerpos, que en muchos casos, sin disolver el vínculo da tiempo a los desavenidos a pensar con serenidad su exacta situación pudiendo modificar su deseo de disolver el hogar salvado su matrimonio, sin que interfiera a este deseo la lucha judicial que aviva el amor propio y hace intervenir a terceros no siempre de buena fe, poniendo uno contra otro a seres que deberían estar libres de estas presiones para poder razonar sin prejuicios sobre la conveniencia de sobrellevar las diferencias en bien de toda la familia.

La mujer es especialmente afectada por el divorcio, viéndose no pocas veces desamparada moral y económicamente, ya que la protección legal no siempre puede hacerse efectiva dado que en la práctica forense sabemos de muchos médicos para burlar su cumplimiento, por otra parte queda convertida en fruto apetecible para individuos que viéndola en el desamparo y falta de afectos, procuran enloderar más su ya triste situación. El hombre se ve generalmente separado de sus hijos, y con una serie de trabas que dificultan el que intervenga en su educación y formación, estando en cambio obligado a una carga económica de un hogar que no disfruta, y muchas veces presa de los celos, pues no es poco frecuente que a pesar del divorcio, subsista el amor. Es, en fin, el divorcio, la causa de una serie de situaciones irregulares y falsas, vergonzosas y crueles, que soportan quienes no han tenido la entereza de conservar en bien propio y de los hijos la liga matrimonial, -

que si bien es cierto, a veces produce estados de infelicidad, éstos son proporcionalmente menos desagradables y bochornosos- que la disolución del vínculo.

Ramos Predeza citado por el maestro Rojas --- Villegas en la pág. 10 de su libro referente al Derecho de --- Familia, opina lo siguiente: "La simple separación sin el di- --- vorcio, tiene una inmensa ventaja; y es, que abre la puerta de la reconciliación a los dos esposos: en un momento dado se sien- ten vivamente ofendidos por la injuria más grave que pueda --- haber, por la infidelidad. Pues bien, dejad que pase algún tiem- po, dejad que los niños derramen sus primeras lágrimas al ver- al padre y a la madre desunidos, dejad que venga la religión, - poniendo sobre aquella herida su bálsamo incomperable; dejad - que las almas buenas hablen ese lenguaje de la resignación y de la dulzura, que es tan convincente; dejad que se cumpla la --- frase divina del gran poeta castellano: ¡Oh, Humanidad, tan - pronta al sacrificio; podrá mancharte el vicio y ofuscarte el- error, pero eres buena!- Y tal vez, aquel matrimonic desgracia- do vuelva a contemplar que otra vez se levante la aurora de la alegría y de la felicidad; tal vez aquel hogar vuelva otra vez a reconstruirse; tal vez con los restos de aquella pobre man- sión se pueda levantar otra vez un nido de amor y de cariño. - Pero el divorcio viene del acaloramiento de las pasiones, del- rencor, de la ofensa, toma al marido y le dice: ve a buscar -- otra esposa, y toma a la esposa y le dice: ve a buscar otro -- hombre en cualquier camino, donde lo encuentres, de cualquier- modo, yo te autorizo. El divorcio levanta entonces un abismo - de odio, en donde la religión cristiana, en donde la piedad so

cial, en donde las lágrimas de los hijos querían construir la-cadena de la reconciliación y del amor". (26)

(26) Ramos Predueza, Conferencias, México 1922.  
págs. 14 y 15. Citado por Rafael Rojina Villegas.

## CAPITULO II.

LA SEPARACION DE CUERPOS.- NOCIONES HISTORICAS Y GENERALES DE LA INSTITUCION.- CAUSAS DE SEPARACION DE CUERPOS EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO CANONICO. ELECCION ENTRE SEPARACION Y DIVORCIO.- FORMAS DE LA SEPARACION. EFECTOS DE LA SEPARACION.- TERMINACION DE LA SEPARACION.- PAISES DONDE EXISTE EL DIVORCIO.- ESTUDIO DEL MISMO EN ELLOS COMO INSTITUCION JURIDICA Y COMO ACCION PROCESAL.

LA SEPARACION DE CUERPOS.- NOCIONES HISTORICAS Y GENERALES DE LA INSTITUCION.

La base en que se finca la institución de separación de cuerpos, es la indisolubilidad matrimonial que proclama la doctrina de la Iglesia Católica y estatuye el Derecho Canónico, "la literatura canonista así lo ha establecido desde Graciano, pasando por las decretales hasta su confirmación en el concilio de Trento". (1)

El mismo Jesucristo afirmó dicha indisolubilidad abrogando el libelo del repudio que permitía la Ley Moaica, el maestro Jorge Mario Magallón Ibarra citando a Ricciotti, nos señala un pasaje de la vida del Divino Redentor donde vemos con claridad dicha abrogación, y el cual transcribimos:

(1) Vicente Montserrat, Der. Matrimonial Canónico.- ob. cit., pág. 391.

"Acercáronse, pues, los fariseos, y propusieron a Jesús lo siguiente: ¿Es lícito repudiar a la propia mujer por cualquier causa? (Mateo, 19,3). El Evangelista advierte que los fariseos hacían esta pregunta para tentar a Jesús. La cuestión, en efecto, era vieja, ya tratada en las escuelas rabínicas --- con mucha anterioridad, y prolongada con posterioridad a El. En la Ley de Moisés se concedía el divorcio sólo a iniciativa marital, con estas palabras: Cuando un hombre tome --- mujer y se convierta en marido, y ocurra que ella no encuentre gracia a los ojos de él, o bien si en ella encuentra algo de repugnante (hebr. 'ervat dabar), él escribirá para ella el libelo de repudio y se lo entregará en sus manos, y la despedirá de su casa. (Deuteronomio, 24,1). El libelo de repudio permitía a la divorciada contraer nuevo matrimonio, pero después de éste, o por muerte del nuevo cónyuge o por nuevo divorcio, el primer marido no podía volver a tomar consigo la mujer divorciada --- (ibíd., 24, 2-4). Los rabinos estaban orgullosos de esta facultad del divorcio y la consideraban un privilegio concedido por Dios a Israel y no a los paganos. La divergencia entre ellos --- empezaba cuando había de definirse la razón suficiente para admitir el divorcio, razón aludida en las palabras algo de --- repugnante encontrado por el marido en la esposa."

"Ateniéndose a lo que refiere la Mishna (Ghittin, IX, 10), las escuelas de los dos grandes maestros pre-cristianos, Shammal e Hillel, adoptaban aquí, como en otros casos, una posición contraria. Los Shammaístas interpretaban la razón aludida por la Ley en sentido moral según ellos, algo de repugnante aludía al adulterio, que era el caso que autorizaba el divorcio.

Los Hillelianos interpretaban el concepto en sentido - mucho más amplio, cual si se refiriera a cuanto fuera inconveniente en la vida familiar o civil, y educían el ejemplo de una mujer que dejare quemarse una comida, razón por la que se merecía el -- divorcio. Más tarde Rabbi Aquiba había de ir más lejos aún, afirmando que era razón suficiente para el divorcio que el marido -- hallase una mujer más bella que la suya.

"Difícil es saber si los fariseos que propusieron la -- cuestión a Jesús eran shammaítas o hillelianos. Sus palabras: -- ¿Es lícito repudiar... por cualquier causa?, aluden ciertamente a la doctrina amplia de los hillelianos, pero ¿pretende esta alusión ser un requerimiento en pro de la doctrina, o una invitación a -- rechazarla? En otras palabras, ¿son los tolerantes hillelianos -- quienes quieren atraer a su causa a Jesús, o los rigoristas: -- -- shammaítas los que esperan oír de Jesús una condenación de la -- doctrina laxista?

"Jesús, como en otros casos, pasa sobre hillelianos y shammaístas y se remonta al origen de la cuestión. El, respondiendo, dijo: "¿No leisteis que quien creó desde el principio "varón y hembra los hizo" y dijo: "A causa de esto abandonará el hombre al padre y a la madre y se unirá a su mujer, y serán los dos en una sola carne"? (Génesis, 1,27; 2,24). Así, no son ya dos, sino una sola carne. Por consiguiente, lo que Dios unió, (el) hombre no lo separe" (Mateo, 19,4-7). Con esta contestación, sobre todo con su período conclusivo, la institución del matrimonio es estudiada en sus mismos orígenes, anteriores a cualquier discusión -- humana, y aún a la legislación de Moisés. Con la doble cita del Génesis, Dios mismo es llamado en causa, en cuanto Creador del género humano e institutor del matrimonio, y la conclusión es --

que lo que Dios unió, (el) hombre no lo separe.

"Era de prever la réplica de los fariseos, quienes contestaron: ¿Por qué entonces, mandó Moisés "dar libelo de repudio y despedirle"? (Deuter, 24,1). ¿No era el divorcio un privilegio de los israelitas? ¿No se mencionaba y regulaba en la misma Ley de Moisés? Si prevalecía la norma de Jesús "hombre no separe", - había que renunciar al privilegio del divorcio, lo cual era un absurdo para aquellos fariseos.

"A la dificultad legal que le oponían, Jesús contestó rectificando. No se trataba de un privilegio, sino de una tolerancia, debida a las condiciones personales de los que la recibían y otorgada por temor a cosas peores. Díjoles: "Moisés, por vuestra dureza de corazón, os concedió el repudiar a vuestras mujeres mas en el principio no fue así". Con esta última apelación, la cuestión quedaba referida de nuevo a sus orígenes. (2)

El mismo autor hace referencia a lo dicho por San -- Pablo "a los casados mando, no yo sino el Señor, que la mujer no se separe del marido- y si se separa permanezca sin casarse o se reconcilie con el marido- y que el marido no repudie a la mujer- (I Corint, 7, 10, 11). En este pasaje San Pablo distingue claramente la "separación" de los conyuges del "repudio" de la mujer, o divorcio. Admite la posibilidad del primer caso, siempre que - la mujer no contraiga segundas nupcias, y rechaza sencillamente la licitud del divorcio (3).

-----  
(2) Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra. El matrimonio sacramento- contrato- institución págs. 23 y 24.

(3) Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra obra citada -- págs. 25.



Tomamos de la obra del Doctor Jorge Mario Magallón - -  
Ibarra la doctrina pontificia referente a la defensa que de la -  
indisolubilidad ha hecho la Iglesia Católica a través de los - -  
siguientes Papas:

#### BENEDICTO XIV

Papa de mil setecientos cuarenta a mil setecientos --  
cincuenta y ocho.

#### APOSTOLICI MINISTERII

Tercera Constitución Apostólica, Es de dieciséis de -  
septiembre de mil setecientos cuarenta y siete. Se le reconoce  
con el nombre de "El Repudio". En ella hace referencia al deber  
de reprimir los abusos de los hebreos que una vez convertidos -  
al cristianismo abjuraron de él, para repudiar a la mujer, aún  
por medio del "libelo moeaco", delante de un notario y testi--  
gos cristianos. Refiere que aunque Moisés dejó escrito en el --  
Capítulo XXIV del DEUTERONOMIO: "Si un hombre ha tomado mujer -  
y la ha tenido consigo, pero ella no ha encontrado gracia delan-  
te de sus ojos por cualquier cosa torpe, él escribirá un libelo  
de repudio, se lo consignará en mano y la mandará fuera de su -  
casa". El Divino Maestro al ser interrogado lo que pensaba sobre  
tal libelo, según el Evangelio de Mateo en el Capítulo XIX, --  
Versículos del 5 al 9 y en el de Marcos, Capítulo X, Versículos  
del 5 al 9, dijo: "Por la dureza de vuestros corazones, Moisés  
os permitió repudiar a vuestras mujeres; pero desde el principio  
no fue así. Pero yo os digo: quien repudia la propia mujer, - -  
excepto en el caso de fornicación, y después desposa a otra, es  
adúltero; y quien desposa a la repudiada es adúltero; y concluyó

Jesús su discurso diciendo: "Lo que Dios ha unido, no lo separe el hombre".

Previene a la vez, a los hebreos convertidos, que requieran a su esposa hebrea, para que también se convierta, y si ésta se niega a ello, el varón quedará libre para contraer nuevo matrimonio, según lo dicho por el Apóstol Pablo: "Si después el no creyente se quiere separar, se separe, pero en este caso el hermano o la hermana no quedan ligados, habiendo sido llamados por Dios a la paz."

En el presente caso, el Papa soslayó la controversia relative a la determinación del momento en el que, por el Privilegio Paulino, se disuelve el matrimonio contraído antes de la conversión.

FORAM AD NOS.

Primera carta. Es de dieciséis de marzo de mil setecientos cuarenta y tres y está dirigida al Patriarca de los Maronitas, pidiéndole una profesión de fe. Se llama también "Un artículo de fe", ya que en ella senala la indisolubilidad del vínculo pero con la posibilidad, en caso de adulterio, de la separación de cuerpos y habitación; expresando que no es ilícito, aún en esos casos, contraer otras nupcias.

PIC VI

Pape de mil setecientos setenta y cinco a mil setecientos noventa y nueve.

DESEMIUS MCS.

Tercera Carta. Es de dieciséis de septiembre de mil setecientos ochenta y ocho y está dirigida al Obispo de Nottola. En ella establece la COMPETENCIA DE LA IGLESIA y se refiere a -- una sentencia indebidamente pronunciada por el Obispo. Confirma que el matrimonio, que antes de la venida de Cristo, era un contrato indisoluble, había llegado a ser, después de la encarnación, un sacramento de la ley Evangélica; estimando que no es posible emitir sentencia sobre causas matrimoniales, sin observar las formalidades procesales canónicas; teniendo en cuenta el orden jerárquico.

LITTERIS TUIS.

Quinta Carta. Es de once de julio de mil setecientos ochenta y nueve y está dirigida al Obispo de Agra. Se relaciona con la idea sobre el Derecho Natural. Expone las dificultades relativas a los matrimonios contraídos en una secta protestante que no reconoce la indisolubilidad. Recuerda que el progenitor del género Humano, movido por el Espíritu Divino, declaró que el matrimonio es un vínculo perpetuo e indisoluble, que dijo: "He aquí, finalmente, hueso de mis huesos..." (Génesis 2,23) estima que aún entre fieles, si la unión es en verdad matrimonial debe permanecer como unión perpetua de Derecho Divino, agrega -- que el matrimonio no es un contrato civil, sino un contrato -- natural instituido y ratificado por el Derecho Divino; considerando como diferencia fundamental que en el dominio civil puede legalmente suplirse el consentimiento y no así en el matrimonio ya que ningún poder humano puede suplirlo válidamente.

PIC VII

Papa de mil ochocientos a mil ochocientos veintitrés.

ETSI FRATERNITATIS.

Primera Carta. Es de ocho de octubre de mil ochocientos tres y está dirigida al Arzobispo de Maguncia.

En ella se refiere a DESPUES DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO. Recuerda las dificultades propuestas por el Arzobispo así como los dos principios que son los puntos capitales de la cuestión: el horror de la Iglesia por los matrimonios mixtos y la incompetencia del Poder Civil para disolver el matrimonio. Estima que los párrocos que asistieron matrimonios de personas casadas y que recuperaron su libertad por sentencia en el Tribunal Civil, cometieron falta gravísima y traicionaron su Ministerio Sagrado.

GREGORIO XVI.

Papa de mil ochocientos treinta y uno a mil ochocientos cuarenta y seis.

INERRANS.

Segunda Encíclica. Es de quince de agosto de mil ochocientos treinta y dos, sobre la responsabilidad de los Obispos; oponiéndose a las opiniones inexactas y temerarias innovaciones que arriesgan la santidad e indisolubilidad del vínculo. Recomienda que se enseñe que el matrimonio es indisoluble y condena al liberalismo.

PIO IX.

Papa de mil ochocientos cuarenta y seis a mil ochocientos setenta y ocho.

SERVIS EXPRIMERE.

Segunda Carta. Es de quince de agosto de mil ochocientos cincuenta y nueve. Está dirigida a los Obispos de las Provincias de Fogaras y Weissenbourg. Se refiere a LA VERDAD REVELADA.

Apremia a los Obispos a enseñar la doctrina de la -- Iglesia sobre el matrimonio y su vínculo indisoluble. Recuerda -- que esta cualidad no tiene su origen en la disciplina eclesiástica, sino en el Derecho Divino y Natural, que no puede disolverlo ni el mismo Papa ni por adulterio.

LEON XIII.

Papa de mil ochocientos setenta y ocho a mil novecientos tres.

QUOD APOSTOLICI.

Segunda Encíclica. Es de veintiocho de diciembre de -- mil ochocientos setenta y ocho y habla del socialismo y del matrimonio. Señala los errores del socialismo y del comunismo, estimando que la recta forma de la sociedad según la necesidad del derecho natural, se apoya primariamente en la unión indisoluble del varón y la mujer y que en el socialismo la sociedad casi se -- disuelve por la falta de firmeza en el matrimonio; relajándose -- la potestad sobre la prole y los deberes de ésta para con sus --

padres. Agrega, como lo hizo San Pablo a los Hebreos, que el matrimonio "por todos los títulos honroso consorcio", es la unión de Cristo con su Iglesia.

#### ARCANUM DIVINAE SAPIENTIAE.

Tercera Encíclica. Es de diez de febrero de mil ochocientos ochenta, sobre el matrimonio cristiano. Esta encíclica la más notable hasta ahora de todas las que hemos expuesto, -- hace referencia al plan divino de restaurar el mundo envejecido y a la misión de la Iglesia en la regulación de la sociedad doméstica, cuyo principio y fundamento es el matrimonio. Encuentra en el Génesis el origen del matrimonio y relata cómo después del sexto día de la creación formó Dios al hombre del barro de la tierra, e inspirando en su casa el aliento de vida, quiso darle una compañera, la cual sacó maravillosamente del costado del varón, que estaba dormido (2, 18-24). Aquellos dos cónyuges fueron el principio natural de todos los hombres, del cual se propagó todo el género humano, y con procreación continuada se conserva en todo tiempo.

Relata que esa union, desde entonces presentó en primer término dos nobles propiedades: la unidad y la perpetuidad. Estos conceptos están continuados en el Evangelio que proclama que los dos cónyuges se hacen como una carne; y que el vínculo conyugal es tan estrecho que ningún hombre puede disolverlo ni quebrantarlo.

La encíclica agrega que la forma del matrimonio empezó a corromperse y a adulterarse; llevando las leyes el sello de la utilidad del Estado y a establecer impedimentos; hollando la equidad y favoreciendo además la injusticia, la poligamia, la --

poliandria y el divorcio.

Critica los extremos a los que llegó la potestad marital sobre la mujer, que estaba sometida a la humillación y que era considerada como instrumento para saciar la liviandad o engendrar la prole.

Recuerda que la restauración del matrimonio está atendida dignamente en el pasaje evangélico de las bodas de Caná de Galilea, memorables porque en ella el Divino Maestro obró el -- primero de sus prodigios. Recuerda a la vez, que San Pablo dijo a los Efesios (5,25): "Amad a vuestras mujeres como Cristo amó a su Iglesia, y se entregó a sí mismo para santificarla... -- También deben amar los maridos a sus mujeres como a sus propios cuerpos... porque nadie aborreció jamás su carne, antes la mantiene y abriga, así como también Cristo a la Iglesia, porque somos miembros de su cuerpo, de su carne y de sus huesos. Por eso -- dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y serán dos en una sola carne. Sacramento grande es éste, pero yo digo, en Cristo y en la Iglesia".

