

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL DIVORCIO Y LA INDISOLUBILIDAD
DEL MATRIMONIO**

MANUEL FELIPE G. ALONSO AGUERREBERE
M. A. M. B.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

MANUEL FELIPE G. ALONSO AGUERREBERE

México, D. F.

1970



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICO ESTA TESIS A LA VIRGEN MARIA,
MADRE DE DIOS
Y DE NOSOTROS, LOS HOMBRES

A MI SANTA MADRE LA IGLESIA
Y AL PAPA,
VICARIO DE CRISTO EN LA TIERRA

PROLOGO

En la perspectiva futura inmediata, los hombres se enfrentan a la mayor crisis que la humanidad ha padecido a lo largo de su historia, a raíz de las tres revoluciones que han azotado la Cultura Cristiana Occidental.

La Revolución Protestante que, bajo el pretexto de la libertad de conciencia, dió paso a la descristianización de la mitad de Europa, hiriéndola de muerte con el germen de la soberbia calvinista, rompió la unidad entre las naciones europeas y abrió paso a que unas razas pagaran con rencor el desprecio de otras.

La Revolución Francesa que, bajo el pretexto de la libertad, la igualdad y la fraternidad, subordinó las relaciones humanas -incluso las relativas a la dirección del Estado- a los intereses económicos, dando base a las corrientes liberales laicisantes, con todos sus abusos e injusticias.

Y la Revolución Comunista, que es la negación más absoluta que se ha dado jamás de la persona humana, de su dignidad y dimensión espiritual, ha convertido al hombre en el engrane de una inmensa máquina al servicio de un Estado ateo y dictatorial.

Ahora, luchas mortales dividen a muerte a los hombres: lucha entre las naciones, lucha entre las clases, lucha entre las razas, lucha -entre las generaciones, lucha, sobre todo, de la creatura rebelada -contra el Creador. Y la disolución de la sociedad civil, de la sociedad doméstica, e incluso amagos a la sociedad religiosa.

En esta crisis tremenda, la familia, célula primaria y natural, sufre feroces embates, cuya trascendencia va más allá del ámbito privado: la ruina de los vínculos familiares son el preludio de la disolución de las sociedades nacionales.

Por todo esto, los hombres que aún creemos en Dios, amamos a nuestra patria, y para quienes aún están vigentes los valores de nuestra nacionalidad, no podemos dejar de dar un testimonio en la medida de nuestras posibilidades. De aquí que esta tesis haya sido escrita no con el afán de hacer un gran trabajo teórico, sino con el firme propósito de ser una expresión de las convicciones del sustentante, ante problema tandecisivo.

En el mundo actual que nos ha tocado vivir, no es con el desorden y desbordamiento de las pasiones con lo que se va a lograr superar -los graves males que aquejan a los hombres, sino, por el contrario, -volviendo al mundo sobre los goznes de que ha sido dislocado, y viviendo conforme a la ley moral natural y a la verdadera justicia. No es posible lograr que exista el amor y la justicia entre los hombres, si estos no tienen presente en cada uno de sus actos e instituciones a Dios, autor de todo lo creado y ser justo por excelencia.

INDICE GENERAL

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN LAS CULTURAS DE OCCIDENTE

- 1) EL REPUDIO EN EL ANTIGUO TESTAMENTO
- 2) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO
- 3) EL DIVORCIO EN LA CULTURA CRISTIANA
- 4) EL DIVORCIO EN LOS ESTADOS MODERNOS

CAPITULO II

EL DIVORCIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

- 1) CODIGO CIVIL DE 1870
- 2) CODIGO CIVIL DE 1884
- 3) LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917
- 4) CODIGO CIVIL VIGENTE

CAPITULO III

NATURALEZA DEL MATRIMONIO

- 1) LA FAMILIA
- 2) EL MATRIMONIO COMO FUNDAMENTO DE LA FAMILIA
- 3) EL MATRIMONIO CANONICO Y SU INDISOLUBILIDAD
- 4) EL MATRIMONIO CIVIL

CAPITULO IV

NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO

- 1) NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO
- 2) ARGUMENTACION FUNDAMENTAL EN PRO DEL DIVORCIO
- 3) ARGUMENTACION FUNDAMENTAL EN CONTRA DEL DIVORCIO
- 4) LA SEPARACION DE CUERPOS COMO UNICA SOLUCIO LICITA

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN LAS CULTURAS DE OCCIDENTE

- 1) EL REFUGIO EN EL ANTIGUO TESTAMENTO**
- 2) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO**
- 3) EL DIVORCIO EN LA CULTURA CRISTIANA**
- 4) EL DIVORCIO EN LOS ESTADOS MODERNOS**

1) EL REPUDIO EN EL ANTIGUO TESTAMENTO

En la Biblia se indica que el pueblo de Israel tenía permitido el repudio. El libro del Deuteronomio, nos dice:

"El divorcio. 24, 1. Si un hombre toma una mujer, y después de haber cohabitado con ella ésta luego le desagrada, por haber visto en ella una tara imputable, y escribe un libelo de repudio, y se lo da, y la despide,

2. Y ella deja su casa, y viene a ser esposa de otro hombre, -

3. Y éste concibiere también aversión a ella, y le diera escritura de repudio, y la despidiera de su casa, o bien si él viene a morir,

4. No podrá el primer marido volver a tomar por mujer, pues quedó mancillada, y esto sería abominación ante el Señor, y tú no has de acarrear pecado sobre el País que el Señor, tu Dios te da en herencia." (1)

En las costumbres hebraicas fue aceptado el repudio (actual divorcio vincular), subsistiendo en la actualidad entre los judíos de todo el mundo.

Para entender al pueblo de Israel en sus costumbres e instituciones, es necesario situarse en el momento y lugar en que vivió este pueblo.

El pueblo de Israel nació con Abraham y éste pertenecía al pueblo-Caldeo, una de las culturas más antiguas del Asia Menor. De la cultura caldea recibieron costumbres e instituciones como el patriarcado; el pueblo-caldeo se dedicaba principalmente al pastoreo y los primeros patriarcas - como Abraham, Isaac y Jacob, se dedicaron al pastoreo. Tenían la creencia en un Dios único y conservaban una gran pureza de costumbres, pero no existía la ley escrita.

También tuvo influencia con posterioridad la ley egipcia, al quedar

(1) Deuteronomio-Capítulo 24, Versículos 1 al 4.

sujeto el pueblo de Israel a los egipcios en un estado casi de esclavitud.

Surgió un jefe iluminado por Dios, llamado Moisés, quien los libera del yugo egipcio y los guía de regreso a la tierra de sus antepasados. Con Moisés nacen las instituciones hebraicas en forma sólida mediante la ley escrita. Dios le da al pueblo de Israel por medio de Moisés el Decálogo o los Diez Mandamientos y el Pentateuco o cinco primeros libros de la Sagrada Escritura, que son: Génesis, Exodo, Números, Levítico y Deuteronomio. La influencia de los egipcios sobre la cultura hebrea fué realmente muy reducida, lo que no quiere decir que no haya resultado dañina sobre todo desde el punto de vista de la pureza de la fe de los hebreos, por su creencia en un Dios único; porque como se observa en la marcha que emprendieron a la tierra prometida, algunos se rebelaron y adoraron al becerro de oro, dando nacimiento en el pueblo judío a la idolatría y a la corrupción de costumbres. Por esto es que entre otras razones, en el libro del Deuteronomio, Moisés incluye el repudio.