Al hablar de la indisolubilidad, vuelve a referirse al Apóstol San Pablo: "Aquéllos que están unidos en matrimonio, no yo sino el Señor, que la mujer no se separe del marido, y si se separase, que se quede sin casar o que haga paz con su marido" (1-Cor. 7,10-11). La mujer está atada a la ley todo el tiempo que vive su marido; pero si su marido muriere, queda libre" (1 Cor. 7,39). Por estas causas, pues, el matrimonio -- fue siempre, dice Pablo de Tarso "Gran Sacramento" (Efesios 5,32) "Honesto en todo" (Hebreos 13,14), piadoso, casto y respetable.

Afirma que ahora el matrimonio tiene un objeto más noble y elevado que el que antes tenía: engendrar hijos para la

Iglesia. Además estime que los derechos y deberes del matrimonio están perfectamente definidos en forma íntegra; teniendo mutuamente un grande amor, fidelidad constante y una mutua y perpetua ayuda. En él, el marido es el príncipe de la familia y cabeza de la mujer, la cual, sin embargo, porque es carne de la carne de él y hueso de sus huesos, ha de obedecer y estar sujeta al marido, no como sierva, sino como compañera.

Expone que el matrimonio es competencia de la Iglesia. Recuerda que el Concilio de Jerusalén condenó los amores disolutos y libres; rechazando en la antigüedad, los conatos de guerra abierta al matrimonio ejercida por los gnósticos, maniqueos, montanistas, y que en su tiempo (mil ochocientos ochenta) por mormones, sensimonianos, falansterianos y comunistas.

#### ADVENTUM INGRESSI SIMULIS.

Décima Segunda Encíclica. Es de diecinueve de marzo de mil novecientos dos y en ella hace referencia a las leyes impías y a la lucha contra la Iglesia, su historia y su resultado: el ateísmo práctico que provocó una profunda perturbación del orden moral, de donde tuvieron que sufrir todas las partes del cuerpo social, comenzando por la familia, ya que el Estado laico puso manco a la obra de profanación del vínculo matrimonial, despojándolo de su carácter religioso, derribando su estabilidad con el divorcio, y provocando entre otros graves males, la prole incontinente, descuidada y pervertida por los malos ejemplos de los padres.



### LES ÉVENEMENTS.

Segunda Carta. Es de doce de mayo de mil ochocientos ochenta y tres y está dirigida al Presidente de la República Francesa. Es sobre el divorcio, y sus daños sociales en Francia.

Protesta por los proyectos de Ley que además tratan de someter al clero al servicio militar. Reclama el tacto político y la inteligencia de los hombres que ostentan el poder.

### LONGINQUA OSEANI .

Cuarta Carta. Es de seis de enero de mil ochocientos noventa y cinco y está dirigida a los Obispos de América. Es sobre el divorcio en los Estados Unidos, imagina el divorcio como la peste más mortífera para la sociedad; repitiendo los conceptos de la Encíclica ARCANUM DIVINAE SAPIENTIAE.

### ALOCUCION CONSISTORIAL.

Segunda Alocución Consistorial. Es de dieciséis de diciembre de mil ochocientos uno, sobre las consecuencias del divorcio. Explica cómo entre los sufrimientos de la Iglesia, el Sumo Pontífice recuerda los atentados cometidos en Italia contra la castidad del matrimonio. Amonesta y conjura a los legisladores para que desistan de la Ley presentada sobre el divorcio, porque el matrimonio, como derecho divino, no puede sufrir abrogación ni derogación, ya que el Redentor, al elevar la unión a sacramento, lo sacó fuera del común género de contratos, así como del imperio de la potestad civil y más aún, de la misma potestad eclesiástica.

Recuerda cuán nocivo y calamitoso resulta el divorcio, tanto en el orden privado como en el público, por la corrupción de las costumbres que lleva a un libertinaje desenfrenado.

PIO XI

CASTI CONNUBII

Papa de mil novecientos veintidós a mil novecientos -- treinta y nueve.

Al referirse al carácter sacramental, lo menciona -- como bien exclusivo del matrimonio cristiano que lo hace indisoluble. Según San Agustín "por sacramento se entiende que el matrimonio sea indisoluble y que el repudiado o repudiada no se una con otro, ni aun por razón de la prole".

Recalca que el misterio sacramental se encuentra en -- la significación mística del matrimonio. Indica que quien reflexione, podrá ver los frutos de la indisolubilidad. Ante todo los -- cónyuges mismos, en esa estabilidad, hallan el sello cierto de -- perennidad, que reclaman de consuno --por su misma naturaleza--, la generosa entrega de su propia persona y la íntima comunicación de sus corazones; estableciendo fuerte baluarte para defensa de la Castidad, o contra el temor celoso, gozando, en lugar del temor -- de tranquila seguridad. Todo ello repercute en beneficio de toda la sociedad humana, porque la inquebrantable firmeza del matrimonio es fuente fecunda de vida honesta y de integridad moral. La -- misma palabra sacramento no es para los cristianos vana, ni vacía de sentido, ya que es fuente y signo de una peculiar gracia interior y además, el sacramento, lazo de oro, no encadena sino -- adorna, no impide sino fortalece:

PIO XII.

Papa de mil novecientos treinta y nueve a mil novecientos cincuenta y ocho.

SERTUM LAETITAE.

Segunda Encíclica. Es del primero de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, sobre la experiencia de los Estados Unidos de América y los males que ahí causaba la educación por el naturalismo. Dice que para la familia cristiana, donde el amor ha sido proclamado vínculo indisoluble "el matrimonio es honrado por todos y el lecho conyugal es exento de mancha" (Hebreos, - - 13,4). Recomienda que el dogma de la unidad y de la indisolubilidad del matrimonio, tenga válida eficacia en la sólida cohesión familiar.

CZESTOCHOWIENSIS BEATA MARIAE.

Segunda Carta. Es de diecisiete de enero de mil novecientos cuarenta y seis y está dirigida al Episcopado Polaco, -- sobre la nueva ley que pone en peligro la indisolubilidad del -- matrimonio; clamando que es la familia el vivero de la ciudad, - por ser el lugar donde la persona humana crece naturalmente y se forma como es debido.

DISCURSO A LOS CARDENALES, ARZOBISPOS Y OBISPOS.

(Es de dos de noviembre de mil novecientos cincuenta).

Si bien es cierto que un vínculo puede a veces constituir un gravamen, una servidumbre, como las cadenas que atan al

prisionero, puede ser también poderosa y una garantía segura, - - como la cuerda que ata al alpinista a sus compañeros de ascensión y como los ligamentos que unen las partes del cuerpo humano y le hacen expedito y franco en sus movimientos; y precisamente, éste es el caso del vínculo indisoluble del matrimonio, en el cual - - "nunca fenece la caridad" como decía San Pablo a los Corintios -- (1, Corintios, 13, 8) y el puro y verdadero amor conyugal es un limpio arroyuelo, que por la fuerza de la naturaleza, brota en la roca inquebrantable de la fidelidad; se desliza tranquilo entre - las flores y espinas de la vida, hasta que se pierde en el hueco de la tumba.

Afirma por último, que el divorcio es una fuente nociva y culpable de la decadencia moral y veneno que corrompe a una - - gran parte de la familia humana. (4)

De la anterior doctrina canonista vemos como a través de los tiempos la Iglesia Católica ha establecido la indisolubilidad del lazo matrimonial, y ha estatuido para casos extremos la separación de cuerpos.

El Código Canónico en el cánon 1128 establece el principio general de la indisolubilidad, dando pie en el mismo texto a las causales legítimas para la separación

-----  
(4) Dr. Jorge Mario Magallón Itarra obra citada de la pág. 32 a la 128.

Canon 1128 "Los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay una causa justa que los excuse".

#### CAUSAS DE SEPARACION DE CUERPOS EN EL DERECHO CANONICO.

##### I.- Causa de separación perpetua.

Esta causa se encuentra establecida en el canon 1129 del Código Canónico así como los requisitos de procedibilidad de la misma.

Canon 1129 "1. por el adulterio de uno de los conyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aun para siempre, la vida en común, a no ser que él haya consentido en el crimen, o haya dado motivo para él, o lo haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido.

" 2. Hay condonación tácita si el cónyuge inocente, -- después de tener certeza del crimen de adulterio, convivió -- espontáneamente con el otro cónyuge con afecto marital; se presume la condonación si en el plazo de 6 meses no apartó de sí al conyuge adúltero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima".

A.- "El adulterio ha de ser: a) formal y culpable, es decir, a sabiendas de que se comete; b) Consumado por la unión carnal, - no bastando otros actos torpes adulterinos; c) Moralmente cierto.- Según la opinión mas común, la sodomía y la bestialidad se equiparan al adulterio.

B.- Que la parte actora no haya consentido el crimen de adulterio ni haya dado motivo a él.

En el comentario que en el Código de Derecho Canónico de Migueles Alonso Cabrerros se hace de este requisito se expresa lo siguiente: "Se entiende que uno de los cónyuges consiente en el adulterio del otro, cuando expresamente lo manifiesta así o cuando, sabiendo que va a cometerlo y pudiendo facilmente impedirlo

lo no lo impide" (5)

Vicente Monserrat al respecto manifiesta: "En algunos -- casos como dice muy bien el profesor Sánchez Tejerina: Se dan - - situaciones de adulterio contando con maridos demasiado complacientes con las amistades masculinas de la esposa; ello produce ciertas ventajas económicas, y mientras éstas se producen, el marido no se considera agraviado; pero si por cualquier causa cesan dichos beneficios el marido se siente herido en su honor.

Tenemos conocimiento de otro caso de mayor dramatismo, es el caso del marido que procura por todos los medios la situación del solus cur sola de un amigo suyo con su propia esposa, -- para, estimular su lívido.

Esta perturbación mental sobrevino a consecuencia de haber sido liberado de la cárcel durante la guerra civil de España, poco antes de ser llamado para la ejecución. La obsesión de gratitud por un amigo, que no es ahora del que se trata, ha llegado al absurdo cruel que comentamos.

Tampoco sería procedente la instancia deducida por el marido contra su esposa, en el supuesto de que éste hubiese consentido que su mujer, ante la imposibilidad de darle hijos, recurriese a la inseminación artificial heteróloga (6)

C.- Que no haya sido condonado expresa o tacitamente -

"Hay condonación tácita en el uso espontáneo del matrimonio después de conocido el adulterio o en las señales ordinarias de amor conyugal v.gr. abrazos, ósculos etc., que son lícitos - - entre casados. (7)

-----  
(5) Migueles Alonso Cabreroc comentario al Canon 1129

"También se presume la condonación si en el plazo de seis meses no apartó de sí al cónyuge adúltero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima, los seis meses son de tiempo útil, y no de tiempo continuo, pues el primero no transcurre para el cónyuge inocente cuando ignora la conducta adulterina del marido, o no puede tampoco deducir acción judicial contra él, por imponderables como los de una guerra que los separa, o por creerlo muerto, etc. (8)

D.- Que no haya sido compensado.

"Hay compensación cuando los dos cónyuges cometen adúlterio, importando poco quien lo haya cometido antes o más veces" (9)

#### II.- Causas de separación temporal.

Están reguladas por el canon 1131 del Código Canónico que establece "Si uno de los cónyuges da su nombre a una secta acatólica; si educa acatólicamente los hijos; si lleva una vida de vituperio o de ignominia; si es causa de grave peligro para el alma o para el cuerpo del otro; si con sus sevicias hace la vida -

(6) Vicente Monserrat obra citada págs. 396 y 397.

(7) Migueles Alonso Cabreros obra citada comentarios al canon 1129.

(8) Vicente Monserrat obra citada pág. 398.

(9) Migueles Alonso Cabreros obra citada comentarios al canon 1129.

en común demasiado difícil, esto y otras cosas semejantes son todas ellas causas legítimas para que el otro cónyuge pueda separarse con autorización del Ordinario local, y hasta por autoridad propia, si le consta con certeza y hay peligro en la tardanza.

En todos estos casos, al cesar la causa de la separación, debe restaurarse la comunión de vida; pero si la separación fué decretada por el Ordinario para un tiempo determinado o indeterminado, el cónyuge inocente no está obligado a ello, a no ser que medie un decreto del Ordinario o que haya pasado el tiempo.

Sobre estas causas temporales de separación veamos lo expuesto en la obra de Migueles Alonso Cabrerós. "La enumeración de causas contenidas en este cánón no es taxativa; así es que además de ellas, pueden existir otras para la separación temporal de los cónyuges, siempre que tengan alguna semejanza con las que en el cánón se enumeran. Todas y cada una de ellas deben ser suficientemente graves y proporcionadas a la obligación grave que tienen los cónyuges de hacer vida en común, pues la separación de lecho, mesa y habitación es contraria a una obligación natural y está llena de peligros para los cónyuges - en especial para la guarda de la castidad. Por consiguiente, la causa de la separación, para ser legítima debe ser proporcionada esto es, debe contener peligro de alma o de cuerpo tan grave, que ante él ceda la obligación que tienen los cónyuges de hacer vida en común (S. R. R. D., XXII, Dec. XIVII, 6 de agosto 1930, pág. 524 y sigs.). No basta el temor de cualquier peligro, sino que es necesario que el mal que se teme sea grave y de tal índole que pueda producir miedo en quien no sea pusilánime. Las injurias leves, las palabras insultantes y la misma incompatibilidad de -



caracteres entre los esposos, que hace molesta la vida en común, no son causas suficientes para la separación (S. R. R. D., XX, - Dec. XXIX, 30 junio 1928, pág. 268). La separación, pues, ha de concederse con cautela, porque se opone al fin secundario del -- matrimonio, esto es, a la ayuda mutua, y, porque expone a los -- cónyuges a peligro de incontinencia--según ya hemos dicho--, puede fácilmente servir de escándalo para otros (S. R. R. D., XXI, - - Dec. I, 3 enero 1924, pág. 3). De todo lo expuesto se infiere -- que la separación conyugal no tiene el carácter de pena, ni se -- inflige para castigar al cónyuge culpable, sino para evitar el mal propio del que la pide; por consiguiente, si se trata de -- un peligro que puede conjurarse por otro medio, no debe pronunciarse la separación (S. R. R. D., XXIV, Dec. XIX, 13 de mayo 1932, - pág. 171). (10)

Cabe ahora el análisis que hace Vicente Monserrat - - acerca de las diferentes clases de separación que son dables en Derecho Canónico cuando su carácter es temporal.: "

" a) Si uno de los cónyuges da su nombre a una secta -- escatológica,

La circunstancia primera, consistente en la adscripción a una secta escatológica, se sobrentiende que lo ha hecho después de contraído el matrimonio. Es como una fornicación espiritual al -- decir de los cánones antiguos. Entendemos por escatológicos a los -- infieles y a los herejes.

Dice Mons. Jubany:

-----  
(10) Migueles Alonso Cabreros comentarios al cánón --

Esta causa, tal como está expresada en el cánón 1131, - establece una presunción de peligro para la fe del cónyuge inocente, de tal forma, que la sola prueba de que el otro cónyuge hubiese dado su nombre a una secta acatólica es suficiente para que sea concedida la separación.

En el caso, un tanto hipotético, de no existir peligro verdadero para el cónyuge inocente y de los hijos, no habría -- quizás obligación de la separación conyugal, y que podría acarrear una desesperada situación económica, pero esto no prejuzga en modo alguno el derecho de separarse.

La opinión de Sánchez es que aun en el caso metafísico hay que considerar el peligro como latente. C. c., d. 15, n.º 3, p. 389.

¿Qué decir de los bautizados, cuando abiertamente profesan, defienden y propagan las doctrinas del comunismo?

Éstos, según los doctores Alonso, han de ser considerados a tenor del Decreto del Santo Oficio de 1º de julio de 1949, con otro aclaratorio de 11 de agosto del mismo año, como apóstatas de la fe católica, y como entre las sectas acatólicas se comprenden las ateas, según la referida declaración CIC, y el comunista es enteramente materialista y ateo, deben ser catalogados entre los adscritos a una secta acatólica, en orden a una acción separativa de un otro cónyuge católico.

No están comprendidos entre los anteriores los que -- gregariamente pertenecen al partido comunista sin acción, o por coacción sindical.

b) La educación acatólica de los hijos.

Es contraria al fin primario del matrimonio, que obliga a la educación de la prole para ser adoradores de Dios, c. 1013.

Como advierten Cappello y Wernz, tal conducta indirectamente es contraria al bien de la fe, esencial en el matrimonio.

Incurren en la conducta prevista los que hacen bautizar a sus hijos fuera de la Iglesia Católica, y con el proselitismo dentro del seno de la familia, y abuso manifiesto de la autoridad, escandalizan sobre todo, con grave daño, a los menores.

c) Si lleva una vida de vituperio o de ignominia.

De una manera habitual, la vida criminosa, sobre todo si da lugar a algún procedimiento: por ejemplo, la embriaguez con escándalo, el gamberrismo, frecuentar salas de fiestas en horas y lugares sospechosos, y si se hace acompañar de personas de conducta de todo irregular.

Indudablemente perjudica esta conducta a la mujer e hijos, si los hay, pues, como dice un dramaturgo moderno, la honra no va por individuos, sino por familias.

d) Si es causa de grave peligro para el alma o para el cuerpo del otro cónyuge.

Es como un principio general el que en este punto se establece, y que conviene discriminar. Podrá seguirse la separación aun sin culpa del cónyuge causante del mal, por no ser voluntario, como en el caso de enajenación mental, o de una enfermedad contagiosa, sobrevinida sin culpa del paciente, o culpablemente contraído, siendo al mismo tiempo molesta a la otra parte, o contagiosa para la intimidad matrimonial.

El onanismo exigido se considera como un grave peligro para el alma.

También de otra manera, cuando la mujer es obligada a servir nada más de instrumento de voluptuosidad.

e) Si con sus sevicias morales hace la vida en común demasiado difícil.

Otras cosas semejantes. El Legislador hace mérito de la analogía, en el presente caso, ante la imposibilidad de enumerar los motivos todos que, además de hacer difícil la vida en común, perjudican la salud del alma y del cuerpo, que es la preocupación fundamental que ha inspirado el canon 1131. Tal ocurre, por ejemplo, con el abandono malicioso del cónyuge o afectada ausencia, según la doctrina de los doctores, y aceptada por la jurisprudencia.

Mas para que tenga lugar el malicioso abandono, reputado, causa bastante a decretar la separación en cuanto al lecho mesa y habitación, es preciso que conste:

1º El apartamiento del esposo que se ausenta o arroja a la esposa de su compañía.

2º El ánimo de dejar incumplidos los deberes conyugales.

3º La carencia de causa justa, como hace mérito la Decisión Rotal Coram Moreno, de 1929 (Dec. 63, nº 4-10), pues mal se quejaría de abandono quien hubiese sido el primero en provocarlo, ni ese abandono sería tal, si aun se cumplieran en la medida de lo posible las obligaciones y cargas matrimoniales, como el suministrar alimentos, etc., o si atonara la ausencia alguna de las causas de separación.

Sabido es, sin embargo, que estas causas de separación como las de nulidad, nunca pasen a la situación irrevocable de la res judicata. (11)

-----  
(11) Vicente Monserrat obra citada págs. 401, 402 y 403.

### CAUSAS CIVILES DE SEPARACION.

Existen países que rechazan por completo el divorcio vincular, admitiendo solamente la separación de cuerpos, en dichos países se da la posibilidad de dos clases de matrimoniales; el matrimonio canónico y el matrimonio civil, el primero para los católicos y el segundo para los que expresan no serlo.

De aquí que las causas de separación para los matrimonios católicos sean las que hemos indicado en el título anterior y que dijimos están reguladas por los cánones 1129 y 1131 del Código Canónico. En cuanto a los matrimonios civiles las causas de separación son reguladas por los Códigos Civiles de dichos países.

Como estos países que no admiten el divorcio van a ser tratados en un próximo capítulo, por razones de orden ahí veremos las causas civiles de separación, conformándonos aquí con haber señalado los ordenamientos que las regulan.

### ELECCION ENTRE SEPARACION Y DIVORCIO.

Hay también países que tienen el sistema dual de permitir tanto el divorcio vincular, como la separación de cuerpos, por lo que sus habitantes están en posibilidad de elegir el sistema que esté de conformidad con sus ideas.

Dichos países son: En Europa, Francia, Alemania, Suecia Noruega, Dinamarca y Portugal, y en América, Bolivia, Cuba, Panamá El Salvador, Uruguay, Perú y Venezuela.

Siendo Francia el país donde se originó este sistema que en términos generales han seguido los demás países que lo acogen con base en el Derecho francés intentaremos su estudio

refiriéndonos en este título a la separación de cuerpos, dejando el divorcio vincular para un capítulo próximo.

El civilista francés Marcel Planiol nos da la siguiente definición: "La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido eximidos judicialmente de la obligación de vivir juntos.

La separación de cuerpos difiere del divorcio en que no disuelve el matrimonio; solo afloja su vínculo. Ambos esposos -- permanecen casados; pero viven separadamente. Subsisten todas las obligaciones nacidas del matrimonio, excepto las que se refieren a la vida común. (12)

La separación de cuerpos antes de la revolución.

En el antiguo Derecho, solamente la mujer podía demandar la separación. En esta forma la protegía la ley contra la fuerza bruta o contra los abusos de la autoridad de su marido. -- Las causas que le permitían demandarla no eran determinadas; se dejaban al arbitrio y a la prudencia de los jueces (Pothier, -- Mariage, Nº 508). La causa más común era los malos tratos del marido para la mujer. Pothier observaba que un puñetazo no tenía el mismo valor entre gentes del bajo pueblo que entre personas de -- condición honorable.- En cuanto al marido, como cuenta con la -- fuerza y la autoridad, nunca se consideró útil protegerlo en la misma forma. Por ello se le negaba el derecho a pedir la separación, salvo en caso de adulterio de su mujer (Pothier, Nº 525). -- Podía entonces intentar en su contra una acción penal, cuyo, -- resultado era encerrarla en un Monasterio por aplicación de una -- Novela de Justiniano. Si al cabo de dos años, su marido no consentía que volviese con él, era rapada y permanecía en el Convento durante toda su vida.

Al mismo tiempo se declaraba que había perdido su dote, los bienes - que le había asignado su marido para su viudez, y los beneficios de sus capitulaciones matrimoniales.

La separación después de 1792.- Cuando la Asamblea legiglativa restableció el divorcio, abolió al mismo tiempo la separación de cuerpos. No se concebía entonces la reforma necesaria sino como la supresión pura y simple del principio de la indisolubilidad, introducido en la legislación de la Iglesia. Muy pronto se advirtió -- que este sistema unitario afectaba las creencias religiosas de los católicos, y que, como decía Portalis, se les colocaba entre su -- desesperación y su conciencia. Era justo dejar a su disposición, en esta penosa situación, un remedio compatible con su fe. Por ello -- triunfó la idea de que los particulares pudiesen elegir entre el divorcio y la separación, a la cual, por esta razón, se llamó "divorcio de los católicos". Sin embargo, el Proyecto del Código civil no la restableció; como la ley de 1792, sólo admitía el divorcio. Fué el Consejo de Estado quien la incluyó en el texto. Desde entonces -- nunca se ha tratado de suprimirla. Recuérdese que desde 1816 hasta 1884, fué la única que existió. (13)

La separación de cuerpos nunca fue permitida por consentimiento mutuo. El mismo Código de Napoleón sólo le permite por -- causas determinadas. El art. 300 decía:

-----

(12) Marcel Planiol obra citada pág. 86.

(13) Marcel Planiol obra citada pág. 87.

"En los casos en que proceda el divorcio por causas determinadas, los esposos serán libres para promover la separación de -- cuerpos". Desde 1884, ni el mismo divorcio puede promoverse por consentimiento mutuo, y el nuevo artículo se encuentra redactado en los términos siguientes: "Cuando se promueva demanda de divorcio, será libre..." (14)

En el Derecho francés las causas de separación de cuerpos son las mismas que dan origen al divorcio "La intención del legislador fué dejar al actor una opción entre dos vías; los -- hechos que sirven de causa a la demanda son los mismos; la solución depende de su fe religiosa y del deseo que pueda tener en reconquistar su libertad; para respetar una y otra se le concede la elección.(15)

Siendo la separación de cuerpos una institución permitida por la Iglesia, ésta reconoce los efectos civiles que se -- producen al obtenerse una sentencia judicial de separación, pero en todos los países existen disposiciones de sínodos, que previenen que antes de intentarse la acción civil de separación de -- cuerpos se de aviso al ordinario del lugar. En Francia que es el país en el cual nos hemos basado para el estudio de la separación civil vemos que existen a este respecto las siguientes -- disposiciones: "Separación civil.- Se prohíbe acudir a los -- tribunales civiles para obtener la separación de cuerpos sin -- permiso del ordinario. Así lo disponen el artículo 658 del sínodo-

-----

(14) Marcel Planiol obra citada pág 88

(15) Marcel Planiol obra citada pág 89.



de Bayeux de 1922, el 502 del de Estrasburgo de 1923, el 542 de Periaueux, el 92 de Besanson (1921), etc. En concreto, el sínodo de Perigueux recuerda a los fieles que se trata de una falta grave cuando tal demanda de separación se introduce sin el necesario permiso o contra la voluntad del ordinario. Y el sínodo de Lyon (art. 455) les recuerda también las graves consecuencias que puede tener la demanda introducida, ya que como consecuencia de las disposiciones de la legislación francesa, esta separación puede convertirse en divorcio vincular. (16)

"El esposo que se queja de su cónyuge posee un derecho de opción; puede a su elección, pedir el divorcio o la separación; es él, y no el tribunal, quien aprecia la oportunidad de uno o de otro. Si piensa que el tiempo conducirá a su cónyuge a reconocer su falta y a enmendarse, podrá limitarse a la separación, a reserva de pedir, más tarde, como tiene derecho a hacer, la conversión de la separación en divorcio al desvanecerse su esperanza. (17)

En lo que se refiere a la conversión de separación en divorcio a petición de ambos cónyuges o de uno solo, y sin otra justificación que la sentencia firme de separación y el transcurso de ciertos plazos que varían según las legislaciones, veremos lo que al respecto ha escrito el autor mexicano L. Fernández -- Clérigo:

"El Código Civil francés, que en un principio atribuía muy anómalamente la facultad de pedir la conversión de la separación

-----

(16) Lambert de Echeverría.- El matrimonio en el derecho canónico particular posterior al código.

(17) Marcel Planiol obra citada pág 89.

ción en divorcio, al cónyuge contra el cual se pronunció la sentencia, otorga dicha facultad, después de la reforma hecha por la Ley de 1884, y según el texto del artículo 310, a cualquiera de los cónyuges, siempre que hayan transcurrido tres años, a contar desde que fué firme la sentencia de separación, y siempre -- que no haya existido reconciliación entre ellos.

El Código Civil alemán, en su artículo 1576, no establece plazo para la conversión de la simple separación en divorcio, y consigna que, si se ha pronunciado sentencia firme sobre la -- cesación de la vida común, cada uno de los cónyuges, basándose -- en la sentencia (y por tanto sin necesidad de otra prueba), puede pedir el divorcio, a menos que después de la sentencia la vida -- común se hubiese restablecido.

El Código Civil Suizo expresa terminantemente, en el -- artículo 143, que la acción tiende a la separación de personas y bienes o al divorcio. En caso de separación, ésta puede ser pronunciada al tenor del artículo 147, por plazo determinado de uno a tres años o por plazo indeterminado. La separación cesa de -- pleno derecho al expirar el plazo marcado, pero si no ha mediado reconciliación, cada uno de los cónyuges puede pedir la conversión de la separación en divorcio, sin añadir nueva causa. Si -- el plazo de separación fué indeterminado, cada uno de los cónyuges puede pedir la conversión en divorcio, pasados tres años -- desde que fué firme la sentencia, siempre que no hubiese mediado reconciliación.

Las legislaciones escandinavas, que admiten por regla general la separación de personas y bienes por justa causa y -- por mutuo consentimiento, autorizan la conversión de aquella en

divorcio, exclusivamente sobre la base de la sentencia ejecutoria, y señalan para ello plazos más breves.

Así, la ley noruega autoriza la conversión en divorcio, a petición de cualquiera de los cónyuges, transcurridos dos años a contar desde que fué firme la sentencia de separación, si no se reanudó la vida conyugal. La Ley Sueca señala solamente un año de plazo, a partir de la sentencia firme de separación, para que ésta pueda convertirse en divorcio a petición de cualquiera de los cónyuges. La ley Danesa sigue un sistema parecido al que adoptó la Ley Española de 2 de marzo de 1932, y marca el plazo de un año y medio, si la solicitud de conversión de la separación en divorcio la formulan ambos cónyuges, y de dos años y medio, para que pueda solicitarla uno solo.

Entre las legislaciones Americanas, la de Bolivia exige el plazo de tres años para la conversión en divorcio, a petición de uno cualquiera de los consortes.

El moderno Código Civil de Venezuela autoriza la conversión a los dos años de ser firme la sentencia y a petición de uno de los esposos.

El Código Panameño constituye una excepción, porque si bien admite al lado del divorcio vincular la simple separación de personas y bienes, no sólo por justa causa, sino por mutuo consentimiento, y consigna motivos especiales para la simple separación, como son la embriaguez habitual, el uso indebido de drogas narcóticas y la suspensión de cohabitación por motivo de enfermedad, no autoriza la conversión de la separación en divorcio, privando así a la institución de uno de sus principales y más saludables efectos. (18)

### FORMAS DE LA SEPARACION.

Para el Derecho Canónico la separación puede ser en cuanto a su forma; Parcial cuando es de lecho, de mesa o de ambas cosas y Total, cuando es de casa o habitación, ya que supone las anteriores separaciones.

También puede ser temporal cuando se establece por un plazo determinado que generalmente fija el ordinario, o perpetua - que solo se da en el caso del adulterio y bajo las especiales condiciones que ya examinamos al tratar las causas de separación - canónica.

Al respecto veremos el comentario que sobre el canon 1128 que es el que se refiere a la separación, se hace en la obra de Higuera Alonso Cabrera:

1º. La separación de lecho es cosa privada, en la cual no interviene la Iglesia en el fuero externo, dejando esto a la iniciativa de los esposos, los cuales deben atenderse a los mandatos o consejos del confesor. Puede ser lícita esta separación por mutuo consentimiento de los cónyuges, v. gr., por deseo de mayor perfección mediante la práctica de la castidad, o aun sin el consentimiento de uno de ellos, p. ej., en el caso de una grave enfermedad contagiosa.

2º. Lo mismo ha de decirse en cuanto a la separación solamente de mesa o a la de mesa y lecho simultáneamente.

3º. Por lo que se refiere a la separación de casa, la cual es total por llevar consigo la de lecho y de mesa, dicha separación, sobre todo si es perpetua o por muy largo tiempo, no

puede de suyo hacerse por mutuo consentimiento de los cónyuges, que les imponga obligación de cumplir lo convenido, salvo lo -- que se establece en los cánones 1129-1131.

Los esposos están obligados a vivir en la misma casa y algunos autores afirman que también a dormir en la misma habitación -- con el fin de poder cumplir la principal de sus obligaciones cónyugales a petición del otro cónyuge. Al marido es a quien corresponde determinar el domicilio o casa en donde han de habitar, y la -- mujer debe seguir a su marido. Hay, sin embargo, casos en los -- cuales la mujer no tiene obligación de seguir a su esposo, v. gr. si éste, sin necesidad alguna, quiere emprender una vida nómada o ausentarse a regiones lejanas fuera de la patria. Dadas las -- condiciones de la vida actual, la Iglesia no considera pecadores públicos a los esposos que de común acuerdo viven separados, ni suele intervenir en esta clase de asuntos, si bien no carece de competencia para ello. Con todo, sería un caso de intervención -- de la autoridad eclesiástica si de la separación se originara -- escándalo para los demás fieles. (19)

En cuanto al Derecho Civil: Este solo regula la separación de casa o habitación, es decir, la separación de cuerpos total, y para que se produzcan plenamente los efectos de la misma, deberá ser decretada mediante sentencia judicial, y no da como causa -- exclusiva para su perpetuidad el adulterio, como en el caso del -- Derecho Canónico, sino que establece diferentes causas, que generalmente son las mismas que dan motivo al divorcio en los países cuyos sistemas permiten tanto el divorcio como la separación, por lo que

----- (18) L. Fernández Clerigo obra citada pag 175 y 176

(19) Migueles Alonso Cabrereros obra citada, comentario -- al canon 1128.

respecta a los países que no admiten el divorcio, las causas son taxativamente enumeradas en los correspondientes códigos civiles.

La separación puede ser promovida por cualquiera de los cónyuges, vemos que así lo afirma Planiol al decirnos "el Código de Napoleón, abandonando en este punto la tradición del antiguo derecho, admite que los dos esposos pueden demandar la separación por las mismas causas" (20)

El Derecho Canónico también concede esta facultad por igual a los esposos, así vemos que el canon 1111 establece "Uno y otro cónyuge, desde el momento de la celebración del matrimonio tienen los mismo derechos y obligaciones en lo que se refiere a los actos propios de la vida conyugal" (21)

#### EFFECTOS DE LA SEPARACION.

En virtud de reconocimiento que ha hecho la Iglesia Católica de los efectos civiles de la institución matrimonial, y siendo la separación de cuerpos un capítulo de la misma, hay concordancia en los efectos canónicos y civiles de la separación de cuerpos, ya que el punto mas importante o sea la indisolubilidad queda indemne. Esta aceptación de efectos civiles aparece estatuida en el canon 1016 del Código Canónico que dice: "El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el Derecho Divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio. (22)

(20) Marcel Planiol obra citada pág. 90

(21) Migueles Alonso Cabrerero obra citada pág. 421

(22) Migueles Alonso Cabrereros obra citada pág. 380.

En el comentario que del anterior cánón se hace en la obra de Migueles Alonso Cabreros se especifica lo siguiente: " 1º. El matrimonio cristiano no solo es contrato sagrado y religioso por su naturaleza, que tiene su origen en el derecho natural y divino, sino que además es sacramento. Por otra parte, es el fundamento de la sociedad eclesiástica y de la civil, y está ordenado directamente al bien público de ambas. 2º. Los efectos que de él se derivan unos son espirituales y otros temporales; unos inseparables de su substancia y otros separables. 3º. De todo ello se deduce: A.- Que fundamentalmente este regulado por el Derecho Civil; B.- Que también cae bajo la potestad de la Iglesia y del Estado C.- Que la Iglesia, salvando lo que es de Derecho Divino puede dar leyes que afecten a la validez misma del contrato matrimonial entre bautizados y a sus efectos inseparables; D.- Que el Estado puede regular los efectos temporales separables, o sea, los meramente civiles cuales son, v. gr., la cuenta de la dote, la legítima de la herencia etc." (23)

Veamos ahora los principales efectos de la separación de cuerpos.

A.- Terminación de la vida en común.

"Este efecto de la separación de cuerpos es el principal; constituye, por otra parte, el fin mismo de la institución, la razón de ser de su conservación en nuestras leyes; se quiere desligar a los esposos de la obligación de vivir juntos, sin disolver su matrimonio. Todos los otros efectos de la separación son secundarios

(23) Migueles Alonso Cabreros obra citada pág 380, comentario al canon 1016.

daricos, y solo se producen por vía de consecuencia o de extensión de este primer efecto, salvo, sin embargo, las caducidades que se basan en una idea de penalidad. (24)

#### B.- Separación de los domicilios.

"La separación de habitación no recae únicamente sobre la residencia, sino sobre el domicilio de los esposos. Si se considera que la mujer tiene como domicilio legal el de su marido, -- débese a que está obligada a habitar con él; cuando cese esta obligación debe cesar también la comunidad de domicilio. (25)

Con relación al efecto causado por la separación con -- relación al domicilio, el canon 93 del Código Canónico establece. -

"1.- La esposa no separada legítimamente del marido conserva necesariamente el domicilio de éste; el loco conserva el domicilio del curador; el menor, el domicilio de la persona a cuya potestad esté sujeto"

2.- El menor después de la infancia puede adquirir cuerdomicilio propio; asimismo, la mujer no separada legítimamente del marido; - mas la separada legítimamente puede adquirir también domicilio. (26)

#### C.- Separación de bienes.

"La separación de cuerpos produce, como consecuencia, la separación de bienes. Esto significa, en primer lugar, que si entre los esposos existe una comunidad de bienes, se liquida esta especie de sociedad, recobrando cada uno su activo y pasivo, no existiendo ya bienes comunes e indivisos entre los dos esposos.

-----  
(24) Marcel Planiol obra citada pág 94.

(25) Marcel Planiol obra citada pág 95.

(26) Migueles Alonso Cabregos obra citada canon 93 pág 39.



El marido pierde, además, todos los derechos de goce y de administración que pueda tener sobre los bienes propios de su mujer; casi siempre tiene derechos de este género, cualquiera que sea el régimen matrimonial de los esposos y aun en ausencia de toda comunidad de bienes.

Por tanto la mujer recobra la administración de sus bienes, y al mismo tiempo, el goce personal de sus rentas. Puede cobrarlas y disponer de ellas sin estar obligada a rendir cuentas a su marido.

La separación de bienes es una consecuencia necesaria y legal de la separación de cuerpos. Se produce de pleno derecho, sin que el juez necesite decretarla y sin que pueda impedirla. (27)

D.- Capacidad de la mujer separada de cuerpos.