Cristo mismo nos explica esto en el Evangelio:

"3. Pero él (Cristo), en respuesta, les dijo: ¿Qué os mandó Moisés?

4. Ellos (los fariseos) dijeron: Moisés permitió repudiarla (a la mujer o esposa) procediendo escritura legal del repudio.

5. A los cuales replicó Jesús: en vista de la dureza de vuestro corazón os dejó mandado eso." (2)

Estas influencias ajenas y perniciosas para las tradiciones y la fe del pueblo de Israel, se ven también durante su cautiverio en Babilonia.

(2) Evangelio según San Marcos- Cap. 10, Versículos 3 al 5.

nia, bajo la sujeción al imperio persa, en la helenización del pueblo de Israel provocada por el imperio alejandrino y bajo la dominación romana - iniciada por la conquista de Pompeyo.

Contra todas estas influencias degradantes de los valores, Dios - envió para salvar a su pueblo diversos caudillos y a depositarios de la - revelación, destacando entre los primeros los jueces, los reyes y los mismos Macabeos y entre los segundos los profetas.

Como ejemplo de la influencia negativa que ejercieron sobre el pueblo de Israel las culturas circundantes, citaremos el libro de los Macabeos:

"12. En aquél tiempo se dejaron ver unos inicuos israelitas que persuadieron a otros muchos, diciéndoles: vamos, y hagamos alianza con las naciones circunvecinas; porque después que nos separamos de ellas no hemos experimentado sino desastres.

13. Parecióles bien este consejo.

14. Y algunos del pueblo se decidieron, y fueron a estar con el rey, el cual les dió facultad de vivir según las costumbres de los gentiles.

15. En seguida construyeron en Jerusalén un gimnasio, según el estilo de los gentiles;

16. Y abolieron el uso de la circuncisión, y abandonaron la alianza santa, y se coligaron con las naciones, y se vendieron a la iniquidad." (3)

Sobre la historia del divorcio en los pueblos que influyeron a Israel, citaremos los siguientes antecedentes tomados de Fray Sabino Alonso:

"La legislación más antigua que sobre este particular se conoce, es la ley de Hamurabi, en la cual pone de manifiesto cómo el divorcio no se permitía de una manera general, sino sólo en casos -

(3) Libro I de los Macabeos- Capítulo I, Versículos 12 al 16.

dados; pero en ellos, a la inversa de otras legislaciones, la de Hammurabi autorizaba a la mujer para pedirlo, igual que al marido. Los motivos por los cuales podía éste pedirlo eran: a) la esterilidad de la mujer; b) el hecho de que ésta provocase la separación, abandonase al marido o dilapidara la hacienda.

La mujer podía aprovecharse de las siguientes circunstancias para solicitar el divorcio: a) cuando el marido se ausentaba del pueblo, y a causa de tal huida la mujer se refugiaba en otra casa, - si aquél volvía, no tenía ella obligación de juntársele; b) si el marido abandonaba con frecuencia a su mujer, siendo ésta hacendosa y de buena conducta.

En otros pueblos, o bien se reconocía sólo al marido el derecho de pedir el repudio o si se lo concedían también a la mujer era con muchas mayores restricciones que al marido.

En Asiria y Caldea el marido no podía ser repudiado, sino por faltas muy graves, mientras que la mujer podía serlo con bastante facilidad a condición de restituirle la dote o la correspondiente indemnización pecuniaria, excepto cuando el divorcio era motivado por el adulterio de aquella.

Además, como prueba contundente de que la ley, en general, era -- contraria al divorcio, imponía ciertos castigos al esposo que por mala conducta diera motivo a la separación.

En la India el derecho de repudio competía sólo al marido, y las causas que podían motivarlo eran, entre otras, la esterilidad durante ocho años, y ciertos defectos físicos o morales señalados en la ley.

Entre los persas el marido podía repudiar a la mujer por insubordinación o si llevaba una vida escandalosa, o si se dedicaba a la magia.

En Egipto, a pesar de que se concedía a la mujer la administración de sus bienes, igualándola en esto al marido, sólo a éste, sin embargo, se le concedía el derecho de repudio, si bien con muchas limitaciones, introducidas por la práctica, obligándole a devolver la dote a la mujer, y quedando él en muchos casos desposeído de sus bienes cuya administración se encomendaba al hijo mayor.

Los griegos permanecieron largo tiempo fieles a la indisolubilidad

del vínculo conyugal, siendo casi desconocido el divorcio hasta cerca de los tiempos de Homero. En cambio después se tornó muy frecuente. En Atenas se obligaba al marido hasta con castigos, si era preciso, a repudiar a la esposa adúltera. Se permitía el divorcio no ya por mutuo consentimiento de ambos cónyuges, sino hasta por voluntad de uno solo, en especial del marido, a condición generalmente que lo hiciese ante testigos. A tal extremo llegaron las cosas que hubo individuos que ellos mismos entregaron su mujer a los amigos.

Cuando era la esposa quien proponía el repudio, como le estaba permitido cuando juzgaba que de no hacerlo corría peligro su vida, su salud, o sus costumbres, debía presentarse al Arconte, el cual pronunciaba el divorcio después de informarse debidamente de la existencia de tales causas, debiendo la mujer justificar dicha existencia, en una solicitud que por escrito tenía que presentar.

Las autoridades no dejaron, sin embargo, de poner algunas cortapisas a tan extremada libertad, obligando por una parte al marido a devolver la dote a la mujer, cuando la repudiaba sin causa justificada, y concediendo por otra parte, al cónyuge opuesto al divorcio, acción civil contra el otro. Además la opinión pública se mostraba muy rigurosa con las mujeres que repudiaban a sus maridos, y a éstos se les castigaba si despedían a aquéllas sin que hubieran dado motivo, o cuando eran ellos culpables del divorcio." (4)

Sobre el divorcio entre los judíos, fray Sabino Alonso menciona:

"El divorcio entre los judíos.- Tiene el mal ejemplo un poder verdaderamente avasallador. Por más que el pueblo hebreo formaba grupo aparte, todavía no lograba sustraerse por completo al influjo de de las costumbres depravadas de los pueblos que le rodeaban o entre quienes vivió. Pero Moisés, más bien que hacerles una concesión, al tratar de él en el Deuteronomio, no hizo otra cosa que reconocer el hecho y reglamentarlo, someténdolo a varios requisitos, a fin de limitar cuanto fuera posible su uso, mejor diríamos una corrup

(4) Revista "La Ciencia Tomista- Publicación bimestral de los dominicos españoles- Año XIII- T. III- Fray Sabino Alonso- Pags. 353 y 354.

tela, que no era fácil suprimir, dada la condición de aquel pueblo, y que para impedir mayores males era conveniente tolerar, como enseña Santo Tomás.

En efecto, la obligación de entregar libelo de repudio a la mujer que prescribía el Deuteronomio en caso de divorcio, no era en manera alguna una imposición para que éste se efectuara, como hemos visto que acaecía en Grecia y Roma, sino una mera permisión que - dicho libelo, lejos de facilitar, dificultaba, con obligar al marido a presentarse ante un escriba que había de confeccionar el mencionado documento. Esto por una parte, como exigía tiempo, daba - ocasión al marido para reflexionar sobre el paso que se proponía dar, librándolo así de la precipitación y los inconvenientes que el arrebató suele crear, y por otra, el escriba, como varón prudente y extraño al asunto, podía hacer el oficio de amigable connotador, y tratar de disuadirle para que no llevara a cabo semejante propósito. Más si a pesar de todo esto perseveraba en su intento, el libelo o acta de repudio era un atestado oficial dado a la mujer, para que pudiera casarse con otro, sin peligro de que el primer marido pudiera reclamarla de nuevo, o acusarla de adulterio. La ley reconocía como causa suficiente para dar el libelo de repudio que la mujer dejara de ser grata al marido, por haber éste observado en ella alguna falsedad.

En la época del Salvador las escuelas estaban divididas acerca del sentido y alcance de dicha palabra, restringiéndola Schammai y su escuela al caso de adulterio, mientras que Hillel y sus discipulos le daban una interpretación tan amplia, que cualquier motivo era reputado por ello como suficiente, siquiera fuese tan liviano como haber el marido encontrado otra mujer que le gustase más que la propia." (5)

(5) Opus citada- Páginas 355 y 356.

2) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO

El Imperio Romano fué el molde sobre el que se vació el Cristianismo en su primera fase, tomando éste último de aquél gran parte de su riqueza jurídica y política.

A esto se debe que los países de la Cultura Cristiana de occidente, tengan en sus instituciones y leyes una fuerte influencia romana.

Los romanos consideraron a la familia como una institución de gran importancia y por eso le dieron gran relevancia al matrimonio.

G. Baudry Lacantinerie nos da una breve explicación del divorcio en Roma:

"A. Derecho Romano.

En Roma, el matrimonio podía disolverse fácilmente y era considerado nulo cualquier acuerdo que tuviera por objeto impedir el divorcio, fuera directamente, fuera indirectamente, imponiendo al que provocara el divorcio la obligación de pagar una cantidad de dinero a título de pena. Durante largo tiempo, de hecho, el divorcio quedó sin aplicación práctica; comienza a hacer su aparición hacia el fin de la República, para convertirse bajo el Imperio en el modo ordinario de disolución del matrimonio. Se distinguían dos clases de divorcio: el divorcio propiamente dicho o *bona gratia*, que suponía el consentimiento de los dos esposos, y no estaba sujeto a ninguna finalidad, y la repudiación o disolución por la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, regida, al contrario, por la Ley Julia de Adulterio a la observación de ciertas reglas. La influencia del Cristianismo no había ayudado a la abolición del divorcio, sin embargo se da un hecho significativo en la época de Justiniano, el divorcio *bona gratia* es primero reducido a la hipótesis donde él interviene *propter castitatem*; luego-

2) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO

El Imperio Romano fué el molde sobre el que se vació el Cristianismo en su primera fase, tomando éste último de aquél gran parte de su riqueza jurídica y política.

A esto se debe que los países de la Cultura Cristiana de occidente, tengan en sus instituciones y leyes una fuerte influencia romana.

Los romanos consideraron a la familia como una institución de gran importancia y por eso le dieron gran relevancia al matrimonio.

G. Baudry Lacantinerie nos da una breve explicación del divorcio en Roma:

"A. Derecho Romano.

En Roma, el matrimonio podía disolverse fácilmente y era considerado nulo cualquier acuerdo que tuviera por objeto impedir el divorcio, fuera directamente, fuera indirectamente, imponiendo al que provocara el divorcio la obligación de pagar una cantidad de dinero a título de pena. Durante largo tiempo, de hecho, el divorcio quedó sin aplicación práctica; comienza a hacer su aparición hacia el fin de la República, para convertirse bajo el Imperio en el modo ordinario de disolución del matrimonio. Se distinguían dos clases de divorcio: el divorcio propiamente dicho o bona gratia, que suponía el consentimiento de los dos esposos, y no estaba sujeto a ninguna finalidad, y la repudiación o disolución por la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, regida, al contrario, por la Ley Julia de Adulterio a la observación de ciertas reglas. La influencia del Cristianismo no había ayudado a la abolición del divorcio, sin embargo se da un hecho significativo en la época de Justiniano, el divorcio bona gratia es primeramente reducido a la hipótesis donde él interviene propter castitatem; luego-

es definitivamente prohibido. La aplicación del divorcio por repudiación es poco a poco restringida a la hipótesis donde los esposos tienen una -- causa legítima para separarse, una causa prevista por la ley." (6)

Juristas como Troplong mencionan que en los orígenes de Roma, el divorcio era de aplicación casi nula, debido a la pureza de las costum--- bres.

Posteriormente cuando Roma se expande y las costumbres se rela--- jan, el divorcio toma auge; el maestro Guillermo Floris Margadant indica sobre el particular:

"Desde los triunfos sobre Cartago, es decir, desde el momento que un espíritu cosmopolita reemplazó la austeridad rústica de antes, el di--- vorcio se hizo cada día más frecuente. El censor ya no se metía tanto en asuntos privados, y el mero individualismo disminuía la importancia de -- los consejos de familia. La sociedad contemplaba el divorcio con crecien--- te indiferencia, y el principal freno era quizás el freno del marido a -- tener que devolver la dote. Los escritos de Séneca, Tertuliano y otros -- nos demuestran que los romanos del principado se casaban y divorciaban muy frecuentemente. La tan alabada definición de Modestino del matrimonio, co--- mo una *coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae; divini et -- humani iuris communicatio*, no era entiempos de éste, sino nostálgico recu--- erdo de siglos pasados." (7)

En las *iustae nuptiae* romanas, el matrimonio se podía contraer me--- diante la "conventio in manum", pasando la mujer de la tutela del pater -- familias a la tutela del marido como si fuese una hija; o también ésta po--- día contraer el matrimonio *sine manu*, permaneciendo bajo la tutela de su--- padre, o libre de toda tutela. En el primer caso el repudium unilateral -- sólo lo podía realizar el marido y en el segundo caso, más frecuente en -- las últimas épocas, el repudium podía ser dado por cualquiera de los dos-

(6) Floris Margadant Guillermo- Derecho Romano-Ed. Esfinge- Pag. 156

(7) Opus citada- Pag. 156.

cónyuges.

Así mismo el maestro Guillermo Floris Margadant indica al respecto:

"Además se disolvía el matrimonio por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges (repudium). Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta que la affectio maritalis había desaparecido. No tenía validez, siquiera, un convenio de no divorciarse. Augusto con su práctica de fomentar uniones fértiles, no tomaba medidas en contra del repudium, opinando que así sería más fácil que una unión estéril cediera su lugar a nuevas uniones que quizás darían hijos a la patria. Lo que hizo fué rodear la notificación del repudium de ciertas formalidades (siete testigos). De otra manera, después de una violenta discusión conyugal, muchas veces no podía saber la esposa exactamente si estaba repudiada o no." (8)

Sobre el divorcio en Roma fray Sabino Alonso agrega lo siguiente:

"Entre los romanos existió el divorcio desde la más remota antigüedad. Se atribuye a Rómulo una ley que concedía al marido plenos poderes para repudiar a la mujer cuando ésta cometía alguna de las faltas siguientes: envenenamiento, adulterio, substitución de hijos, empleo de llaves falsas para entrar a la bodega.

Fuera de tales casos el repudio era válido; pero el marido quedaba expuesto a castigos, como la pérdida de bienes y otros. Además, una ley particular mostraba claramente la estima en que era tenida la indisolubilidad del matrimonio de los flámines o sacerdotes de Júpiter, consagrados por la ceremonia de la Confarreación, así llamada por que se daba a los esposos a comer una torta o panecillo de farro, y estos matrimonios se consideraban indisolubles.

La ley de las XII Tablas admitía el divorcio, reservando el derecho al marido, y prescribiendo ciertas formalidades, en particular la de someter el negocio a un tribunal doméstico; pero más tarde las costumbres y las leyes mismas introdujeron tal relajación que obligaban al marido a repudiar a la mujer en caso de adulterio, so pena de ser inculpado de lenocinio, si no lo hacía.