"En la organización tradicional que la separación de cuerpos había recibido del Derecho Canónico, y que el Código de Napoleón había conservado, sobrevivía la autoridad marital. Hablando propiamente por efecto de la doble separación de cuerpos y de bienes, la mujer tenía una existencia; un domicilio separado, sus rentas y se le reconocía, como a toda mujer separada de bienes, una capacidad limitada cuyo objeto era la administración de sus bienes. En consecuencia, era capaz de realizar por sí sola y sin autorización, todos los actos necesarios para esa administración; arrendamientos, cobros de rentas, etc. Pero respecto a los demás, subsistía la incapacidad de la mujer, encontrando aún la potestad

(27) Marcel Planiol obra citada págs. 95 y 96.

marital ocasión para aplicarse, siempre que la mujer quisiese - realizar un acto de disposición que sobrepasara los límites de su capacidad (enajenación, constitución de hipoteca, mutuo, - compra de inmuebles, etc). La mujer nunca podía realizar estos - actos válidamente, sin ser regularmente autorizada, en principio, por su marido, o en su defecto por los tribunales.

"Según el nuevo texto, la separación de cuerpos restituye a la mujer el pleno ejercicio de su capacidad civil, sin que necesite la autorización marital o judicial. El alcance de la -- reforma es tan grande como posible; ningún acto, por grave que sea, necesite ya la autorización marital. Sin embargo, es necesario comprender bien la fórmula empleada por la ley, lo que solo puede hacerse conociendo las razones que determinaron la reforma. No significa que la mujer obtenga por la separación la misma -- capacidad que tendría de no ser casada, sino que el ejercicio de la potestad marital está suspendido durante la separación de -- cuerpos y que la mujer ya no está sometida a la necesidad de -- obtener la autorización de su marido o la judicial. La diferencia entre ambas fórmulas se comprende por sus aplicaciones. (28)

Lo anterior no va en contraposición a lo establecido -- por el derecho canónico, ya que según vimos permite que la autoridad civil regule los efectos meramente civiles de las separaciones.

#### E.- Caducidades diversas.

\*El esposo culpable pierde el derecho concedido al - -

(28) Marcel Planiol obra citada pág 97.

cónyuge supérstite de un autor, compositor o artista, sobre -- las obras que haya hecho antes de su muerte (L. 14 Jul. 1886). Según el art. 1º, no existe este derecho cuando al acaecer la defunción se hubiese dictado ya una sentencia de separación de cuerpos decretada por culpa del supérstite."

De la misma manera, la mujer supérstite ningún derecho tiene sobre la pensión militar, o civil concedida a su marido, si al morir éste se había dictado una sentencia de separación de cuerpos por culpa de aquélla; de otra manera, la pensión --- continúa en su favor".

El Código de Napoleón no privó al culpable del derecho hereditario que concedía a los esposos, el art. 767, por lo -- demás de rara aplicación; pero no estando garantizado este derec ho hereditario por ninguna legítima, cada esposo podía esperar se que sería privado de él por el testamento de su cónyuge. La Ley del 9 de marzo de 1891, que extendió el derecho hereditario del cónyuge supérstite, subordina este derecho, al mismo tiempo, a la circunstancia de que los esposos no estén separados de cuer pos por culpa del supérstite (art. 767 reform). Lo mismo hace la Ley del 3 de diciembre de 1930, que reformó el art. 755 C. civ. (29)

#### F.- Patria Potestad.

"Esta potestad es restringida tanto por la separación de cuerpos como por el divorcio. El esposo culpable pierde la - guarda de los hijos, de la que ordinariamente se le priva.

El Derecho Francés hace extensivas las mismas medidas - tomadas en el divorcio, para la separación de cuerpos en lo refe rente a la patria potestad, así vemos que Planiol afirma: - - -

"Ya antes de 1886 los tribunales se atribuían la facultad de ordenar todas esas medidas por aplicación de los artículos relativos al divorcio (cas. 24 jul. 1878) (30)

Así vemos que son aplicables a la separación las siguientes medidas: "Lo primero que debe hacerse es separar a los hijos del esposo culpable, para substraerlos a su influencia la que -- podría ser perniciosas. Así, el art. 302 decide que los hijos -- deben ser confiados al esposo que obtenga el divorcio.

Sin embargo no es esta una regla absoluta y el mismo -- artículo reserva a los tribunales el derecho para disponer que -- los hijos permanezcan en poder del otro esposo, aunque sea culpable o que se entreguen discretionales en interés de los hijos.

Cualesquiera que sean las medidas ordenadas siempre son revocables y susceptibles de ser modificadas según las circunstancias, a petición de las mismas personas". (31)

Sobre este particular el Código Suizo establece: "En -- caso de divorcio o de separación de cuerpos, el juez adopta las medidas necesarias concernientes a la potestad paterna y las relaciones personales entre padres e hijos, después de haber oído al padre y a la madre, y si se considera necesario a la autoridad tutelar. Aquel de los padres a quien los hijos no han sido confiados, debe, sin embargo, contribuir según sus facultades a los gastos de mantenimiento de los hijos. Tiene también el derecho de --

(29) Marcel Planiol obra citada págs 98 y 99.

(30) Marcel Planiol obra citada pag 99.

(31) Marcel Planiol obra citada pag. 81.

conservar con ellos las relaciones personales indicadas por las circunstancias. Como se ve el art. 156 no dice que el juez - - - habrá de conceder la patria potestad al cónyuge inocente. (32)

Por lo que se refiere al Derecho Canónico, el cánón -- 1132 preceptúa. "Verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los conyuges es acatólico, al lado del cónyuge católico.

Aquí notamos que en beneficio de la fe, la Iglesia se - desentendiende un tanto acerca de la falta cometida por el cónyuge católico, con el deseo de que la prole sea educada dentro de esa religión, lo cual a primera vista parece objetable, pero si consideramos la posibilidad siempre existente de perdón, y tal -- vez el arrepentimiento de la falta cometida, consideramos que el - precepto es atinado, máxime que al recibir educación católica el o los hijos del cónyuge culpable, tienen mas posibilidad de re-... cibir una mejor formación, que es uno de los elementos esenciales del matrimonio.

#### TERMINACION DE LA SEPARACION.

La Ley considera la separación de cuerpos como un esta- do temporal destinado a calmar, mediante el alejamiento, la irri- tación de los esposos. No sólo permite el restablecimiento de la vida común sino que la desea, la favorece. En efecto, no erige - de los esposos que pretendan reconciliarse ninguna condición par- ticular; no están obligados a llenar ninguna formalidad.

-----

(32) Rafael Rojas Villegas obra citada pág. 213.

El consentimiento de los dos esposos es necesario. No es suficiente que quien demandó y obtuvo la separación de cuerpos manifieste su deseo de resnudar la vida común; no puede -- obligar a su cónyuge a unirse nuevamente con él. Es cierto que era libre, mientras no se hubiese dictado la sentencia, para -- desistirse, y el abandono de su acción hubiera impedido la -- ruptura; pero la sentencia una vez dictada, vale título para -- ambas partes. Crea entre ellas una situación regular, que sola -- mente puede modificarse por un acuerdo de voluntades de ambos esposos.

Cuando los esposos se reconcilian, el régimen que resultaba del juicio cesa de pleno derecho. La vida en el hogar reanuda su curso, la mujer ya no tiene domicilio separado, los -- hijos quedan bajo la autoridad exclusiva del padre; desaparecen las caducidades legales (Cas. civ. 13 abr. 1929, D. H. 1929, S. 298, S. 1929, l. 305 sobre el derecho a la pensión).

Sin embargo, subsiste algo del estado de separación: -- persiste la separación de bienes, consecuencia de la de cuerpos. No recobran su fuerza las capitulaciones matrimoniales primitivas por el solo hecho de la separación, pues fueron sustituidas por un régimen diferente. Sólo pueden ser restablecidas por una convención especial, exigiendo la ley que se celebre ante notario -- y se le dé publicidad (art. 1451). Por lo demás, el restablecimiento de las capitulaciones matrimoniales, se halla sometido a reglas diversas que sólo pueden explicarse a propósito de este contrato.

(33)

(33) Marcel Planiol obra citada págs. 102, 103 y 104.

La posición del Derecho Canónico es facilitar hasta donde es posible la reconciliación de los cónyuges, así como que el canon 1130 del Código establece: "El cónyuge inocente, una vez que se ha separado legítimamente ya sea por sentencia del juez o por autoridad propia, jamás tiene obligación alguna de admitir de nuevo al cónyuge adúltero al consorcio de vida; pero puede admitirlo o llamarlo a no ser que constituyendo él, haya abrazado un estado contrario al matrimonio, en la obra de Miguel Alonso Cabreres encontramos en su comentario al canon de referencia las siguientes conclusiones:

Del texto de este canon y de la doctrina de los canonistas resulta lo siguiente: 1º. El cónyuge puede separarse para siempre del adúltero por decisión propia o por sentencia del juez; más, si lo hace por autoridad propia, sin intervención de la potestad pública, la separación no produce efectos canónicos en el fuero externo. 2º Una vez separado, no tiene obligación de restaurar la vida conyugal. 3º Pero, si él quiere, puede admitir de nuevo al adúltero, y aun obligarlo a juntarse con él, a no ser que aquél, con su consentimiento, haya profesado en religión o recibido órdenes sagradas. 4º En el caso de que el cónyuge inocente cometa él después adulterio: A) Debe restaurarse la vida conyugal, si la separación se había verificado por decisión propia, sin recurrir al juez; b) Si la separación se había obtenido por la vía judicial, no consta que haya obligación de restaurar la vida en común en tanto no haya sentencia del juez imponiéndola, previa comprobación del adulterio cometido por el otro. 5º Si cada uno de los cónyuges ha estado viviendo en concubinato adúlterino y uno de ellos abandona su vida pecaminosa, puede obtener judicialmente la separación del otro si éste persiste en

su conducta . Para esto es necesario que previamente le notifique su conversión propia y le requiera a cambiar de vida e instaurar la vida conyugal honesta. En el caso de seguir cometiendo adulte rios, puede decretarse la separación por el juez. (34)

PAISES DONDE EXISTE EL DIVORCIO Y ESTUDIO DEL MISMO EN ELLOS COMO INSTITUCION JURIDICA Y COMO ACCION PROCESAL.

Como dejamos apuntado en el inicio de este trabajo - - - existen dos formas de divorcio vincular, el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento y el divorcio necesario que requiere una o varias causas de las contenidas en la ley para poder realizarse.

#### DIVORCIO VOLUNTARIO.

El primer país que adoptó el divorcio por mutuo consentimiento fué Francia, quien posteriormente prohibió dentro de su - - legislación esta institución.

El civilista francés Marcel Planiol ha escrito con relación a la implantación de esta forma de disolución lo siguiente:

"Su reglamentación en 1792.- El divorcio por consentimiento mutuo fue admitido por la ley de 1792, Como los esposos estaban de acuerdo para separarse, se había considerado inútil la intervención del Tribunal, limitándose el legislador a rodear este divorcio de algunas precauciones, destinadas a impedir la ruptura demasiado fácil del matrimonio; las principales consistían en plazos -

-----  
(34) Migueles Alonso Cabreros comentario al canon 1130 - págs. 427 y 428.



sucesivos impuestos a los esposos y en su comparecencia ante una asamblea compuesta de seis parientes o amigos.

Eliminado del proyecto, el divorcio por consentimiento mutuo reapareció en la redacción definitiva bajo la influencia del Primer Cónsul. El Consejo de Estado era contrario a este divorcio, la opinión pública no lo quería y en las observaciones de los Tribunales se había señalado la repugnancia que inspiraba; casi todo mundo había pedido su supresión. Pero Bonaparte hizo grandes esfuerzos para que se adoptara. Las actas oficiales permiten adivinar cómo su imperiosa voluntad obligó al Consejo. Se supone que insistió, tanto por su interés personal, cuanto por haber querido reservarse para el porvenir un medio de romper su unión con Josefina Beauharnais, quien no le daba el heredero que necesitaba para sus 'sueños de Imperio'.

Tal como el Código lo había reglamentado, este género de divorcio no era, sin embargo, un divorcio voluntario, como el 'divortium bona gratia' de los romanos. Se había rodeado de formalidades complicadas, erizado de dificultades; se había hecho todo para hacerlo tan oneroso y raro como fuese posible; para formarnos una idea de él es necesario ver los artículos 275 y s. del Código de Napoleón. Se requería, principalmente, que los esposos perseveraran en su idea de divorciarse durante un año, y obtener el consentimiento de una especie de tribunal de familia; una vez decretado el divorcio, se transmitía a los hijos, de pleno derecho, en nuda propiedad, la mitad de la fortuna de cada cónyuge y constituía, además, un impedimento para todo nuevo matrimonio durante tres años. Por otra parte, era obligada la intervención del tribunal en el divorcio aunque no hubiese ni litigio ni hechos

que probar."(35)

De la consulta de los autores Rafael Rojas Villegas, -  
L. Fernández Clerigo y Laureano Pérez Mier hemos formado una - -  
lista de los países donde se encuentra estatuido el divorcio vo-  
luntario que es la siguiente:

EN EUROPA: Portugal

Bélgica

Rumania

Suecia

Dinamarca

Noruega

Estonia

Luxemburgo

EN AMERICA: Cuba

Venezuela

Ecuador

Guatemala

Santo Domingo

Nicaragua

México

Bolivia

Panamá

Haiti

-----  
(35) Marcel Planiol obra citada pág 23.

Los tres autores mencionados coinciden en señalar que Rusia admite el divorcio por consentimiento mutuo de los cónyuges, o por voluntad única de cualquiera de ellos, y el Uruguay por voluntad única pero exclusivamente de la mujer.

También es importante decir que el divorcio por mutuo consentimiento en Venezuela, solo es admitido como conversión de la separación de personas en divorcio, debiendo haber estado los cónyuges en ese estado de separación legal, por lo menos -- dos años antes de solicitar el divorcio. La misma situación se da en el Perú, pero reduciéndose la duración de la separación a un año.

Por otra parte la Ley Española de divorcio de 2 de marzo de 1932 también establecía el divorcio por mutuo consentimiento, pero a la caída de la República fué derogada, de tal forma que en este país actualmente solo es permitida la separación de cuerpos.

#### DIVORCIO NECESARIO.

Siendo el divorcio necesario, la primera forma de disolución del vínculo conyugal que existió, no consideramos necesario en este capítulo tratar los orígenes del mismo que han sido ya -- examinados en el inicio de este trabajo.

Acerca del divorcio necesario existen entre los países -- que lo aceptan (sin perjuicio de que acepten también el voluntario) dos sistemas, Uno que lo acepta solo para faltas graves cometidas por los cónyuges, y otro que lo admite no sólo por estas causas -- sino aun por ciertos hechos que no revisten el carácter de faltas graves.

Con relación a estos sistemas y para el mejor entendimiento de los mismos veamos lo expuesto por el maestro Rafael Rojina Villegas al respecto:

Faltas graves: "Se llama divorcio sanción a aquél que se establece por causas graves como delitos, hechos inmorales, -- actos que implican el incumplimiento de las obligaciones fundamentales en el matrimonio, o sean contrarios al estado matrimonial -- por cuanto que destruyen la vida en común, así como los vicios: -- abuso de drogas enervantes, embriaguez consuetudinaria, o el juego cuando constituya un motivo de desavenencia conyugal".

El divorcio remedio: "Ya no supone una culpa, sino que decreta la disolución del vínculo para proteger al cónyuge sano o a los hijos cuando existan enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias, también dentro del -- divorcio remedio se comprende la impotencia incurable para la -- cópula que aun cuando no reúna los caracteres antes mencionados -- si impide dentro de los fines normales del matrimonio y siempre y cuando existan determinadas condiciones de edad, el cumplimiento del débito carnal.

La locura también entra en las causas del divorcio remedio, aunque no necesariamente sea hereditaria. (36)

De la misma forma que sacamos un resumen de la consulta de los autores Rafael Rojina Villegas, L. Fernández Clérigo y -- Laureano Pérez Nier con relación al divorcio voluntario, lo hacemos

-----  
(36) Rafael Rojina Villegas obra citada págs. 59 y 60

aquí con referencia al divorcio necesario, estableciendo la - -  
división ya enunciada de faltas graves y hechos que no impliquen  
faltas graves.

FALTAS GRAVES

AMERICA: Honduras

EUROPA: Francia

Inglaterra excepto católicos

Holanda

HECHOS QUE NO IMPLICAN  
FALTAS GRAVES.

AMERICA: Costa Rica

Panama

Cuba

Uruguay

México.

E.E.U.U. Con

excepción de Carolina del

Sur.

EUROPA: Alemania

Suiza

Grecia

Portugal

Suecia

Noruega

Dinamarca

Estonia

Lituania

Filandia

Bélgica

Servia

Bulgaria

Irlanda

Austria

Polonia.

Estos últimos tres países que prohíben cualquier divorcio para los

católicos.

#### CAUSAS DE DIVORCIO.

En virtud de que sería prolijo, - el mencionar las innumerables causas de divorcio existentes en los países que hemos mencionado, además de no existir obras que contengan las referencias a todos los países ya que como dice el tratadista Laureano Pérez Mier "Resulta difícil, cuando no imposible orientarse en medio de este laberinto de leyes contradictorias que dan lugar a situaciones extraordinariamente complicadas" (37) pensamos

que sería oportuno citar los distintos tipos de causas de divorcio que pueden darse en los diferentes países según la clasificación realizada por el autor L. Fernández Clerigo, que al decir del mismo realizó utilizando un método análogo al usado por el profesor Francisco Cosentini, dichas causas se encuentran divididas en cinco grupos, a saber: Causas criminológicas, causas simplemente culposas, causas eugenésicas, causas objetivas e inculpebles y causas indeterminadas.

a) "Entre las primeras, o causas criminológicas, se encuentran: el adulterio de cualquiera de los cónyuges, siempre que no haya sido consentido o perdonado por el otro; el atentado contra la vida del cónyuge o de los hijos; la condena por delito infamante; las lesiones, malos tratos de obra y las injurias, en el sentido estricto de la palabra; el intento o la connivencia para -- prostituir a las hijas o corromper a los hijos; la tentativa de prostitución de la mujer y el abandono de la familia.

-----

(37) Laureano Pérez Mier obra citada pág 505.

b) Entre las causas simplemente culposas consignaremos: el abandono del hogar, cuando no tenga carácter punible; el quebrantamiento de los deberes conyugales; la injuria, en su sentido -- amplio de simple trato injusto; la ausencia y la separación injustificada y contra la voluntad del otro cónyuge.

c) Entre las causas eugenésicas figuran: la locura incurable, la enfermedad grave, crónica y contagiosa, que algunas legislaciones exigen que sea anterior al matrimonio y maliciosamente oculta da al otro cónyuge; la enfermedad venérea; la impotencia incurable, el alcoholismo habitual o consuetudinario, y el uso constante e inmoderado de estupefacientes. Estas causas son generalmente culposas, aunque puede haber casos de inculpabilidad, como la locura y algunas enfermedades crónicas y contagiosas, contraídas sin culpa del cónyuge que las padece.

d) Entre las causas objetivas o inculpables, podemos citar la separación libremente estipulada y consentida por ambos cónyuges, durante un período de tiempo más o menos largo, según el criterio de las legislaciones, pero siempre superior a seis meses; la ausencia involuntaria, la enfermedad mental y la enfermedad independiente de toda negligencia o malicia del cónyuge que la sufre.

e) Las causas indeterminadas son: la relajación del vínculo conyugal que, por múltiples motivos, imputables o no a uno de los cónyuges, llegue a hacer insoportable la convivencia, y la perturbación de las relaciones conyugales, que, culposa o no, pueda llevar al mismo resultado. En realidad, estas causas pueden reducirse a una sola, donde caben la incompatibilidad de caracteres, las diferencias religiosas y otras motivaciones de índole análoga,

que en unas legislaciones se especifican, y en otras, donde las causas indeterminadas se expresan en concepto global, pueden ser discretamente admitidas por los tribunales. (38)

#### CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO.

Son las siguientes:

A.- Debe intentarse oportunamente.