Con el tiempo llegaron las cosas a incalificables extremos de degradación que más vale no mencionarlos siquiera." (9)

(8) Opus citada- Página 156.

(9) Opus citada- Páginas 354 y 355.

3) EL DIVORCIO EN LA CULTURA CRISTIANA

El Cristianismo, como antes apuntamos, se plasmó inicialmente en el molde territorial que había hecho el Imperio Romano. De éste último conservó muchas instituciones jurídicas y políticas; al fusionarse los principios -- cristianos con algunas de estas instituciones, nace la Cultura Cristiana -- que sólo subsistió en la parte occidental del Imperio Romano, ya que el Islamismo acabó en su mayor parte la Cultura Cristiana del norte de Africa y del Asia Menor.

El Cristianismo, por los preceptos evangélicos, tiene dentro de sus principios dogmáticos el de la indisolubilidad del matrimonio, no pudiendo por ende aceptar la licitud del divorcio.

En sus inicios dentro del Imperio Romano, el Cristianismo se encuentra con el divorcio muy arraigado dentro de las costumbres, y aunque en lo dogmático lo prohíbe a los nuevos cristianos, en las leyes promulgadas por los emperadores cristianos, unas veces sólo se le ponen grandes trabas, otras se le prohíbe.

A medida que los principios cristianos fueron arraigando dentro de los pueblos conversos, se fué prohibiendo en las leyes el divorcio. Esto sucedió pasada la Baja Edad Media, cuando se consolida el Cristianismo en la Europa Occidental. Surgen los grandes pensadores de la Iglesia, como San Agustín y Santo Tomás de Aquino que hablan en forma profunda del matrimonio y analizan su naturaleza y características, sosteniendo con argumentos la indisolubilidad del matrimonio.

El maestro Guillermo Floris Margadant indica:

"Sólo más tarde, en la Edad Media, el Derecho Canónico continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que el matrimonio es indis-

luble por naturaleza, pero permitiendo como remedio para situaciones inaguantables el *divortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum*, la declaración de nulidad, dispensas por no haberse consumado el matrimonio y el privilegio Paulino." (10)

Durante la Edad Media se recopilaron todos los decretos de los concilios y los papas, para formar lo que se conoce como *Corpus Iuris Canonici*; posteriormente nace el *codex de derecho canónico*, fiel al dogma y a la tradición de la Iglesia, publicado por el cardenal Pedro Gasparri, bajo el pontificado del Papa Benedicto XV el año de 1917; en él se sostiene que el matrimonio es indisoluble para los católicos. Estos preceptos de indisolubilidad matrimonial han sido sostenidos siempre por la Iglesia Católica.

La Reforma Protestante pone en duda la indisolubilidad del matrimonio por causa de adulterio, partiendo de una falsa interpretación del Evangelio de San Mateo:

"32. Pero yo os digo (Cristo) que cualquiera que despidiere a su mujer, si no es por causa de adulterio, la induce a fornicar, y el que se casa con la repudiada es asimismo adúltero." (11)

A la Iglesia Católica le ha costado amargos problemas sostener el principio de la indisolubilidad del matrimonio; como ejemplo tenemos el caso de Enrique VIII, rey de Inglaterra, quien al negarle el Papa Clemente VII el divorcio de su esposa Catalina de Aragón, se separó de la Iglesia Católica, fundando la Iglesia Anglicana y proclamándose jefe de la misma.

Fray Sabino Alonso, hace un profundo y brillante análisis del divorcio en la Cultura Cristiana:

"El divorcio en el Evangelio.-- En tal estado se encontraban las cosas cuando Nuestro Señor Jesucristo comenzó a predicar la buena nueva.

(10) Opus citada- Página 157

(11) Evangelio según San Mateo- Cap. 5- Versículo 32

En el sermón de la montaña donde, se encuentran recopiladas tantas enseñanzas del Divino Maestro, relacionadas con la ley antigua, cuyo perfeccionamiento intentaba, se halla el siguiente texto que hace a nuestro propósito: "Fue dicho, quienquiera que repudiare a su mujer, dele libelo de repudio. Más yo os digo, que todo el que repudiare a su mujer, excepto el caso de fornicación, la hace adúlterar; y el que tomare a la repudiada, comete adúlterio."

En el capítulo XIX se encuentran de nuevo, con algunas modificaciones estas palabras, como final del relato siguiente: "Llegáronse (al Salvador) los fariseos para tentarle, diciéndole: ¿Es ilícito a un hombre repudiar a su mujer por cualquier causa? Y les respondió: ¿No habéis leído que quien formó al hombre al principio, creó varón y mujer? Y dijo: Por esto dejaré el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y serán dos en una carne. Así que no son dos, sino una carne. Por tanto, lo que Dios -- juntó, no lo separe el hombre. Replicaron los fariseos: ¿Entonces porque -- Moisés mandó dar a la mujer libelo de repudio y despedirla? A lo que contestó el Salvador: Por la dureza de vuestros corazones, os permitió Moisés repudiar vuestras mujeres, pero al principio no fue así. Y os digo que todo -- aquel que repudiare a su mujer, excepto el caso de fornicación, y tomare a otra, comete adúlterio; y el que tomare a la repudiada comete adúlterio."

Así mismo San Pablo en su Epístola I Cor. VII, 10a. establece la in disolubilidad del matrimonio absoluta y sin excepción alguna, y esto como -- un mandato del Señor. Nuevo elemento que debe tomarse en cuenta para resolver la dificultad que la excepción de San Mateo nos presenta.

San Marcos y San Lucas traen estas últimas palabras, pero omiten la excepción del caso de fornicación. Estas palabras ponen en aprieto a los -- exégetas y teólogos para explicarlas, llegando algunos a suponer que fueron interpoladas más tarde por algún copista, al ver las dificultades que ofrecían y que no se encontraban en los otros evangelistas; y no faltaron tampoco quienes pretendieran sostener que en virtud de ellas era ilícito contraer nuevo matrimonio en caso de infidelidad de la mujer. Sabido es que a ese inciso de San Mateo se acogieron los griegos y los protestantes para afirmar la licitud del divorcio y de nuevas nupcias si la mujer adúltera.

¿Cómo se debe interpretar ese texto? El sentido común aconseja y -- las reglas de hermenéutica imponen, de conformidad con aquél, que cuando se

trata de investigar el valor y alcance de una doctrina se debe atender al conjunto de ésta, y que los puntos oscuros o que ofrecen especial dificultad se han de entender o explicar confrontándolos con otros más claros, si lo hay; y la mente de un autor debe interpretarse teniendo en cuenta las -- circunstancias de lugar, tiempo y personas en que y para quienes hablaba, y los puntos que se propone disolver o dilucidar.

Con ser estas cosas por demás triviales, es lo cierto, sin embargo, que no siempre se obra en conformidad con semejantes dictados, de donde vienen a resultar apreciaciones erróneas o inexactas, e hipótesis y teorías -- destituidas de fundamento sólido.

El conjunto de la doctrina del Salvador sobre la materia que nos ocupa, lo encontramos, además de los lugares evangélicos mencionados de San -- Marcos y de San Lucas (que, según dejamos también indicado concuerdan con -- San Mateo en lo substancial, pero omiten el inciso de la fornicación), en -- San Pablo, el cual se expresa de este modo: "A los casados les mando, no -- yo, sino el Señor, que la mujer no se separe del marido; y que si se separase, -- que se quede sin casar o que se reconcilie con su marido. Y el marido que -- tampoco abandone a su mujer. La mujer está sometida a la ley (del matrimonio) mientras vive su marido, pero si éste muere, queda libre de la ley del marido. Si en vida de éste se fuera con otro, se le llamará adúltera; pero -- si lo hiciera después de muerto aquél, no será tenida por tal.

Si, pues, el inciso de San Mateo tuviera el sentido que le atribuyen la Iglesia Griega y los protestantes, ¿Cómo se explicará su omisión en los demás autores sagrados que hablan del asunto, puesto que eso valdría -- tanto como excluir o negar un derecho concedido por el Salvador?

Por tanto, es preciso buscar otra explicación a las palabras de San Mateo que las ponga en consonancia con el conjunto de su doctrina.

De las varias que hay, tenemos por más aceptable la que propone el dominico P. Lagrange en el comentario al Evangelio de San Mateo, y en su reciente obra, titulada L'Evangile de Jésus-Christ. Puede resumirse de la siguiente manera.

La pregunta que los fariseos hicieron al Salvador implicaba dos cosas, una que ellos daban por indiscutible, y era la licitud del repudio; y otra relativa a las causas que podían motivarlo. Sobre esta segunda era sobre la que deseaban saber cuál fuese la opinión de Jesucristo, ya que acer-

ca de este punto había divergencia entre los doctores de la Ley, según hemos indicado. Sin embargo, el divino Maestro contestó directamente al primer punto, rechazándolo de plano, remitiéndose para probar su aserción a -- los orígenes de la humanidad en que Dios creó un hombre y una mujer, y los unió con lazo indisoluble.

El venía a abolir la permisión de la Ley antigua, y a restituir las cosas a su estado primitivo, puesto que como superior a Moisés, era competente para hacerlo. No había, pues, lugar a ocuparse de los motivos del divorcio, cuya licitud negaba rotundamente, sino de sus efectos únicamente. -- La Ley antigua admitía pura y sencillamente que el divorcio dejaba el camino expedito a la mujer para contraer nuevo matrimonio. Jesucristo rehusa aceptar semejante consecuencia, y por ende niega al marido el derecho de repudiar a la mujer, afirmando categóricamente que quien la repudia la expone a adúlterar y el que intentara casarse con una repudiada, cometería adulterio. Abolido el principio mismo del repudio, no había lugar a preguntar en qué casos sería lícito.

Pero ¿Porqué parece limitar su decisión por la cláusula "nisi ob -- fornicationem? La solución más común a partir de San Jerónimo, era que Jesu cristo autorizaba la separación, permaneciendo intacto el vínculo matrimonial. Pero los judíos no se ocupaban de la simple separación o divorcio semipleno, y planteada la cuestión en el terreno que ellos la plantearon, o sea del divorcio pleno, de la disolución del vínculo mismo, sería muy extraño -- que Jesucristo hubiera resuelto dos hipótesis distintas con una frase que -- no se refería a la cuestión del repudio.

El caso de la infidelidad de la mujer no se resuelve con dicha respuesta ni en el sentido de la anulación del primer matrimonio, ni en el de prohibir al marido contraer otro nuevo; es aquí un caso del cual el Salvador no quería tratar, y por eso prescindió de él. tal es por consiguiente el sentido de la célebre frase; excluir el caso de la fornicación o adulterio de la mujer." (12)

Más adelante prosigue fray Sabino Alonso:

(12) Opus citada páginas 356 y 357

"Excederíamos los límites a este artículo prefijados, si quisiéramos proseguir la historia del divorcio, aún cuando nos cifráramos a trazarla a grandes rasgos, por lo cual fuerza contentarnos con trasladar aquí el resumen que en la ya mencionada Encíclica "Arcanum" de León XIII, se encuentra al hablar de la energía desplegada por la Iglesia en defensa de la indisolubilidad del matrimonio, y de los excelentes servicios que con ello prestó a la humanidad. Dice así: "Gratitud suma deben los pueblos (a la Iglesia) por su celo en reclamar contra las leyes civiles permisivas del divorcio; por lanzado ante la herejía protestante que preconizaba el divorcio; por haber condenado en múltiples ocasiones la costumbre de disolver el matrimonio entre los griegos practicado; por haberse declarado contra la validez de los matrimonios contraídos bajo condición o pacto de que pudiera en alguna ocasión disolverse y finalmente por haberse opuesto, ya desde sus comienzos, a las leyes imperiales que tan perniciosamente favorecía el repudio y el divorcio.

Cuantas veces los Sumos Pontífices resistieron a los príncipes poderosos que con amenazas pedían a la Iglesia la aprobación de sus divorcios; o tras tantas creyeron, que, al obrar así, luchaban no ya por la indisolubilidad de la religión, sino también por el bien de la humanidad.

Nadie habrá que deje de animar la fortaleza de ánimo que revelan los decretos dictados por Nicolás I contra Lotario, Por Urbano II y Pascual II contra Felipe I de Francia, Por Celestino III e Inocencio III contra Felipe II de Francia, por Clemente VII y Paulo III contra Enrique VIII y finalmente, por Pío VII contra el gran Napoleón I, tan engreído por sus señaladas victorias.

Hechos son éstos demasiado elocuentes y que deben hacer meditar un poco a los detractores de la Iglesia cuando la acusan de condescendiente con los poderosos, y por otra parte no son necesarios grandes raciocinios para deducir que si en algún caso se podía esperar de ella una aprobación del divorcio, no hubiera dejado de hacerlo en los mencionados. Y por consiguiente, que si entonces no lo hizo, señal es de que está dispuesta a todo, antes de ceder un ápice en lo relativo a mantener la indisolubilidad del matrimonio. De su conducta anterior se puede con toda seguridad deducir la --

ue seguirá observando en adelante, puesto que en las cosas substanciales -
y esta es una- no cambia con los tiempos ni se acomoda a las circunstan--
cias. La razón es por que la Iglesia ni quiere ni puede pactar con el error." (15)

(15) Opus citada página 361

4) EL DIVORCIO EN LOS ESTADOS MODERNOS

La evolución del divorcio en los estados modernos de la Europa Occidental, corre al parejo con la evolución de las legislaciones anticatólicas.

El primer paso dentro del renacimiento para sostener la disolubilidad del matrimonio, parte de la teología protestante al afirmar que el matrimonio no es un sacramento, sino un acto meramente civil. Al darle el Protestantismo la facultad al estado para regir el matrimonio como un acto civil, surge éste como disoluble. Calvino sostenía que los únicos sacramentos eran el bautismo y la cena y Lutero decía que el matrimonio era un acto civil.

El maestro José Castán Tobeñas nos dice:

"II. Historia.- La concepción del matrimonio como un acto civil, regulado exclusivamente por las leyes seculares, fué ya preparado por la Reforma Protestante al negar al matrimonio su cualidad de sacramento. En 1580 se introdujo por vez primera el matrimonio civil en Holanda, al obligarse a todos los católicos y a los que no profesasen la fe calvinista, a celebrar el matrimonio o en presencia del ministro calvinista o del oficial civil. El ejemplo de Holanda fué seguido por Inglaterra, que en 1652 promulgó una ley de matrimonio civil obligatorio, que estuvo en vigor hasta la vuelta de los Estuardos, en 1660. Más tarde, la tendencia secularizadora de la Revolución Francesa facilitó la difusión del matrimonio civil. La Constitución Francesa de 1791, estableció que "la ley no considera el matrimonio -- mas que como un contrato civil." (14) •

La segunda revolución que sufrió la Europa cristiana, fué la Revolución Francesa, mediante la cual más que discutirse criterios religiosos, se atacan éstos para dar lugar a las ideas liberales y racionalistas. Esto repercutió en las legislaciones donde poco a poco fueron imperando las ideas de la Revolución Francesa. Detrás de las ideas e instituciones creadas por la Revolución Francesa, se esconde siempre una idea anticatólica.