B.- Es personalísima

C.- Se extingue por reconciliación o perdón

D.- Es susceptible de renuncia y de desistimiento.

to.

(38) I. Fernández Clerigo págs. 136 y 137.



A.- Debe intentarse oportunamente.

El derecho a intentar la acción de divorcio, está determinado a un término que varía según las diferentes legislaciones, pero éste, siempre se establece, en favor de la seguridad de las relaciones jurídicas.

¿Cuándo empieza a correr el término para intentar la acción de divorcio?

Esto depende de dos factores: 1.- De que el cónyuge al cual pertenezca la acción tenga conocimiento o se entere de la causal o causas que va a invocar y 2.- De la forma en que se realice el acto o actos, que den motivo o hagan nacer el derecho a solicitar el divorcio.

1.- Sobre el primer punto no existe problema, - las legislaciones claramente establecen el tiempo partiendo de la base de que el sujeto titular de la acción conozca el acto o actos que dan origen a esta.

2.- En cuanto al segundo punto hay que distinguir dos situaciones:

a) Cuando las causas se realizan en forma de -- tracto sucesivo.

Ejemplo de estas son: El abandono injustificado del domicilio, las enfermedades, la locura incurable, y la -- impotencia para la cópula.

Sobre estas causas el maestro Rojina Villegas expresa:

"No existe posibilidad de que en estas causas de tracto sucesivo comience a correr el término de caducidad, por la misma naturaleza de las cosas, pues no va a depender de la voluntad de los consortes el que se compute el estado que da origen al divorcio a partir de un cierto momento. En efecto, si la causa depende de una situación objetiva, de un estado de hecho, como haberse separado de la casa conyugal, estar ausente, encontrarse enfermo, es evidente que mientras se mantenga esa situación que es el motivo por el cual la ley concede el divorcio, el cónyuge inocente o el sano, en el caso de las enfermedades, podrá intentar su acción"

(40)

Por su parte L. Fernández Clérigo citando la ley Cubana escribe: "Esta fórmula es la que nos parece mas acertada, cuando se trata de causas de tracto sucesivo.

Mientras los hechos continuados que originan el divorcio subsistan y sigan produciendose, la acción esta viva y puede -- ejercitarse, por el cónyuge inculpable, si se trata de motivos -- culposos, o por cualquiera de los cónyuges, cuando se trate de -- causas objetivas que no impliquen culpabilidad, salvo la enfermedad mental, puesto que en este caso casi todas las legislaciones que la admiten atribuyen la acción al cónyuge que no la padece." (41)

De lo anterior concluimos que para estas causas no opera la caducidad por su especial forma de realizarse.

-----

(40) Rafael Rojina Villegas obra citada pag 134.

(41) L. Fernández Clerigo obra citada págs 142 y 143.

b) Causas de realización momentánea.

Como su forma de efectuarse no supone un estado de permanencia como en las de tracto sucesivo, aquí sí es posible determinar un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de divorcio, mismo que deberá ser computado, no desde el momento de haber ocurrido el o los actos, sino desde que este es conocido por el titular de la acción.

Sobre esta cuestión el maestro Rojina Villegas opina: -  
"En cambio, las causas de realización momentánea, que no implican un estado, una situación que se prolonga en el tiempo, sino que se realizan en un momento dado, por ejemplo: injurias, adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o la corrupción de los hijos, evidentemente que si pueden definirse en el tiempo".

(42)

B.- Es personalísima

Esta característica consiste en que únicamente el titular de la acción puede intentarla.

¿Que otras personas, además de los cónyuges podrían interesarse en ejercitar la acción de divorcio?

1.- En primer término los herederos: El cónyuge que es declarado culpable en un juicio de divorcio, puede estar sujeto a penas de carácter patrimonial que redundan en beneficio del cónyuge inocente, de tal forma que los herederos de este último tienen interés en que por los efectos que trae consigo el divorcio se -

(42) Rafael Rojina Villegas obra citada pág. 135.

modifiquen las donaciones que pudieran existir, sin embargo en virtud del carácter personalísimo de esta acción, dichos herederos no pueden intentarla ya que el interés fundamental del divorcio es la disolución del vínculo conyugal, y éste en el supuesto que estamos observando ya se produjo en virtud de la muerte.

2.- Los acreedores del cónyuge inocente: En el derecho en ciertos casos cuando el deudor no intenta una acción que le pertenece puede ser sustituido por su acreedor en el ejercicio de la misma, es un caso de subrogación que no se da en el divorcio debido al carácter personalísimo de la acción, ya que sería a todas luces injusto que por una razón de tipo económico se permitiera a una persona ajena a los conyuges intervenir modificando la estabilidad de la vida matrimonial.

El carácter que de personalísimo tiene esta acción en cuanto a los puntos que en este momento examinamos lo establece en forma precisa el Derecho Francés: "La facultad de demandar el divorcio es esencialmente personal a los esposos; ninguna otra persona puede ejercitar la acción de divorcio. Así se encuentran excluidos:

1.- Los acreedores de los esposos. La acción de divorcio no se refiere a los bienes y, por tanto, no forma parte del patrimonio.

2.- Los herederos de los esposos. Cuando uno de los esposos ha muerto, no procede el divorcio, puesto que el matrimonio se ha disuelto ya y el objeto del divorcio era disolverlo. Los herederos no podrán ni siquiera continuar la acción, si la defunción del esposo acaece durante el juicio (art. 244, inc. 3) ---

La acción se ha extinguido absolutamente. (43)

Otras causas por las cuales podría ser sustituido el -- titular de la acción son:

3.- a) La minoría de edad y b) El estado de interdicción.

a) - La minoría de edad: L. Fernández Clérigo afirma: -- "Puede presentarse el caso de que los cónyuges, o alguno de -- ellos, sean menores de edad, y en este supuesto se suscita el pro- blema de si necesitarán o no de la intervención de un representa- te. La casi totalidad de las legislaciones se pronuncian por la - negativa, especialmente si se trata del ejercicio de la acción y - no de la oposición.

El Código Francés y los que le siguen consideran la acción de divorcio como personalísima, y el cónyuge ofendido es el único que puede ejercerla, aunque sea menor de edad. La capacidad para - contraer matrimonio lleva consigo la de ejercer la acción de divor- cio, sin necesidad de intervención de los ascendientes, ni del -- consejo de familia\*.

"En el Derecho Suizo, marido y mujer pueden también en- - tablar la acción de divorcio, sin necesidad de autorización, ni de intervención de representante legal, aunque sean menores de edad, ya que el matrimonio supone de derecho la emancipación, y la mujer está en este punto facultada para el ejercicio de las acciones que le correspondan por el artículo 168 del Código Civil\*.

(43) Marcel Planiol obra citada pág. 36

"En la legislación Soviética, en la que para contraer matrimonio se fija la edad de 18 años, o sea la misma que para obtener la plena capacidad civil sin distinción entre hombres y mujeres, es evidente que el problema no existe, ya que ambos cónyuges son absolutamente capaces para el ejercicio de la acción.

La Ley Cubana de 10 de mayo de 1934, que tan minuciosa se muestra, discrepa de las soluciones que hemos visto en principio acogidas por las legislaciones que hemos citada, y ordena, en su artículo 4, que si alguno de los cónyuges está sujeto a tutela por cualquier causa, el tutor, con las autorizaciones que en su caso correspondan, podrá ejercer en su nombre la acción de divorcio. Claro que, como el matrimonio supone la emancipación que extingue la tutela, el caso sólo puede presentarse cuando se trate de incapacidades distintas de la menor edad.

La mencionada Ley Cubana prevé el caso de que el tutor del cónyuge que ha de ejercitar la acción de divorcio sea el otro esposo, y ordena que, en este caso, y en tanto el juicio se resuelva, sea sustituido por la persona llamada en orden por la ley. (44)

En nuestro derecho con relación a la minoría de edad podemos afirmar que en virtud del matrimonio se produce automáticamente la emancipación del menor, por lo cual éste se encuentra capacitado para el ejercicio de la acción de divorcio, pero como el artículo 643 establece que: "El menor emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita duran

(44) L. Fernández Clerigo obra citada pág. 139.

te su menor edad: III.- De un tutor para los negocios judiciales. Nos encontramos, como afirma el maestro Rojina Villegas, ante un -- caso de asistencia, no de representación, ya que el emancipado es quien personalmente decide divorciarse y solo es asesorado o -- aconsejado por dicho tutor, el cual no puede contrariar la voluntad de este menor emancipado titular de la acción.

En cambio en lo referente al estado de interdicción sí -- hay una verdadera representación, ya que el titular de la acción, no esta mentalmente facultado para tomar decisiones, por lo que en este caso operan las reglas generales establecidas para la tutela en nuestro Código Civil.

C.- Se extingue por reconciliación o perdón.

La distinción entre estos dos supuestos la establece -- claramente el Civilista Rojina Villegas al decirnos: "En relación con estas disposiciones relativas al perdón o a la reconciliación, cabe hacer las reflexiones siguientes: Debe distinguirse el perdón de la reconciliación. Generalmente, en la doctrina se confunden, -- pero en realidad, el perdón supone cónyuge culpable y cónyuge -- inocente. Es decir, en primer término, una causa de divorcio que -- implique culpabilidad; en segundo lugar, que la misma sea aceptada expresa o tácitamente por el cónyuge culpable, y en tercero que no obstante ese reconocimiento de la culpa, el inocente de manera -- expresa perdone al culpable o tácitamente, a través de una conducta que revele ese propósito, no siendo suficiente que deje correr el término para decidir en su caso al final del mismo, si presenta -- su demanda de divorcio, o se abstiene de hacerlo, porque esto -- equivaldría a no conceder el perdón, después de haber mantenido -- la posibilidad de otorgarlo o negarlo.

La conducta a través de la cual deduzcamos el perdón -  
tácito, debe ser de tal manera evidente que se reanude la vida  
cónyugal en todas sus manifestaciones y, sobre todo, a través -  
de la comunión espiritual, en la ayuda recíproca, en la conviven-  
cia común con la manifestación posible, según las circunstancias  
de la relación sexual. (45)

"En la reconciliación, propiamente no hay una causa de-  
finida que permita hablar de cónyuge culpable e inocente. Ante -  
una disputa en la que el cónyuge al que se le considera culpable  
no admita la culpa, y tampoco existan pruebas evidentes de ella,  
puede el otro cónyuge que se estima subjetivamente inocente, --  
reanudar la vida en común con todas sus manifestaciones, y en-  
tonces, a pesar de que esté planteada la controversia de que la  
demanda de divorcio haya sido negada, de que no existan pruebas  
que permitiesen al juez concluir sobre la existencia de la - -  
causal, siempre y cuando aun no se hubiere dictado sentencia, -  
por ejemplo, aún en el período de alegatos, pueden los cónyuges  
reconciliarse, reanudando así la vida en común." (46)

Sobre esta característica vemos en la obra de Fernández  
Clérigo lo siguiente: "El Código Civil Francés sólo consigna --  
como causas extintivas de la acción de divorcio, la muerte de uno  
de los cónyuges y la reconciliación (art. 244)

El Código Civil Suizo consigna como motivos de extinción  
de la acción de divorcio, aparte de la muerte y de la nulidad del  
matrimonio, el perdón del cónyuge inocente, cuando se trata del -

-----  
(45) Rafael Rojas Villegas obra citada pág. 145

(46) Rafael Rojas Villegas obra citada pág. 148



adulterio y la prescripción". (47)

En cuanto a nuestro Derecho vemos que el Código Civil señala como motivos que dan término a la acción del divorcio, la prescripción, que fija en seis meses, contando desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho (art. 278); el perdón expreso o tácito (art. 279); la reconciliación de los cónyuges (art. 280), y la renuncia o desistimiento de la acción, sin que pueda volver a solicitar el renunciante el divorcio, fundándose en los mismos hechos.

D.-Es susceptible de renuncia y de desistimiento.

Al respecto opina el Maestro Rafael Rojina Villegas que: "Por lo que toca a la renuncia ya hemos explicado que solamente pueden renunciarse las causas de divorcio ya consumadas; que es imposible jurídicamente renunciar causas de divorcio que pudieran ocurrir en el futuro.

Puede también la acción de divorcio ser objeto de desistimiento, lo que implica una renuncia pero de la acción ya intentada. Es decir, la renuncia puede presentar dos formas: Antes de que se intente la acción o una vez intentada. Pero en ambos casos la causa de divorcio ya está consumada. Si una vez conocida la causa de divorcio se manifiesta por el cónyuge inocente la renuncia, no hay propiamente ni perdón ni reconciliación, simplemente no se ejercita el derecho de exigir el divorcio. Se prescinde de intentar la demanda" (48)

-----  
(47) L. Fernández Clérigo obra citada pág 140

(48) Rafael Rojina Villegas obra citada pág 151.

### EFFECTOS DEL DIVORCIO.

Los efectos que trae consigo el divorcio se pueden -- dividir para su estudio en dos apartados 1.- Medidas provisionales que se deben tomar al iniciarse el juicio y 2.- Efectos definitivos que resultan del mismo.

1.- Medidas provisionales. L. Fernández Clérigo las -- reduce a cuatro principales a saber:

I.- Separación provisional de los cónyuges y señalamiento, en ciertos casos, de domicilio o residencia de la mujer.

II.- Guarda y cuidado de los hijos habidos en el matrimonio.

III.- Señalamiento de alimentos a la mujer, y en su caso a los hijos que queden en su poder.

IV.- Medidas protectoras de los intereses de la familia y especialmente de la mujer, cuando al marido corresponde la -- administración de bienes de ésta o de la sociedad conyugal. (49)

2.- Efectos definitivos del divorcio.

Estos son referentes a) En cuanto a las personas de los -- conyuges b) En cuanto a los hijos, c) Con relación a los alimentos d) En cuanto a los bienes de los cónyuges:

a) En cuanto a las personas de los cónyuges.

\*Todas las legislaciones que admiten el divorcio vincular convienen en que su efecto principal es disolver el matrimonio, producir la separación de la vida común de los conyuges, --

(49) L. Fernández Clérigo obra citada pág. 143

la liquidación de cualquier forma de sociedad conyugal o régimen de comunidad de bienes, pasando éstos a constituir o a acrecer el patrimonio privativo de cada uno de los consortes, y la facultad de estos para contraer nuevas nupcias.

En consecuencia, los divorciados no pueden ya cometer adulterio por razón del matrimonio disuelto, ni la mujer necesita autorización del marido para ningún acto de su vida civil, en los regímenes que le exigen, ni el marido tiene facultad de gerencia familiar ni existen entre los que fueron esposos derechos sucesorios fuera de los llamamientos testamentarios ". (50)

b) En cuanto a los hijos.

"Generalmente, los códigos dictan disposiciones minuciosas, garantizando la situación de los hijos en el caso de divorcio de los padres, declarando que éste no altera sus deberes de amor, asistencia y protección respecto de los hijos, y señalando cual de los progenitores ha de quedar encargado de la guarda de los que sean menores y ejercer sobre ellos la patria potestad, tomando principalmente por base la edad y el sexo de los hijos y la culpabilidad o inculpabilidad de los padres, en el juicio de divorcio.

Sin embargo cierta primitiva rigidez, que se advertía al desarrollar estos principios, ha venido paliándose, y hoy casi todas las legislaciones conceden al arbitrio judicial un margen mas o menos discrecional para alterar las medidas tipo establecidas por la ley, cuando las circunstancias y muy especialmente el interés de los hijos lo reclamen". (51)

-----  
(50) L. Fernández Clérigo obra citada pág. 144

(51) L. Fernández Clérigo obra citada pags. 146 y 147

c) Con relación a los alimentos.

"A pesar de la disolución del matrimonio, que el divorcio supone, casi todas las legislaciones reconocen que queda en pie, - entre los que fueron cónyuges un derecho de alimentos que por regla general se atribuye al inocente y se hace gravitar sobre el culpable. En esta concepción, esa obligación no deriva ya del matrimonio que ha desaparecido si no del hecho de haber ocasionado culpablemente el divorcio". (52)

d) En cuanto a los bienes de los conyuges.

"Estos efectos pueden reducirse a los siguientes:

- A.- Indemnización y reparación moral como consecuencia - del divorcio culpable.
- B.- Restitución de donaciones.
- C.- Liquidación y disolución de todo sistema de comunidad de bienes y de sociedad conyugal.

### CAPITULO III.

PAISES QUE NO ACEPTAN EL DIVORCIO.- CONCORDATOS CON LA IGLESIA CATOLICA.- PAISES DONDE LA DOCTRINA DEL CODIGO CANONICO SE ENCUENTRA INSERTA EN LOS CODIGOS CIVILES CON LA RELACION AL TEMA DE DISOLUCION Y SEPARACIONES.

#### PAISES QUE NO ACEPTAN EL DIVORCIO.

De la consulta de las obras del Dr. Laureano Pérez Vies, Rafael Rojina Villegas y Fernández Clérigo, hemos formulado una lista de los países que rechazan el divorcio vincular dentro de sus sistemas jurídicos; la cual presentamos a continuación:

##### EN EUROPA.

España.- Código Civil art. 123.

Italia.- Código Civil art. 66

Polonia.- No se admite el divorcio para los católicos Ley de Matrimonio de 1891

Austria.- Código Civil art. 111  
"El vínculo de un matrimonio válido entre católicos solo se disuelve por muerte de uno de los conyuges"

Irlanda.- El Código Civil lo prohíbe para los católicos.

Servia.- El Código Civil lo prohíbe para los católicos.

Bulgaria.- El Código Civil lo prohíbe para los católicos.

##### EN AMERICA:

Argentina.- Código Civil art. 81  
"El matrimonio válido solo se disuelve por la muerte de uno de los conyuges"

Colombia.- Código Civil art. 152  
"El matrimonio solo se disuelve por muerte de uno de los conyuges"

Brasil.- Código Civil art. 315  
"La comunidad conyugal termina

1.- Por muerte de uno de los cónyuges,  
2.- Por declaración de nulidad u anula  
miento del matrimonio; 3.- Por separa  
ción judicial o por mutuo consenso.  
Ademas la nueva constitución declara -  
que el matrimonio, base de la familia  
es indisoluble.

Bolivia.- Código Civil Art. 142  
"El matrimonio solo se disuel  
ve por la muerte de uno de los  
cónyuges".

Paraguay.- Ley de 1898

Perú.- Código Civil art. 191  
" Solo se admite el divorcio - -  
bajo forma de separación, subsig  
tiendo el vínculo matrimonial"

Chile.- Código Civil art. 117 y 118

Carolina del Sur en EE UU.-

#### CONCORDATOS CON LA IGLESIA CATOLICA.

La Iglesia tiene como fin esencial el cuidado de los --  
bienes espirituales que posee el género humano, el Estado, el de -  
los asuntos temporales, sin embargo dado lo complejo de la realidad  
humana hay asuntos que requieren la atención de ambas potestades,  
ya que en lo difícil de algunas necesidades humanas se entrelazan  
o se necesitan entre sí; los bienes temporales para satisfacer - -  
necesidades espirituales, así como a veces la atención de los bie-  
nes temporales requiere de un contenido espiritual para su trato de  
tal forma que es indispensable evitar los choques limando las aspe  
rezas que pudieren existir entre la Iglesia y los Estados de tal -  
forma que uniendo sus esfuerzos en una mutua limitación de competen  
cias puedan coexistir en forma armoniosa, cuidando esencialmente ca-  
da organismo de los intereses que más le preocupan, pero existiendo  
cierta posibilidad de intervención en asuntos no esenciales a su -  
incumbencia, pero, que por bien de la misma humanidad es necesario

sean tratados por ambas potestades, el medio de concertar estas intervenciones mixtas asegurándolo con la fuerza sancionadora y probatoria que posee el derecho es el concordato que como veremos a partir de la postguerra ha adquirido una importancia -- trascendental en la moderna concepción de los pueblos para las mejores relaciones entre la iglesia y estos mismos.

Sobre lo anterior el Dr. Laureano Pérez Mier afirma: "Por derecho concordatorio se entiende el conjunto de leyes -- sobre materias de jurisdicción mixta espiritual y temporal, en sentido mas o menos propio y riguroso establecidas por pacto -- solemne y público de la Iglesia con el Estado. (53)

"Por el concordato la Iglesia y el Estado se colocan en un plano de igualdad; no en el sentido de que aquella abdique de su superioridad a la cual, por otra parte, no podrá renunciar, aunque quisiera, sino en cuanto que permaneciendo dentro del concordato y para las materias previstas en el mismo, la Iglesia se compromete a no hacer uso de la misma. (54)

En los comentarios referentes al cánón número 3 del Código Canónico en la obra de Migueles Alonso Cabrerros encontramos definido el concordato en la siguiente forma:

"El concordato puede definirse: Un convenio solemne - (concordato-convenio) contraído entre el Romano Pontifice y los supremos moderadores de los Estados, destinado a instaurar un régimen de concordia y colaboración entre la sociedad eclesiástica y la civil, mediante la creación de una ley común (concordato ley)

- - - - - (53) Laureano Pérez Mier obra citada pág 25

- - - - - (54) Laureano Pérez Mier obra citada pág 25

que se impone a los súbditos propios en virtud de la soberanía y -  
ordena las relaciones mutuas acerca de materias de algun modo conce-  
nientes a ambas potestades.

Los concordatos son convenios públicos de carácter - --  
normativo, que se estipulan con igualdad de efectos jurídicos para  
ambas partes y crean reglas generales de conducta o leyes que se --  
imponen a los propios súbditos? (55)

Existen diferentes opiniones acerca de la naturaleza --  
jurídica de los concordatos, éstas las tomamos también de la obra  
de Migueles Alonso Cabreros, que nos dice que son 3 principalmente  
" a) La teoria legal o regalista, según la cual los concordatos --  
son únicamente leyes civiles o concesiones del Estado, las cuales  
obligan a la Iglesia, pero no al Estado, que puede revocarlas a su  
arbitrio fundado en el principio de su absoluta supremacía. Esta  
Teoria es directamente opuesta a la doctrina de la Iglesia b) Entre  
los católicos hay autores que defienden la llamada teoria de los --  
privilegios, según la cual los concordatos no son otra cosa sino --  
meros privilegios que la Iglesia concede al Estado c) Pero la teoria  
seguida comúnmente por los católicos aunque no por todos de igual -  
forma explicada es la teoria contractual. Sostienen los defensores  
de ella que los concordatos son pactos o contratos vilaterales entre  
la Iglesia y el Estado, que obligan a ambas partes contrayentes en -  
virtud de la justicia. No se opone a esta sentencia el hecho de que  
en los concordatos se contengan también algunos privilegios.

El Código sin entrar a discutir la naturaleza del conce-  
dato; mantiene intangible el axioma jurídico natural-lo pactado --  
debe observarse, pacta sunt servanda-, que afecta, sin excepcion aún

- - - - - (55) Migueles Alonso Cabreros obra citada pág 2



a las leyes concordadas que sean contrarias a las prescripciones canónicas". (56)

#### FORMA DE LOS CONCORDATOS

Siguiendo al Dr. Laureano Pérez Mier vemos que en cuanto a su forma los concordatos pueden estipularse de tres maneras a -- saber: 1.- "Algunas veces se hacen en forma de dos declaraciones simultáneas en documentos separados que se completan mutuamente, -- emanados, el uno, del Romano Pontífice, conteniendo las concesiones acordadas por la Iglesia al Estado, y el otro procedente del Poder Civil, que contiene los compromisos del Estado en relación con la -- Iglesia.

2.- En forma de bula pontificia, la cual es admitida y -- promulgada luego como ley civil en acto separado y aparte.

3.- Finalmente la forma mas solemne y la mas frecuente es en forma de tratado o pacto bilateral, firmado simultáneamente -- por ambas partes. Constituye la forma ordinaria de los concordatos con naciones católicas y es la que adoptaron los concordatos de la postguerra" (57)

PAISES DONDE LA DOCTRINA DEL CODIGO CANONICO SE ENCUENTRA INSERTA EN LOS CODIGOS CIVILES CON RELACION AL TEMA DE DISCIJION Y SEPARACIONES.

La doctrina de la iglesia se encuentra ubicada en las -- legislaciones civiles de varios Estados, desde luego la lista que --

- - - - - (56) Migueles Alonso Cabrerros obra citada pág 3

- - - - - (57) Dr. Laureano Perez Mier obra citada pág 50

oficinas al inicio de este capítulo comprende los mas representativos, aunque existen otros donde también es de apreciarse la influencia de la doctrina católica en dichas legislaciones civiles, como es el caso de los países que aunque permiten el divorcio dan sin embargo la posibilidad de la separación de cuerpos, para favorecer situaciones de conciencia de los católicos que se encuentran desavenidos; a estos países hicimos referencia en el capítulo anterior.

La influencia de la doctrina católica en los ordenamientos civiles de los países es el lógico resultado de las relaciones existentes entre ésta y dichos países, misma que podríamos jerarquizar en tres categorías: a) Estados donde la religión católica tiene el carácter de oficial: tal es el caso de España, Italia, Colombia, Costa Rica, Paraguay y el Perú.

b) Estados con libertad de cultos que otorgan cierta preeminencia a la religión católica, como en el caso de Polonia, Rumania y Austria.

c) Estados con libertad de cultos y separación de concordia y amistad entre la Iglesia y el Estado: Estos forman la mayoría y es interesante hacer notar que regularmente dichos pueblos sostienen relaciones diplomáticas con el Vaticano, ya sea teniendo representación en el mismo o recibiendo dentro de su territorio a diplomáticos pontificios; de este último grupo son ejemplos China, los Estados Unidos de Norte America, Holanda, y Suiza.

Por otra parte países que antes manifestaban abierta -- hostilidad e incluso prohibiciones y persecuciones para con la -- iglesia católica, ahora se han acercado a Roma comprendiendo la -- fuerza espiritual del catolicismo y la importancia de su intervención

en busca de la paz mundial.

#### CONCORDATOS DE LA POSTGUERRA

Después del acendrado liberalismo de fines del siglo - XIX y principios del XX varios pueblos vuelven a sentir la necesidad de estar en buenas relaciones con la iglesia Católica lo cual da nacimiento a los llamados concordatos de las postguerra o concordatos de la nueva época, dichos concordatos son los siguientes:

"Por el orden cronológico de su estipulación se ordenan así: Letonia (1922), Baviera (1924), Polonia (1925), Francia (1926), Lituania (1927), Checoeslovaquia (1928), Portugal (1928), Italia (1929), Rumania (1927), Prusia (1929), Baden 1932), Alemania (1933), Austria (1933), Yugoslavia (1935), Ecuador (1937) y el último de España (1953) (58)

El Código de Derecho Canónico entró en vigor el 19 de mayo de 1918 y como hemos visto el primer concordato de la postguerra fué firmado en 1922, por lo que éste y los que le siguieron son un expreso reconocimiento al valor jurídico que posee la doctrina católica codificada.

Como sería prolijo el estudio de los concordatos de la postguerra que hemos mencionado en todas las partes que los conforman consideramos que para el fin de este trabajo es suficiente ver en que forma las legislaciones de algunos Estados están adecuadas para dar cabida a la realización de las ideas contenidas en los concordatos con relación a los efectos civiles concedidos al matrimonio canónico y a la competencia canónica en las causas matrimoniales.

Los países cuyos concordatos y legislación civil se encuentran orientadas con mayor claridad hacia estos aspectos son Lituania, Italia, Austria y España.

#### LITUANIA.

Artículo 15 del concordato "Los matrimonios celebrados en conformidad con las prescripciones del Código Canónico obtienen por eso mismo los efectos civiles (59)

El concordato lituano no contiene disposición alguna especial sobre las causas matrimoniales; por eso optamos por decir que reconoce implícitamente la competencia exclusiva de la iglesia y de los tribunales eclesíasticos para juzgar de las causas matrimoniales canónicas, así vemos que el Dr. Laureano Pérez Mier afirma "El Estado lituano no interviene para nada en la celebración del matrimonio canónico: Es la Iglesia y la ley canónica únicamente la que rige el matrimonio, estableciendo impedimentos, determinando la capacidad de los contrayentes y la forma jurídica de su celebración; la acción del Estado comienza después con el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio. (60)

- - - - - (59) Laureano Pérez Mier obra citada pág 507.

- - - - - (60) Laureano Pérez Mier obra citada pág 515.

ITALIA.

Artículo 34 del concordato "El Estado italiano queriendo restituir a la institución del matrimonio, que es la base de la familia una dignidad conforme a la tradición católica de su pueblo, reconoce - al sacramento del matrimonio regulado por el Derecho canónico los efectos civiles:

"Las proclamas del matrimonio se haran como antes, no -- solo en la Iglesia Parroquial, sino también en el Ayuntamiento:"

"Inmediatamente después de la celebración del matrimonio el párroco explicará a los esposos los efectos civiles del matrimonio, dando lectura a los artículos del Código Civil sobre los derechos y -- deberes de los conyuges, y redactará el acta de matrimonio, de la que, en el término de cinco días, enviará copia íntegra al Ayuntamiento, -- a fin de que sea transcrita en el registro del Estado Civil". (61)

En otra parte del mismo artículo 34 del concordato se dice "Las causas concernientes a la nulidad del matrimonio y a la dispensa del matrimonio rato y no consumado están reservadas a la competencia - de los tribunales y curias eclesiásticas.

Las decisiones y las sentencias sobre estos asuntos, - - cuando lleguen a ser definitivas, se trasladarán al Supremo Tribunal de la signatura, el cual examinará si se han observado las normas del derecho anónico relativas a la competencia del juez, a la citación y a la legítima representación o contumacia de las partes.

Dichas decisiones o sentencias definitivas con los decretos a ellas referentes del Supremo Tribunal de la signatura se trasladarán al Tribunal de Apelación del Estado, competente en el territorio - - - - - (61) Laureano Pérez Mier obra citada pág. 508

el cual, por medio de mandamiento dictado en la Sala de Gobierno, los hará ejecutivos en cuanto a los efectos civiles y ordenará que se anoten en los registros del Estado Civil al margen de la partida de matrimonio.

En lo referente a las causas de separación personal, la Santa Sede consiente que sean juzgadas por los Tribunales Civiles".(62)

#### AUSTRIA.

Artículo 7º del concordato "La República Austriaca reconoce los efectos civiles a los matrimonios contraídos en conformidad con el Derecho Canónico": (63).

En el mismo artículo 7º se expresa: "La República Austriaca reconoce la competencia de los tribunales y de las curias eclesíásticas en las causas concernientes a la nulidad del matrimonio y a la dispensa del matrimonio rato y no consumado".

"Las decisiones y las sentencias sobre estos asuntos --- cuando lleguen a ser definitivas se trasladarán al Supremo Tribunal de la signatura apostólica, el cual examinará si se han respetado las --- normas del Derecho Canónico relativas a la competencia del juez a la citación y a la legítima representación o contumacia de las partes".

Dichas decisiones y sentencias definitivas, con los decretos a ellas referentes del Supremo Tribunal de la signatura apostólica, se trasladarán a la Corte Suprema Austriaca. Los efectos civiles comenzarán desde el instante de la declaración ejecutiva de las mismas ----

(62) Laureano Pérez Mier, ob. cit., pág. 516.

(63) Laureano Pérez Mier ob. cit., pág. 512.

dictada en sesión secreta por la Corte suprema Austriaca.

Los tribunales eclesiasticos y civiles deberán prestarse mutua ayuda cada uno dentro del ámbito de su competencia.

Protocolo adicional al artículo 7º:

1.- La República Austriaca reconoce además la competencia de la autoridad eclesiastica en el procedimiento relativo al privilegio Paulino.

2.- La Santa Sede conciente que las causas matrimoniales de separación personal sean juzgadas por los tribunales civiles.

3.- La Santa sede proveerá a la publicación de las instrucciones convenientes por parte del Episcopado Austriaco, las cuales - - tendrán fuerza de obligar en todas las Diócesis. (64)

#### ESPAÑA

Artículo 23 del concordato "El Estado Español reconoce - plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del - Derecho Canónico.

Artículo 24 del concordato 1.- El estado Español reconoce la competencia exclusiva de los tribunales y dicasterios eclesiasticos en las causa referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la - separación de los conyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no - consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino.

2.- Inocada y admitida ante el Tribunal Eclesiástico una demanda de separación o de nulidad, corresponde al Tribunal Civil - - - dictar, a instancia de la parte interesada, las normas y medidas - - -  
- - - - - (64) Laureano Perez Mier obra citada pag . 519.

precautorias que regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente.

3.- Las sentencias y resoluciones de que se trate, cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas por el Tribunal Eclesiástico, al Tribunal Civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará -cuando se trate de nulidad, de dispensa "superato" o aplicación del Privilegio Paulino- que sean anotadas en el Registro del Estado Civil al -- margen del acta de matrimonio.

4.- En general todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades Eclesiásticas, en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán -también efecto en el orden civil cuando hubieren sido comunicados a las competentes Autoridades del Estado, las cuales prestarán además el apoyo necesario para su ejecución. (65)

Por su parte el Código Civil Español expresa: Artículo 76 (El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes.

Artículo 77 "Al acto de la celebración del matrimonio canónico asistirá el Juez Municipal u otro funcionario del Estado, - con el solo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil (66)

Por lo que respecta a las causas matrimoniales vemos que el Código civil respeta plenamente la jurisdicción eclesiástica en - las mismas.

- - - - - (65) Migueles Alonso Cabrerros pág. 1,025 y 1,026

- - - - - (66) Dr. Laureano Pérez Mier obra citada pág. 531



Así vemos que el artículo 80 del Código Civil -- dice: "El conocimiento de los pleitos sobre nulidad de divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales Eclesiásticos".

Por su parte el artículo 82 del mismo Ordenamiento, expresa: "La sentencia firme de nulidad o divorcio del matrimonio canónico, se inscribirá en el Registro Civil y se presentará al Tribunal Ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa a los efectos civiles". (67)

(67) Dr. Laureano Pérez Mier, ob. cit. pág. 532.

CAPITULO IV.

ANULACION DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL.- MATRIMONIO RATO  
Y NO CONSUMADO DEL DERECHO CANONICO.- PRIVILEGIO PAULINO, PO-  
TESTAD PAPAAL PARA LA DISOLUCION MATRIMONIAL.

Consideramos oportuno tratar aún en forma breve, lo referente a las nulidades del matrimonio ya que pueden afectar la integridad del vínculo llegando en algunos casos a la disolución del mismo. Al hablar de nulidad, se hace necesario hablar de inexistencia, ya que son conceptos en cierto modo -- afines, pero que es necesario diferenciar, como lo es también el dar una graduación a las nulidades en absolutas y relativas, ya que aunque existen autores que consideran ocioso el hacerlo, como más adelante veremos hay ciertas características que las diferencian en forma evidente. En atención a lo anterior, podemos afirmar que los matrimonios con relación a este tema, pueden dividirse en: a) Matrimonios inexistentes; b) Matrimonios nulos o afectados de nulidad absoluta; y, c) Matrimonios anulables o afectados de nulidad relativa.

La anterior clasificación es útil para el estudio de las nulidades matrimoniales, pero en los ordenamientos jurídicos de los distintos países, no se hacen estas distinciones, sino sólo se hace referencia a las nulidades en general, apuntando las características de los distintos tipos de ellas en los diversos ordenamientos; sobre esto, creemos oportuno ver lo expresado por el autor L. Fernández Clérigo que -- dice: "debemos indicar ante todo, que hay autores como los -- famosos tratadistas alemanes - - - - -"

Enneccerus, Kipp y Wolff que no admiten la distinción entre - - matrimonios nulos y anulables, fundándose en que tanto unos como otros, tienen una apariencia de matrimonio y surten sus efectos hasta que se declara judicialmente la nulidad.

La mayor parte de las legislaciones son también - refractarias a esta distinción, que se ve más claramente en la doctrina y en la interpretación de los autores que en las puras fuentes legales.

Conviene, sin embargo, recordar, que las nulidades absolutas revisten caracteres especiales, que no cabe desconocer, y que las hacen perfectamente distintas de las meras anulabilidades. Así, vemos que esas nulidades absolutas no permiten confirmación ni subsanación y que la acción que originan ésta en cierto modo asimilada a las de carácter público, porque cualquiera puede ejercitarla y está atribuída especialmente al Ministerio Público, siendo imprescriptible.

Cierto que, como hemos dicho, estas condiciones -- convienen también, en general, a la inexistencia, pero ésta se distingue de la nulidad en que el matrimonio nulo puede producir determinados efectos, que no ocasionan comunmente el inexistente y que para borrar o hacer desaparecer aquél, es preciso formular una declaración de nulidad que no cabe proferir en los casos de inexistencia, donde la función de los Tribunales queda circunscrita a una mera comprobación.

Muy al contrario, en los casos de simple anulabilidad, el matrimonio es susceptible de confirmación o de convalidación; la acción se confiere solo a determinadas personas interesadas,

y esa misma acción se extingue por prescripción, generalmente fijada en plazos relativamente cortos, a contar desde la celebración del matrimonio o desde el momento en que la persona - asistida de la acción conoce el motivo en que se origina.

Establecida ya esta base doctrinal podemos - - insistir en que, a pesar de ella, la mayor parte de las legislaciones no distinguen con claridad las nulidades absolutas de las relativas" (68)

Veamos ahora la clasificación que hemos apuntado

a) Matrimonios inexistentes,

Son aquellos que carecen de alguna de las condiciones esenciales para que el matrimonio nazca y se produzca, dichas - - condiciones son: 1.- diferencia de sexo 2)- consentimiento - para su realización y 3.- que éste se efectue ante la autoridad señalada por la ley para el caso en el lugar de su celebración.