(14) Castán Tobeñas José- Derecho Civil Español Común y foral- Página 493

De lo anterior se concluye que el principio de la indisolubilidad del matrimonio, sostenido por la Iglesia Católica, fué atacado invariablemente - en las legislaciones donde dominaban las ideas revolucionarias. Casi siempre imponían éstas el divorcio como institución, inclusive en países de profunda raigambre católica.

El maestro Agustín Verdugo expone brillantemente este problema:

El fermento de opiniones contrarias a la doctrina de la Iglesia, no había cesado, cuando llega el S. XVIII, destinado en los inescrutables designios de la Providencia, a ser el teatro en que la heterodoxia, planteada meramente en la esfera de las ideas, se esforzase a buscar soluciones en la práctica, procurando realizar, en hechos y constituciones positivas, los principios hasta entonces apenas formulados en libros y confesiones. El derecho público y tradicional de la Europa cristiana y católica, va a ser cambiado radicalmente. Dios así lo consiente; inútil es investigar sus altísimos fines. El ataque a la Iglesia provino de los mismos encargados de defenderla, y circunstancias-especialísimas favorecieron las miras de los reformadores. José II, y casi todos los príncipes católicos de ese tiempo, pertenecían a las dos grandes casas de Francia y de Austria; y obrando de común acuerdo bajo la dirección de sus ministros Kaunitz, Choiseul, Aranda y Tannucci, fué fácil ganar en su apoyo a célebres sacerdotes y teólogos, que, coligados bajo una misma bandera, emprendieron el asalto a los derechos de la Iglesia, para otorgarlos al poder civil. Recordamos el Sínodo de Pistoia y el Congreso de Ems; nombremos a los teólogos Tamburini, Eybel y Le Plat.

14. La Revolución Francesa se precipita como un torrente, que amenaza envolver en sus hirvientes caudales, no sólo a la monarquía debilitada ya por sus disputas con la Santa Sede y falta casi del todo del prestigio popular, sino también a la Religión, que si había sido aliada de aquella, fué -- por considerarla el gobierno más adecuado a la Europa, gobierno arraigado en los pueblos desde siglos remotísimos, e invocado por ellos mismos como la única y más conveniente solución a las dificultades de la época feudal. Por lo que hace al matrimonio, su usurpación por el poder civil era sólo efecto del afán de innovarlo todo, hasta aquello que por su naturaleza se escapa de las manos del hombre, y sobre lo cual nada mejor que lo establecido. La Revo

lución Francesa, eco resonante en la materia que nos ocupa, de las doctrinas galicanas y protestantes, no consideraba el matrimonio sino como un contrato civil, sobre el cual tiene el estado, sin consideración a religión alguna, la facultad de legislar en cuanto a sus condiciones, formas y efectos, ni más ni menos que sobre los demás contratos. Estos principios inspiraron el Título V de aquel Código, no vaciló, sin embargo, en reconocer y decir a los mismos a quienes va a pedir su aprobación, "que todos los pueblos han hecho intervenir al cielo en un acto, que tiene una tan grande influencia sobre la suerte de los esposos, y que, ligando el porvenir con el presente, parece hacer depender su felicidad de una serie de acontecimientos inciertos, cuyo resultado se presenta como el fruto de una bendición particular (Portalis)." Extraño también que lo mismo sea afirmado y reconocido por el notable juriscosulto Belga, Laurent, partidario acérrimo del matrimonio civil. Este autor dice que Portalis enuncia un hecho que nadie podría poner en duda: que aquellos mismos que no son católicos y que no dan ninguna importancia a la bendición de la Iglesia, están convencidos, si han conservado el sentimiento religioso, de que los matrimonios para ser revividos de una expresión vulgar, se hacen en el cielo. ¿Qué cosa más natural, pregunta en seguida, que contraer a la faz de Dios, los compromisos que Dios mismo nos dicta y nos inspira? ¿Porqué nos permitimos interrogar nosotros, chocar tan de frente con el sentimiento religioso de los pueblos, imponiéndoles una ley, que por la materia a que se refiere, habría de ser recibida como indigna de amor y de respeto? ¿Porqué secularizar un acto que, como insistentemente, habían todos los pueblos considerado como religioso y santo? ¿Qué objeto, en fin, social y verdaderamente benéfico, puede proponerse el Estado, al sustituirse en lugar de Dios, para decir al hombre: he aquí tu compañera; ella es carne de tu carne y hueso de tus huesos; compañera te doy y no sierva; tienes poder sobre su cuerpo y a tí te pertenece exclusivamente la supremacía de tal unión; creced y multiplicaos? Quitar a la unión de los sexos la respetabilidad y el decoro que le son tan necesarios, para que no se frustren los graves y trascendentales deberes de la familia; hacer depender los inmortales destinos a que la familia tiende, de un contrato como el arrendamiento y la hipoteca; someterlos a los errores y vicisitudes de la ley humana, a los caprichos y arbitrariedades del legislador, es, sin duda alguna, el error más deplorable de los tiempos modernos, que en su afán de socavar a los pueblos hasta en sus fundamentos--

más necesarios en el orden moral, no han temido ni aún ser ingratos a aquél- que por solo el bien del hombre y para alejarlo de una manera inmediata de - los males de esta vida, santificó y consagró su unión sexual, la cual, desde entonces, había de ser fuente segura de felicidad sobre la tierra." (15)

(15) Verdugo Agustín- Principios de Derecho Civil Mexicano- T. II- Páginas 20, 21 y 22.

CAPITULO II

**EL DIVORCIO EN EL DERECHO POSITIVO
MEXICANO**

- 1) CODIGO CIVIL DE 1870
- 2) CODIGO CIVIL DE 1884
- 3) LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917
- 4) CODIGO CIVIL VIGENTE

1) CODIGO CIVIL DE 1870

En este código, no se admitía el divorcio vincular, sino sólo el divorcio no vincular o separación de cuerpos.

El matrimonio lo definía el artículo 159 como: "La sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

El artículo 161 decía: "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige."

Es de notar que aunque se hace de jurisdicción civil el matrimonio, se le da un carácter de indisolubilidad.

La separación de cuerpos o divorcio no vincular que estatufa este código, estaba regido por una serie de cortapisas, a fin de evitar que fuera fácil conseguirlo. Facilitaba además la reconciliación de los cónyuges, aún después de decretada la separación.

Transcribiremos a continuación diversos artículos del Código Civil de 1870:

"Artículo 239: El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: -- suspende sólo alguna de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este código."

"Artículo 240: "Son causas legítimas de divorcio: 1a.- El adulterio de uno de los cónyuges; 2a.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3a.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito -

aunque no sea de incontinencia carnal; 4a.- El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción; 5a.- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6a.- La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; 7a.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro."

"Artículo 246.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez, y en los términos que expresan los artículos siguientes; en caso contrario, aunque vivan separados se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio."

"Artículo 247.- El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de 20 años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de 45 años de edad."

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

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

"Artículo 250.- La separación no puede pedirse sino pasados dos años de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, y no citará a una nueva junta hasta después de tres meses."

"Artículo 251.- Pasados los tres meses, sólo a petición de alguno de los cónyuges, citará el juez otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión; y si ésta no se lograse, dejará pasar aún otros tres meses."

"Artículo 252.- Vencido este segundo plazo, si alguno de los cónyuges pidiere que se determine sobre la separación, el juez decretará ésta, si empre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente."

"Artículo 253.- Al decidir sobre la separación el juez aprobará el convenio de que habla el artículo 249, si por él no se violan los derechos de los hijos o de un tercero."

"Artículo 260.- Los cónyuges de común acuerdo pueden reunirse en cual quier tiempo."

"Artículo 263.- La reconciliación de los cónyuges deja sin efecto ul terior la ejecutoria que declaró el divorcio. Pone también término al juicio si aún se está construyendo; pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos pro ducidos por la reconciliación."

"Artículo 264.- La ley presupone la reconciliación, cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella, ha habido cohabi- tación de los cónyuges."

Este código, en consonancia con las leyes juaristas, estatuye el ma- trimonio como de exclusiva competencia civil, dejando ver en ello una tenden- cia antictólica, ya que el matrimonio usado en México hasta antes de las le- yes de Juárez, era el matrimonio-sacramento. Sin embargo no acepta el divor- cio vincular y crea una serie de causales y un procedimiento para el divor- cio no vincular, a nuestro juicio, muy atinados.

2) CODIGO CIVIL DE 1884

Este código también concebía al matrimonio como de naturaleza indisoluble y daba como única solución lícita, la separación de cuerpos o divorcio no vincular.

Así el artículo 155 decía: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para -- perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

También como en el Código Civil de 1870, sólo se daba jurisdicción a la sociedad civil para la celebración del matrimonio:

"Artículo 157.- El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige."

El divorcio queda definido en el artículo 226: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este código."

Y a continuación dan las causales de divorcio los siguientes artículos:

"Artículo 227.- Son causas legítimas de divorcio:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges;

II.- El hecho de que la mujer de a luz un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

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

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para-

cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V.- El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción;

VI.- El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aún cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio;

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

VIII.- La acusación falsa hecha de un cónyuge contra el otro;

IX.- La negativa de uno de los cónyuges a suministrar alimentos al otro conforme a la ley;

X.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez;

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

XII.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales;

XIII.- El mutuo consentimiento."

"Artículo 228.- El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I.- Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;

II.- Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

III.- Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

IV.- Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por

su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima."

"Artículo 229.- Es causa de divorcio el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia debe consistir en actos positivos sin que sean causa de divorcio las simples omisiones."

"Artículo 230.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio, pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido."

Este código, hacía más expedito el trámite para la consecución de la separación de cuerpos o divorcio no vincular por mutuo consentimiento, así tenemos los siguientes artículos:

"Artículo 233.- La separación no puede pedirse sino pasados dos años después de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, con audiencia del ministerio público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de un tercero.

"Artículo 234.- Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición de cualquiera de los cónyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si ésta no se lograre, decretará la separación siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente, y mandará reducir a escritura pública el convenio a que se refier el artículo anterior."

3) LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Esta ley, es la primera en México que define al matrimonio como de naturaleza soluble y estatuye el divorcio.

El artículo 13 define al matrimonio : "Es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

También como los códigos de 1870 y 1884, la jurisdicción sobre el matrimonio únicamente la tiene la autoridad civil. Así el artículo 15 dice: -- "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige."

El divorcio se define: "Artículo 75.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Las causales de divorcio vincular en su mayor parte son las mismas previstas en los artículos 227, 228, 229 y 230 del Código Civil de 1884.

Así las causales de divorcio en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, quedan prescritas en los siguientes artículos:

"Artículo 76.- Son causas de divorcio:

- I.- El adulterio de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino cuando también haya recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún deli-

to, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;

IV.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines -- del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria;

V.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;

VI.- La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;

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

VIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

IX.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años;

X.- El vicio incorregible de la embriaguez;

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

XII.- El mutuo consentimiento."

"Artículo 77.- El adulterio de la mujer, es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I.- Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;

II.- Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

III.- Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

IV.- Que la adúltera haya maltratado, de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos, a la mujer legítima."

"Artículo 78.- Es causa de divorcio el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, o de uno solo de ellos. La tolerancia debe consistir en actos positivos, si que sean causa de divorcio las simples omisiones."

"Artículo 79.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedirle el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido."

El divorcio por mutuo consentimiento queda reglamentado en los siguientes artículos de la ley de Relaciones Familiares:

"Artículo 82.- El divorcio por mutuo consentimiento, no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud el juez de primera instancia del domicilio de los cónyuges remitirá extracto de ella al juez del estado civil del mismo lugar, para que éste la haga publicar en la tabla de avisos, y citará a los solicitantes a una junta, en la cual procurará restablecer entre ellos la concordia y cerciorarse de la completa libertad de ambos para divorciarse. Si no lograre evenirlos, se celebrará todavía, con el mismo objeto, dos juntas más, que el juez citará a petición de ambos cónyuges. Esta petición no podrá hacerse sino después de ____

transcurrido un mes desde la última junta celebrada. Entre una y otra deberá mediar cuando menos un mes."

"Artículo 83.- Si celebradas las tres juntas mencionadas, los cónyuges se mantuvieren firmes en el propósito de divorciarse, el juez aprobará el arreglo con las modificaciones que crea oportunas, oyendo al efecto al ministerio público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de tercera persona."

"Artículo 84.- Mientras se celebran las juntas y se declara el divorcio aprobando el convenio de los interesados, el juez autorizará la separación de los consortes de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos menores."

"Artículo 85.- Si el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento quedare en suspenso por más de seis meses, no podrá reanudarse sino volviendo a efectuarse las publicaciones en las tablas de avisos de la oficina del Juez del Estado Civil y las juntas de que habla el artículo 82."

"Artículo 86.- Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo; pero en este caso no podrán volver a solicitar su divorcio en la misma forma, sino pasado un año desde su reconciliación."

"Artículo 87.- Cuando las enfermedades enumeradas en la fracción IV del artículo 76, no sean utilizadas por un cónyuge como fundamento del divorcio, podrán sin embargo, ser motivo para que el juez, con conocimiento de causa y a instancia de uno de los consortes, pueda suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando, no obstante, subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge desgraciado."

El artículo anterior, es el único caso en esta Ley en que se puede -

dar la separación de cuerpos.

Existen dos principios generales prescritos para todas las causales de divorcio:

"Artículo 88.- El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge - que no haya dado causa a él, y dentro de seis meses después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda."

"Artículo 89.- Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 76 -- pueden alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón o remisión expresa o tácita."

Es conveniente citar, finalmente, los antecedentes directos de la -- Ley de Relaciones Familiares respecto al divorcio.

El primero lo encontramos en el decreto del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista don Venustiano Carranza, del 29 de diciembre de 1914. Entre los argumentos en pro del divorcio, encontramos estas tristes razones: -

"Que la experiencia de países tan 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 grave de obligar a los que por error o ligereza, fueron al matrimonio a pagar su falta con la esclavitud de toda la vida."

Su artículo 10, dice: Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874 reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal, decretadas el 25 de diciembre de 1873 en los términos siguientes:

Fracción IX.- El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, - ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de creado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible e indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima."

Existe otro decreto de 29 de enero de 1915, en el cual se reforman los artículos 155 y 159 del Código Civil de 1884.