De estas condiciones esenciales se desprende - que los matrimonios pueden ser inexistentes 1.- por identidad de sexo 2.- por ausencia de consentimiento y 3.- por falta de la autoridad facultada legalmente:

1.-Por identidad de sexo.

Siendo los fines esenciales del matrimonio la procreación y educación de la prole, y resultando imposible estos fines - -

(68) L. Fernández Clerigo, El derecho de familia en la legislación Comparada, págs. 96 y 97.

en la unión de seres del mismo sexo no puede existir el matrimonio.

Hemos sabido por la Prensa de algunos países en donde se han hecho intentos de darle carácter legal a la unión de los homosexuales, pero esto va contra la esencia misma del matrimonio y si llegara a aceptarse esta situación, deberá - - dársele otra denominación ya que llamarla matrimonio sería un grave atentado a la que debe ser la mas pulcra de las instituciones jurídicas, lo contrario solo se prestaría a fomentar el morbo y apropiciar actos contra natura en detrimento de un concepto que debe permanecer inalterable en lo esencial.

b) Ausencia de consentimiento,

La falta de consentimiento debe ser plena y absoluta como la del demente, la del infante o la de aquél que nunca se propuso celebrar matrimonio, no debe confundirse con el consentimiento viciado que solo dá lugar a una nulidad relativa.

c) Por falta de la autoridad facultada legalmente,

No basta la sola incompetencia del funcionario que celebra el matrimonio, esto provocaría sólo la nulidad, es necesario que la persona sea ajena totalmente a estas funciones, esta forma de inexistencia se observa claramente en el caso de matrimonios religiosos en aquellos países donde no se reconocen los efectos jurídicos de esa forma matrimonial, exigiéndose la intervención de un representante autorizado por el estado.

**MATRIMONIOS NULOS O AFECTADOS DE NULIDAD ABSOLUTA.**

Como antes vimos se caracterizan porque no permiten confirmación ni subsanación y la acción que originan es - -

imprescriptible y puede ser ejecutada por todo interesado estando atribuida en forma especial al Ministerio Público.

Son dos las causas admitidas casi universalmente de este tipo de nulidades, así lo afirma Fernández Clérigo "Fijemos brevemente nuestra atención en la legislación y doctrina sobre los dos casos esenciales de nulidad absoluta, o sean el incesto y el ligamen o la bigamia, los cuales admiten todas las legislaciones europeas y americanas, con excepción de la soviética, como nulidades plenas e insubsanables, perseguibles por acción pública y no susceptible de prescripción. (69)

A la luz de nuestra legislación, vemos que el artículo 248 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales dice: "El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, anula éste, aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad, puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público.

De la lectura de este Ordenamiento, podemos concluir que: La bigamia es considerada como nulidad absoluta en virtud de que: Primero.- La acción no se reserva específicamente a una persona, sino a varias y en forma especial al Ministerio Público. 2.- No se establece el término en el cual deba deducirse, lo cual la hace imprescriptible; y, 3.- No existe convalidación por ratificación expresa o tácita de las partes, ya que " en ningún caso";

( 69) L. Fernández Clérigo, ob. cit., pág. 98.

podría aceptarse la validez del segundo vínculo a pesar de que con conocimiento del primero se ratificara, pues por el contrario se incurriría en un nuevo acto ilícito". En tal forma opina el civilista Rafael Rojina Villegas. (99)

Para el incesto se estatuye en el art. 241 del Código Civil que el parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, tal es el caso cuando es de la línea recta y el de la colateral hasta el segundo grado, así como el de afinidad en la línea directa, se debe considerar que hay nulidad absoluta pues así se expresa en el art. 242 que establece que la acción que nace de dicha causa y la que dimana del parentesco de afinidad, pueden ejercitarse por cualquiera de los conyuges, por sus ascendientes o por el Ministerio Público, es decir se concede a todo interesado sin límite de prescripción y sin que haya convalidación por ratificación.

#### MATRIMONIOS ANULABLES O AFECTADOS DE NULIDAD RELATIVA.

Entre estas causas se encuentran todos los impedimentos o incapacidades para el matrimonio, que no ocasionan ni la inexistencia ni la nulidad absoluta, no constituyendo - - tampoco meras prohibiciones que no afectan a la subsistencia del vínculo siendo todos hechos realizados con anterioridad a la celebración, además de los vicios del consentimiento que se - - produce en el acto mismo de la realización del matrimonio, y que aunque no llegan a impedirlo pueden producir su posterior anulación.

(99) Rafael Rojina Villegas Obra citada Tomo 2 Volumen I, pág 359

Se caracterizan estos matrimonios porque son - - subsanables, tienen un término de prescripción y la acción está reservada a determinadas personas en especial, en nuestro Código Civil quedan determinadas las características que antes señalamos en los artículos 230 a 241 y 243 a 247, y en los impedimentos - enumerados en el art. 150 exceptuando la bigamia y el incesto que ya catalogamos como nulidades absolutas o cuando se incurre en - el error que menciona el art. 235 en su fracción I, siendo el - - art. 2,227 el que establece en términos generales cuando se trata de una nulidad relativa, expresando que es en el caso de no - - reunir los caracteres de la nulidad absoluta establecida en el - art. 2,226.

Veamos ahora los distintos casos que encontramos - de nulidad relativa en nuestro derecho positivo.

#### EL ERROR.

Por error entendemos en términos generales el con - cimiento equivocado de una cosa o de un hecho.

El error legal con relación al matrimonio lo esta - blece el art. 235 que dice "Son causas de nulidad de un matrimonio:

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

Por otra parte el art. 230 del mismo Ordenamiento estatuye "la acción de nulidad que nace del error, solo puede - deducirse por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierte, se tiene por ratificado -



el consentimiento y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule.

De la lectura del anterior artículo, podemos concluir el establecimiento de las características inherentes a la nulidad relativa, pues existen: 1. - La posibilidad de que matrimonio se subsane o confirme. 2.- Un término para el ejercicio de la acción.- 3.- La limitación de dicho ejercicio a una sola persona o sea el cónyuge engañado.

#### LA IMPUBERTAD.

El artículo 237 de la Materia nos dice: "la menor edad de 16 años en el hombre y de 14 en la mujer, dejará de ser causa de nulidad:

I.- Cuando haya habido hijos:

II.- Cuando aunque no los haya habido, el menor hubiese llegado a 21 años; y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad.

Volvemos a encontrar las tres características de la nulidad relativa a la impubertad, pues se habla en el art. - que hemos transcrito de la posibilidad de subsanamiento del matrimonio, de la limitación de la acción a los cónyuges y del término en el cual ésta debe ser intentada.

#### LA NULIDAD POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LOS ASCENDIENTES.

El artículo 238 del Código Civil estatuye: "La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes, sólo podrá alegarse por aquél o aquellos a quienes toca prestar ---

dicho consentimiento, y dentro de treinta días contados desde -- que tenga conocimiento del matrimonio.

Aquí también encontramos las multicitadas características que distinguen a la nulidad relativa, pues vemos que la acción queda limitada a las personas que debían de haber dado el consentimiento para el matrimonio a las cuales se les fija un término para el ejercicio de la acción que les atañe, quedando subsanado el matrimonio en caso de no intentarse la nulidad.

#### NULIDAD EN CASO DE PARENTESCO CONSANGUINEO DISPENSADO.

El art. 241 del Código Civil establece: "El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio; pero si después se obtuviera dispensa y ambos cónyuges, reconocida la nulidad, quisieran espontáneamente reiterar su consentimiento -- por medio de un acta ante el Oficial del Registro Civil, quedará revivido el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo."

En este caso apreciamos que existe la posibilidad de que el matrimonio sea subsanado, quedando el matrimonio perfeccionado una vez obtenida la dispensa y manifestada la voluntad de los cónyuges ante el Oficial del Registro Civil; -- -- también aquí se aprecia la limitación de la acción a determinadas personas, pues el artículo 242 dice: "La acción que nace de esta clase de nulidad y la que dimana del parentesco de afinidad en línea recta pueden ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público."

La única característica que no encontramos de las que hemos señalado para las nulidades relativas, es el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción que en este caso no queda determinado.

**NULIDAD EN CASO DE ADULTERIO HABIDO ENTRE PERSONAS QUE PRETENDAN CONTRAER MATRIMONIO.**

El art. 243 dice: "La acción de nulidad que nace de la causa prevista en la fracción V del art. 156 podrá deducirse por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio; y sólo por el Ministerio Público, si este matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido."

En uno y en otro caso, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros.

En los dos supuestos divorcio y muerte de uno de los cónyuges, la acción queda circunscrita en el primer caso al cónyuge ofendido y al Ministerio Público y en el segundo, al Ministerio Público, debiéndose intentar la acción en el término de seis meses, debiéndose entender que en el caso de no intentarse dicho matrimonio se subsana, con lo que se llenan las características de toda nulidad relativa.

**NULIDAD PROVENIENTE DEL ATENTADO CONTRA LA VIDA DE ALGUNO DE LOS CONYUGES PARA CASARSE CON EL QUE QUEDASE LIBRE EN CASO DE QUE EL ATENTADO CAUSARA EL FIN PREVISTO.**

La acción queda limitada a los hijos del cónyuge victimado y al Ministerio Público; el plazo que se establece es de seis meses contados desde la celebración del nuevo matrimonio. Por lo tanto, dada la prescripción de la misma y la determinación de las personas que deben ejercitarla, vemos que se presentan las características de la nulidad relativa. Lo anterior queda establecido en el art. 244 del Código Civil.

#### LA NULIDAD POR MIEDO O VIOLENCIA.

El art. 245 establece que el miedo y la violencia serán causas de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes:

I.- Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

II.- Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que lo tienen --- bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio;

III.- Que uno u otro hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación.

Aquí la acción se determina solo al cónyuge agraviado, poniéndosele el término de sesenta días desde que cesó el vicio que afectó su consentimiento, en atención a lo cual encontramos también todas las características de la nulidad relativa.

LA NULIDAD FUNDADA EN LAS ENFERMEDADES O VICIOS ENUMERADOS POR EL ART. 156 EN SU FRACCION VIII.

Solo podrá ser pedida por los cónyuges y dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio. En consecuencia, posee las características de la nulidad --- relativa.

NULIDAD POR IDIOTISMO O IMBECILIDAD.

Conforme al art. 247 sólo puede pedirse por el otro cónyuge o por el tutor del incapacitado. No hay aquí prescripción, pero teniendo en cuenta que la acción está determinada al otro --- cónyuge o al tutor, es suficiente para que la clasifiquemos como - nulidad relativa.

NULIDAD POR FALTA DE FORMALIDADES NECESARIAS PARA LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

Puede alegarse conforme al Art. 249 por los cónyuges o por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio; también podrá deducirla el Ministerio Público. Cuando se - haya otorgado el acta matrimonial, no se admitirá la demanda de - nulidad por inobservancia de formalidades, cuando exista la pose- sión del estado matrimonial.

También consideramos este caso como de nulidad --- relativa por no referirse a la formalidad esencial de la presen- cia de la persona autorizada para la celebración del matrimonio - en la Oficialía del Registro Civil, o persona legalmente autori- zada para el acto según el lugar de la celebración, pues en este- caso, se trataría de causa de inexistencia que hemos estudiado -- con anterioridad.

**RATO-NO CONSUMADO.**

En algunas ocasiones permite la Iglesia bajo la forma de dispensa, la disolución de los matrimonios que por alguna causa no se han consumado mediante el acto sexual, dándoseles el nombre de matrimonio rato no consumado; rato en virtud de que su celebración se efectuó con todos los requisitos exigidos por la Iglesia y sin que hubiere de por medio ningún impedimento; y no consumado, en virtud de no haberse realizado el débito carnal; lo anterior queda de manifiesto a la lectura del Cónon 1015 del Código Canónico: "1.- El matrimonio válido de los cristianos se llama rato si todavía no se ha consumado; rato y consumado si entre los cónyuges ha tenido lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial, y por el que los cónyuges se hacen una sola carne.

2.- Si los cónyuges han cohabitado después de haber celebrado el matrimonio, se presume que lo han consumado --- mientras no se demuestre lo contrario.

3.- El matrimonio válido entre no bautizados, se llama legítimo.

4.- Si por lo menos uno de los cónyuges ha procedido de buena fe al celebrarse el matrimonio inválido, éste se llama putativo hasta que ambos conozcan con certeza la nulidad.

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

la otra se oponga".

En este Cánón queda reservado el ejercicio de la acción de disolución a las partes exclusivamente, lo cual también se encuentra claramente establecido en el Cánón 1973 que estatuye: "Solamente los cónyuges tienen el derecho de pedir la dispensa del matrimonio rato y no consumado".

Con fecha 7 de mayo de 1923, estableció la Iglesia Católica una serie de ordenamientos denominados: "Reglas que han de observarse en los procesos sobre matrimonio rato no consumado". De la lectura de estas reglas, hacemos un pequeño extracto para -- interiorizarnos en qué consisten estos procesos:

Como punto fundamental vemos que las causas que -- pueden ser invocadas para obtener la dispensa del rato no consumado, están establecidas en la regla número 80 de estas a las que -- nos venimos refiriendo y dice: "La no consumación del matrimonio -- generalmente suele provenir de las siguientes causas que la impiden; A. De no haber prestado verdadero consentimiento matrimonial; B. De haber intervenido fuerza o miedo; C. De la aversión u odio -- que surgió entre los esposos desde el principio mismo de la vida -- conyugal; D. De la impotencia, ya sea absoluta, ya relativa.(100)

La autoridad competente para el conocimiento de estos asuntos queda establecida en las reglas Nos. 1 y 2.

Regla 1.- A la S. Congregación de la disciplina de los Sacramentos, exclusivamente compete conocer del hecho de la -- inconsumación del matrimonio y de la existencia de causa justa -- para conceder la dispensa.

(100) Código de Derecho Canónico, Apéndices pág.

922, Higuerales Alonso Cabrerós.

**Regla 2.-** Ningún juez inferior puede instruir el proceso en las causas de dispensa del matrimonio rato, a menos que la Sede Apostólica le conceda facultad. (101)

El cónyuge que solicita la dispensa recibe el nombre de orador y el otro el nombre de parte demandada; esta dispensa se inicia mediante escrito explicatorio dirigido al Romano Pontífice con la narración clara de los hechos por conducto del Ordinario quien deberá rendir un informe de las indagaciones que haga al respecto, pero que nunca se realizarán en forma de proceso sino únicamente en forma de exposición de los hechos, procurando aclararlos entregándolos con la mayor veracidad al alcance de dicha persona, quien previamente hará el intento de avenir a los esposos.

Una vez recibido el informe del Ordinario por la S. Congregación, ésta ve si es procedente, y en caso de que lo sea, envía letras de delegación al Ordinario facultándolo para instruir la causa; éste una vez recibidas dichas letras, constituye un tribunal designando un defensor del vínculo y un actuario, pudiendo subdelegar su obligación en un juez.

Los deberes del defensor del vínculo y sus derechos quedan establecidos en las Reglas 28 y 29 que a la letra dicen:

**Regla 28.-** "Es deber del defensor del vínculo:

A.- Asistir al examen de las partes, de los testigos y de los peritos; B. Presentar al juez los interrogatorios cerrados y sellados para que los abra en el acto del examen y los proponga a las partes, a los testigos o a los peritos; C.- En vista del examen sugerir al juez nuevas preguntas; D. Examinar cuidadosamente - - -

(101) Código de Derecho Canónico, Apéndices Pág. 901  
Obra citada.



los artículos propuestos por las partes y oponerse a ellos en cuanto sea necesario; E. Reconocer los documentos exhibidos por las partes; F. Escribir y alegar razones para probar la consumación del matrimonio; y G. Aportar todo aquello que juzgue útil para defender el --- matrimonial". (102)

Regla 29.- El defensor del vínculo tiene derecho:

A.- A examinar en cualquier momento de la causa las actas del proceso; B.- A pedir nuevos plazos para preparar las actas, plazos que se prorrogarán según el prudente arbitrio del juez; C.- A que se le dé cuenta de todas las probanzas y alegatos, de tal forma que pueda hacer uso de la facultad de contradecir; D.- A pedir que se haga comparecer a otros testigos o que se oiga de nuevo a los mismos, aunque se haya concluido y publicado el proceso, y a exponer nuevas razones; E.- A exigir que se practiquen otras actuaciones que él sugiera, a menos que el juez se oponga a ello, en cuyo caso le -- está permitido al defensor del vínculo, recurrir al Ordinario siempre que éste mismo no haga de juez."(103)

De la lectura de las anteriores reglas, vemos la inmensa importancia que se concede a la actuación del defensor del -- vínculo en busca de que los matrimonios disueltos por estos medios -- sean debido a una clara y verdadera necesidad, y no a un mero capricho como sucede frecuentemente en la institución del divorcio.

Veamos ahora en qué consiste la intervención del --- juez en estos procesos de disolución conyugal del matrimonio rato -- no consumado:

(102) Código Derecho Canónico, Apéndice 1, pág. 909

obra citada.

(103) Código Derecho Canónico, Apéndice 1, pág. 909

obra citada.

La actividad del juez se encuentra regulada - también por estas reglas que hemos venido mencionando, y se encuentra principalmente encaminada a verificar la inquisición judicial acerca de la supuesta no consumación, quedando constreñido a actuar conforme a dichas reglas, siendo los argumentos - o pruebas que sirven para llegar a la verdad en estos casos principalmente:

A.- La confesión jurada de ambos conyuges.

B.- Los testigos de séptima mano por ambas partes, y así mismo los testigos traídos de oficio, o también la instancia de las partes, conforme lo requiere el caso.

C.- La inspección de los cuerpos verificada por los peritos.

D.- Los documentos auténticos, aun los extrajudiciales, de cualquier género, como las cartas, e igualmente los actos judiciales redactadas en el fuero civil, en cuanto sean pertinentes al caso.

E.- Los indicios y presunciones.

Los principales actos que debe realizar el juez en estos procedimientos se encuentran establecidos en la regla No. 21 que estatuye: "El juez es en primer lugar el que dirige los actos. A él le pertenece por consiguiente: a) Convocar el tribunal y señalar las sesiones; b) Citar al defensor del vínculo, a las partes y a los testigos para que comparezcan al juicio; c) Designar los peritos médicos y las comadronas, oído al defensor del vínculo, si se hubiere de hacer la inspección corporal; d) - Interrogar a las partes, a los testigos y peritos, tanto sobre las cuestiones redactadas por el defensor del vínculo, como sobre otras nuevas propuestas de oficio; y, e) Disponer todas aquellas cosas que según su prudencia y sagacidad crea más aptas para --

descubrir la verdad de los hechos". (104)

Una vez cerrado el proceso y después de que el defensor del vínculo haya realizado las observaciones pertinentes a su cargo, deberán las actuaciones judiciales remitirse a la S. Congregación por medio de actas originales o copias auténticas de las mismas.

La dispensa del matrimonio rato y no consumado, la concede directamente el Romano Pontífice y de despachar mediante rescripto en forma graciosa, firmado por el Eminentísimo Cardenal Prefecto de la S. Congregación de la Disciplina de los Sacramentos, o por otro Cardenal que haga sus veces, y por el Reverendo Padre Sr. Secretario, o el sub-Secretario de la misma Congregación.

Una vez que el Ordinario recibe el rescripto de dispensa, ordenará al Párroco del lugar donde se celebró el matrimonio, que anote en el libro respectivo la dispensa obtenida.

#### PRIVILEGIO PAULINO.

Toma su nombre de San Pablo que fué quien lo promulgó (1 Cor. 7, 12 y siguientes), existiendo duda si es de origen Divino o Eclesiástico. Este privilegio se encuentra establecido en el Cánón 1120 del Código Canónico que dice: "El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el Privilegio Paulino.

Este privilegio no tiene aplicación en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte bautizada y otra que no lo está".

(104) Migueles Alonso Cabreros, ob. cit., pág. 906.

Para que tenga aplicación este privilegio, se -- requiere que ambos cónyuges hayan sido infieles en el momento de contraer matrimonio y de que uno de ellos haya recibido después válidamente el Sacramento del Bautismo, negándose el otro a bautizarse también el, o por lo menos, a convivir pacíficamente -- con el bautizado.

No es aplicable este privilegio: a) Si se bautizaron ambos cónyuges; b) O si no se bautizó ninguno; c) O si se casaron con dispensa del impedimento por discrepancia de cultos.

El Cánón 1121 establece: "Antes de que el cónyuge convertido y bautizado contraiga válidamente nuevo matrimonio, debe, salvo lo que se determina en el Cánón 1125 interpelar a la parte no bautizada;

1.- Si ella quiere también convertirse y recibir el bautismo.

2.- Si por lo menos quiere cohabitar pacíficamente con él sin ofensa del Creador."

Estas interpelaciones deben hacerse siempre, --- salvo que La Sede Apostólica haya declarado otra cosa.

Estas interpelaciones se requieren forzosamente para la disolución del vínculo, y la interpretación que debe -- darse a la frase "cohabitar" pacíficamente", se refiere a que no deben existir actos incompatibles con la santidad del matrimonio y con el cumplimiento de las obligaciones del mismo, como -- el permitir al cónyuge convertido, el que practique libremente su religión y tenga libertad también de educar en el seno de la misma a los hijos nacidos del matrimonio.

En cuanto a la competencia para conocer acerca de la procedibilidad, vemos que el C nnon 247 en su apartado tercero refiriéndose a este privilegio, establece: "la congregación del Santo Oficio, que preside el mismo Romano Pontífice, defiende la doctrina de la fe y de las costumbres.

3.- Ella exclusivamente conoce en todo lo que directa o indirectamente, en cuanto al derecho o en cuanto al hecho se refiere, al llamado Privilegio Paulino, etc. etc.

Por otra parte, el C nnon 1962 dice: "Las causas matrimoniales que se refieren a aquellos de quienes se trata en el C nnon 1557, No. 1, las conocer  exclusivamente aquella S. Congregación o aquél Tribunal o comisión especial, en quien delegue el Sumo Pontífice en cada uno de los casos; las de dispensa de matrimonio rato y no consumado, la S. Congregación de Sacramentos, y las que se refieren al Privilegio Paulino, la S. Congregación del Santo Oficio."

De lo anterior, se desprende la competencia de la S. Congregación del Santo Oficio para las causas donde es operante el Privilegio Paulino.

#### POTESTAD PAPAL PARA LA DISOLUCION MATRIMONIAL.

Aunque ya hemos visto tanto en este capítulo, como en algunos anteriores en qué consiste la potestad papal para disolver algunos matrimonios, consideramos oportuno hacer un pequeño resúmen de los casos en que est  facultado el Romano Pontífice, para llevar a cabo dicha disolución y cuando no lo est , en virtud de que frecuentemente se habla de este tema, atribuyendo a la persona del sucesor de San Pedro, facultades

que no tiene y en otros casos afirmándose que realizó determinados actos que le están prohibidos.

1.- No puede el Papa disolver:

a) El matrimonio de dos cristianos si se ha consumado estando ambos bautizados.

b) Ni el matrimonio consumado o no de dos infieles.

2.- Puede disolver:

a) El matrimonio celebrado entre dos cristianos, pero no consumado.

b) El celebrado entre bautizado e infiel, si tampoco ha sido consumado.

c) El de dos bautizados, celebrado en la infidelidad de ambos y sólo consumado cuando ambos eran infieles.

c) El de bautizado e infiel celebrado así mismo en la infidelidad de ambos y sólo consumado en ella, pero no después de la conversión del bautizado.

3.- Puede muy probablemente disolver el matrimonio existente entre bautizado e infiel, aunque en esta situación haya sido consumado.

El Papa puede hacer uso de esta potestad, que es vicaria, por Sí mismo o por medio de facultades especiales que conceda a otros.

Acerca de este Privilegio Petriño como también suele denominarse a la potestad papal para disolución de los matrimonios, hubo en el Concilio Vaticano II, una ponencia audaz y humana que revistió un carácter verdaderamente pastoral, fué presentada por Monseñor Zoghby, el cual la consideró, como un --

problema mucho más angustioso que el de la limitación de la natalidad. El planteamiento fué, en síntesis, el siguiente: Debemos dar una solución al fiel que se acerca al Sacerdote o al Obispo y le dice: Estoy unido en matrimonio canónico con una persona que me ha abandonado para vivir con otra en forma adulterina; yo es-- cogí la vida marital por considerar que es el estado por el cual mi naturaleza se inclina. ¿Debo ahora por injusticia de la persona a quien me entregué con plena confianza, estar condenado a una castidad forzosa y perpetua, a la soledad y al desamparo? A esto los comentaristas le llamaron "LA ECUMENA ZOGHEV", tal fué el efecto que causó entre los miembros del Concilio. Indudablemente el autor de la propuesta no habría pasado al divorcio como pretendió -- la Prensa, solo pedía una solución extrema para un caso extremo, -- la posibilidad de otras nupcias para estas personas abandonadas.

Desgraciadamente no se atacó a fondo el problema, aquí la tradición evitó el avance; sin embargo, no dudamos que esta cuestión vuelva a discutirse y se le dé a las personas que se encuentran en estos lamentables estados, una posibilidad de salir de los mismos, ya que la indisolubilidad en ciertos casos se hace a un lado en beneficio de otros valores, principalmente el de la fé.

- - - - -

## CONCLUSIONES .

PRIMERA.- A través de este trabajo, hemos contemplado situaciones que hacen ver como intolerable la vida en común de algunos matrimonios; existen ofensas y circunstancias especiales que requieren un alivio, una solución, ya que sería inhumano e injusto que el hombre no buscara un remedio a tales casos.

SEGUNDA.- El derecho como ciencia que regula la conducta externa de los hombres, es el medio llamado a dar solución a esos casos de infelicidad y angustia, pero sin ir en contra de sus propias instituciones y de sus mejores y más altos fines, pues el reconocimiento de estos estados en que el matrimonio no debe permanecer unido, no quiere decir en forma alguna, que debamos pensar en el divorcio como el remedio que puede resolver estos casos, pues existen otras instituciones jurídicas que permiten, sin destruir el vínculo conyugal, dar una solución moral y efectiva a estos problemas.

TERCERA.- No aceptamos el divorcio por varios motivos: en primer lugar, ha quedado demostrado que lejos de resolver los problemas de los matrimonios mal avenidos o que están en circunstancias en que es imposible la vida en común, sólo ha propiciado la inmoralidad y el descuido de los hijos, dando pábulo a que se haga no el uso de un derecho, sino el abuso del mismo en detrimento de la institución matrimonial, llegándose al caso de que en algunos países, se haya perdido el concepto que debe tenerse de lo que es el matrimonio y de los fines que éste debe perseguir.



En nuestro medio sin que hayamos llegado aún a ese extremo, es innegable que el uso del divorcio se ha hecho posible el que lleguen a situaciones vergonzosas e inmorales, no solo los cónyuges y sus parientes más cercanos, sino también los mismos abogados que los patrocinan y los jueces que dictan las sentencias correspondientes, habiéndose llegado al penoso grado de considerarse que en algunos Estados de nuestra República, no hay divorcio que no pueda efectuarse en favor del promovente, agregándose a esto una rapidez excesiva para realizarlo, al grado de ser reconocidos con el título de "divorcios al vapor", de los cuales la Prensa se encarga constantemente de dar cuenta a la opinión pública, sin omitir el hecho de que para las autoridades competentes para el conocimiento de estos negocios, la existencia de los mismos es una mina inagotable.

CUARTA.- El solo hecho de que exista la posibilidad del divorcio, es en cierta forma una invitación a él; pensamos de acuerdo con lo dicho por el Dr. Laureano Pérez Mier, que "las instituciones son para corregir la flaqueza del hombre, no para fomentarla; por tanto, deben colocarse por encima de las pasiones para contenerlas y dirigirlas. Pero colocarse al nivel mismo de las pasiones cediendo a sus exigencias, es traicionar la misión de servicio esencial a toda institución. La familia que es continuidad, permanencia y solidaridad entre las generaciones, no puede fundarse sobre base tan deleznable como la fragilidad de la dicha humana sobre la arena movediza de la inconstancia de los sentimientos.

QUINTA.- El problema de si debe aceptarse o nó el divorcio vincular, debe verse no en tal o cual caso particular, sino de una manera general y universal; la unión de los cónyuges debe ser perpetua e indisoluble, ya que las uniones inestables propician la infelicidad para dar cabida a acciones irreparables; el fin esencial del matrimonio, es la procreación y educación de la prole, la cual no puede llevarse a cabo en condiciones normales en los casos en que existe el divorcio, la ausencia del padre o la madre en el seno familiar, produce en los hijos necesariamente conflictos emocionales que los perjudican grandemente; la indisolubilidad por el contrario, lleva consigo mayor cohesión entre padres e hijos, ya que la línea de generaciones contiene -- menos elementos heterogéneos, engendra una unidad más fuerte y -- una continuidad más sostenida en el espíritu de la familia, y es el mayor agente de la fijeza de costumbres y de la tradición moral. Las verdaderas víctimas del divorcio son los hijos.

SEXTA.- Consideramos que la solución ideal para -- los casos en que se hace extremadamente difícil la vida en común, es la separación de cuerpos, la cual debería establecerse en tal forma, que existiendo en los ordenamientos canónicos, se estableciese también, como existe en algunos países, en los códigos civiles de los mismos, procurándose mediante convenciones entre el -- Poder Civil y la Iglesia, que esta Institución, al establecerse, -- quedara en tal forma constituida, que llenando los requisitos -- morales y los fines con los que fué creada en el Derecho Canónico, produjera los efectos civiles que son necesarios para quedar perfectamente regulada.

Optamos por la solución de la separación de cuerpos canónica, con reconocimiento del poder civil, en primer lugar porque deja intacto el vínculo conyugal, sin permitir que su uso se constituya en una fuente de inmoralidades como es el caso del divorcio; por otra parte, tiene la inmensa ventaja de que se le considera como un estado temporal destinado a calmar, mediante el alejamiento, la irritación de los esposos, permitiendo el restablecimiento de la vida en común, y no imponiendo a los esposos que opten por la reconciliación, ninguna condición ni formalidad.

SEPTIMA.- Consideramos que el derecho protege al individuo con el establecimiento de las nulidades en el matrimonio, ya que gracias a ello, se evitan o corrigen situaciones indeseables como la bigamia o en incesto y también se cuida de que el consentimiento se exprese en forma libre y plena, previniéndose también la existencia de matrimonios que serían absolutamente inmorales como el caso de los adúlteros que contraen matrimonio, o de aquellos que atentaron contra la vida de un cónyuge con el objeto de casarse con el que quedase libre. Existen otras causas menos graves que son subsanables, con lo cual queda protegida la institución matrimonial.

OCTAVA.- Consideramos necesario el establecimiento que ha hecho la Iglesia Católica de los preceptos denominados de matrimonio rato no consumado, en virtud de las causas que generalmente dan cabida a estos juicios, como son el no haberse prestado verdadero consentimiento para el matrimonio, como la intervención de la fuerza o el miedo, así como del odio que existió entre los cónyuges desde el inicio de la vida matrimonial --

al igual que la existencia de la impotencia antecedente perpetua.

Al disolverse estos matrimonios, no quedan los cónyuges en la situación que los podría dejar un divorcio, en primer lugar al no realizarse la consumación, la mujer queda en perfecto estado de buscar su felicidad en otro matrimonio sin llevar a costas ningún problema de carácter moral, ya que su honestidad no podrá -- ponerse en tela de duda; por otra parte, al no existir contacto sexual por lógica, no existe prole que pueda salir perjudicada; por otra -- parte estos procesos se llevan a cabo con una exigencia y rigor que -- no da cabida a injusticias o inmoralidades. Asimismo, el Privilegio -- Paulino también consideramos que es necesario, ya que en beneficio -- de la fé y de la educación de la prole que, repetimos, es el fin esencial del matrimonio, el cónyuge que opta por seguir la disciplina de la Iglesia Católica, no debe ser molestado en su libertad de conciencia, por el otro cónyuge, que es el único caso en que se dá esta -- disolución, ya que basta la cohabitación pacífica sin ofensa al Creador para que el matrimonio permanezca invulnerable.

NOVENA.- Insistimos en afirmar que el Privilegio -- petrino debe ser estudiado nuevamente a la luz de la idea puesta en -- la mesa de las discusiones por Monseñor Zoghby, la indisolubilidad no es razón que impida dar solución a los abandonados por cónyuges adúlteros, nadie en virtud de ser humano está obligado al heroísmo involuntario, ni a la perfección, el hombre debe ser juzgado en medida de las fuerzas que posee y de las posibilidades circunstanciales de utilizar dichas fuerzas, La labor del Pastor debe ser de comprensión y ayuda.

DECIMA.- Consideramos que las necesidades humanas hacen imprescindible el acercamiento entre las potestades civiles --

y las eclesiásticas y que los países que no dan facilidades para este tipo de entendimiento, atacan en una forma ilógica la mayor posibilidad de paz para el mundo en general, ya que es indudable el esfuerzo de la Iglesia para mantener la concordia universal, nos congratulamos de que actualmente la misma haya realizado -- reformas y tenga estudios y proyectos que la actualizan, pues -- también es indudable que en ciertos aspectos había permanecido -- demasiado tradicional y hermética.

El hombre está integrado por una serie de facultades que traen consigo una serie también de necesidades de diferente carácter, desea ser un buen ciudadano y al mismo tiempo necesita la disciplina y el consuelo así como la lógica razón de su -- existencia y esto se lo da la religión, de tal forma que no debe encontrarse en situación de anteponer su libertad de conciencia -- al cumplimiento de una ley absurda, ni debe permitir o tolerar la violación constante que de las leyes hacen algunas personas argumentando para ello que su religión a eso las obliga.

El ideal es una comprensión sin invadir terrenos que les son en principio propios, pero tratándose los problemas en forma conjunta sin desmembrar la integridad del hombre con sus necesidades espirituales, materiales, sociales, éticas etc.

Con fundamento en las conclusiones que hemos formulado, creemos que debería reformarse nuestro Derecho Civil -- conforme a las siguientes proposiciones:

A.- Suprimir del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, el Divorcio Voluntario en sus dos formas, la administrativa a que se refiere el art. 272, y la --

Judicial establecida en el art. 273.

B.- Suprimir del mismo Ordenamiento las causales establecidas en las fracciones XIV y XVII del art. 267.

C.- En virtud de las anteriores enmiendas o supresiones, se haría necesario también dejar sin efecto el título décimo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, que abarca de los arts. 674 al 682, y que reglamenta el procedimiento del divorcio voluntario.

D.- Como los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles de las distintas entidades federativas, siguen en materia de divorcio lo establecido por los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios, -- opinamos que también deberían ser modificados al efecto de suprimir el divorcio voluntario.

E.- Debería establecerse en nuestro Código Civil para el Distrito Federal y Territorios, así como en los distintos Códigos Civiles de los Estados la separación de cuerpos, - pero como una institución perfectamente definida y no solo a manera de caso excepcional como se le considera en el art. 277 del Código Civil con referencia a las causales contenidas en las fracciones VI y VII, del art. 267, de tal modo de permitir a las personas que lo deseen, la subsistencia del vínculo o en último caso, permitir que dicha separación pueda convertirse en divorcio después de un término de tiempo prudente, estableciéndose medidas tendientes a proteger moral y económicamente tanto al cónyuge inocente como a la descendencia, desde el momento mismo de iniciada la multitudada separación de cuerpos.

## B I B L I O G R A F I A

- 1.- AGUILAR JIMENES JUAN.- Procedimientos Canónicos - Civiles, respecto a las causas de Divorcio y Nullidad de Matrimonio, Madrid 1923.
- 2.- ANTIGUC Y NUEVO TESTAMENTOS.
- 3.- CODIGO PENAL MEXICANO, PARA EL D.F. Y TERRITORIOS.
- 4.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.
- 5.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS.
- 6.- SCUTO RICARDO.- Derecho Civil Mexicano. De las Personas, México 1919.
- 7.- ECHEVERRIA DE LAMBERTO.- El Matrimonio en el Derecho Canónico Particular posterior al Código. Publicaciones de Seminario de Victoria 1955.
- 8.- FERNANDEZ CERRILLO LUIS.- El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana 1947.
- 9.- FUEYO LANERI FERNANDO.- Derecho Civil, Santiago de Chile 1959, citado por Rafael Rojina Villegas.
- 10.- GOMEZ DE LA SERNA PEDRO.- Curso Histórico Exegético del Derecho Romano comparado con el Derecho Español.
- 11.- H. CRUZEL.- Separation au Remariage selon les pères anciens. Gregorianum.
- 12.- LOPEZ ORTIZ JOSE.- Derecho Musulmán citado por Rafael Rojina Villegas.
- 13.- MAGALICEN IBARRA JORGE MARIC, Dr.- El Matrimonio Sacramento.- Contrato. Institución, Tipográfica Editora Mexicana.
- 14.- MIGUELES ALONSO CABREROS.- Código de Derecho Canónico, Editorial Litúrgica Española, Barcelona, 1961.

- 15.- MONTSEERAT VICENTE.- Derecho Matrimonial Canónico  
Editorial Litúrgica Española, Barcelona 1961.
- 16.- PETIT EUGENE.- Derecho Romano, Editorial Araujo,  
Buenos Aires 1940.
- 17.- PEDRO SEMBRADOR. Folleto FVC
- 18.- PEREZ MIER LAUREANO.- Iglesia y Estado Nuevo.  
Los Concordatos ante el Moderno Derecho Público.  
Ediciones Fax Madrid.
- 19.- PLANIOL MARCEL.- Tratado Elemental de Derecho Civil  
Editorial José V. Cajica Jr. 1946.
- 20.- RANOS PEDRUELA.- Conferencias México 1922, citado  
por Rafael Rojina Villegas.
- 21.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Derecho Civil Mexicano,  
Tomo II, Derecho de Familia, Volúmenes I y II,  
1962.
- 22.- ROUDIER.- Les exceptions a la these de l'indisolu  
bilité du mariage en droit canonique, tesis,  
Toulouse 1933, citado por Marcel Planiol.
- 23.- GORE RODOLFO.- Instituciones de Derecho Privado  
Romano, Gráfica Panamericana, México 1951.