"Artículo 155.- El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en sociedad legítima para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

"Artículo 226.- El divorcio es la disolución legal del vínculo del matrimonio, y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Hay un decreto del año 1915 que regula los aspectos procesales del divorcio.

Por último, encontramos como antecedentes de la ley de Relaciones Familiares de 1917, un decreto de adición a la Ley de 29 de diciembre de 1914, de 27 de mayo de 1916: UNICO- Las sentencias de divorcio dictadas antes de la vigencia de la ley de 29 de diciembre de 1914, producirán los efectos de la presente ley, quedando en consecuencia roto el vínculo matrimonial y los divorciados en aptitud de contraer nuevo matrimonio."

4) CODIGO CIVIL VIGENTE

Este código sigue en materia de divorcio los lineamientos generales prescritos en la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

No define el matrimonio en su articulado y da jurisdicción a las autoridades civiles sobre el mismo, al igual que las codificaciones antes mencionadas:

"Artículo 146.- El matrimonio debe celebrarse entre los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige."

El divorcio lo define el artículo 266: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Las causales de divorcio quedan comprendidas dentro de los artículos siguientes:

"Artículo 267.- Son causas de divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

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

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

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

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

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria, y la impotencia in

curable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII.- Padecer enajenación mental incurable;

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX.- La separación del hogar conyugal por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge en ra el otro;

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacerse efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166;

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas estupefacientes, cuando amenasen causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

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

XVII.- El mutuo consentimiento."

"Artículo 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la muli-

dad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho a pedir el divorcio, pero no podrá hacerle sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos."

"Artículo 269.- Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio."

"Artículo 270.- Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones."

"Artículo 271.- Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad."

Este código crea el divorcio administrativo que es el que se celebra ante el oficial del Registro Civil:

"Artículo 272.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifiestan de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El oficial del Registro civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes

hacen la ratificación, el oficial del "registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo constar la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el código de la materia.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles."

Existen dos causales de separación de cuerpos que puede pedir el cónyuge inocente:

"Artículo 277.- El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las acusas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio."

El divorcio se reglamenta en los artículos siguientes:

"Artículo 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del párrafo último del artículo anterior están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I.- La designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutado el divorcio;

II.- El modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II.- El modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como de ejecutoriado el divorcio;

III.- La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento;

IV.- La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar - al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;

V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha cantidad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto - se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad."

"Artículo 274.- El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio."

"Artículo 275.- Mientras que se decrete el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará - las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos."

"Artículo 276.- Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde - su reconciliación."

"Artículo 277.- El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el metri

onio."

"Artículo 278.- El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda."

"Artículo 279.- Ninguna de las causas enumeradas en el artículo -- 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito."

"Artículo 280.- La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio del divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya -- los efectos producidos por la reconciliación."

"Artículo 281.- El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él; más, en este -- caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie."

"Artículo 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si -- hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente, y sólo mientras dure el -- juicio, las disposiciones siguientes:

- I.- Separar a los cónyuges en todo caso;
- II.- Proceder por cuanto a separación o depósito de los cónyuges -- en los términos del capítulo III, título V, del Código de Procedimientos -- Civiles;
- III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;
- IV.- Dictar las medidas convenientes para que el marido no cause --

perjuicios en sus bienes a la mujer;

V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta;

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente."

"Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

Primera. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor.

Segunda. Cuando la causa del divorcio estuviese comprendida en las fracciones IX, I, XI, XII, XIII y XIV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueron culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entretanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor.

Tercera. En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

"Artículo 284.- Antes de que se provea definitivamente sobre la va

tria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los menores."

"Artículo 285.- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos."

"Artículo 286.- El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona por consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho."

"Artículo 287.- Ejecutoriado el divorcio se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas, aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente."

"Artículo 288.- En los casos de divorcio, la mujer tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté incapacitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito."

En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia ni a la indemnización que concede este artículo."

"Artículo 289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su

entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casar se sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio.

Para que los cónyuges, que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonios indispensable que haya transcurrido un año de que obtuvieron el divorcio."

"Artículo 290.- La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio del divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio."

"Artículo 291.- Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el juez de Primera Instancia remitirá copia de ella al oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente, para que publique un extracto de la resolución, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto."

Por medio de las citas anteriores, de los diferentes códigos, leyes y decretos, nos damos cuenta de la evolución que se ha dado en nuestras leyes para aceptar la disolubilidad del matrimonio y por ende el divorcio; partiendo eso sí, de la base que el matrimonio es de exclusiva competencia del Estado.

CAPITULO III

NATURALEZA DEL MATRIMONIO

- 1) LA FAMILIA
- 2) EL MATRIMONIO COMO FUNDAMENTO DE LA FAMILIA
- 3) EL MATRIMONIO CANONICO Y SU INDISOLUBILIDAD
- 4) EL MATRIMONIO CIVIL

1) LA FAMILIA

Para hablar del divorcio y poderlo analizar debidamente, se debe estudiar antes, su antecedente lógico y necesario que es el matrimonio.

El matrimonio toma su razón de ser directamente de la familia.

¿Qué es la familia? La familia es la célula fundamental de la sociedad, en cuyo seno se perpetúa la especie y se educa, ayudada por la escuela, a los hijos. La familia se inicia cuando dos personas de sexos opuestos, se unen en forma estable con el fin de perpetuar la especie.

Por familia en su acepción más fundamental se entiende, aquel conjunto de personas que descienden de un antepasado común. Con base en esto se dan los parentescos y los apellidos.

Hay diferentes tipos de familia:

La poligámica: muy común en la antigüedad y entre los mahometanos actualmente; consiste en la unión de un solo hombre con varias mujeres.

La poliéndrica: muy rara y que actualmente sólo se da entre algunas tribus de la India; consiste en la unión de una sola mujer con varios hombres.

La monogámica: protegida y prescrita por la mayoría de las legislaciones modernas; por medio de la cual se unen un solo hombre con una sola mujer para perpetuar la especie.

La familia debe ser monogámica entre otras, por las siguientes razones de derecho natural: el hombre por esencia no es monogámico, ya que en la antigüedad lo que más abundó fué la poligamia. Sin embargo la forma más perfecta de la familia es la monogamia, ya que es muy difícil que en la poligamia logre el hombre educar bien a sus hijos y ver por sus diferentes esposas, además de los graves problemas que se suscitarían entre las -

mismas; por esto la sociedad tendrá gravísimos problemas con esta institución. En cambio en la monogamia, el hombre puede educar bien a sus hijos, ver por su esposa y su hogar, repercutiendo esto en forma directa en favor de la sociedad. El Estado, está obligado dentro de sus posibilidades a pedir la vigencia de las instituciones más perfectas, siendo la institución más perfecta el matrimonio monogámico.

Dentro de la familia hay dos tipos de relación:

1.- Las relaciones entre los esposos: entre ellos existen derechos y obligaciones recíprocos. Aunque hay legislaciones que reconocen superioridad de dirección al hombre, la mayoría por ser de inspiración liberal -- tratan de sostener una igualdad de autoridad entre ambos cónyuges.

Así nuestro Código Civil en su artículo 167 dice: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenescan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el juez de lo civil correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá, sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos."

Sin embargo, en el aspecto de autoridad conviene hacer un análisis.

En cualquiera sociedad donde no hay una cabeza, una autoridad, reina la anarquía; la familia por su propia naturaleza es una sociedad, la -- fracción más pequeña y fundamental de la sociedad; si dentro de la familia no hay autoridad, reinará la anarquía. El hablar de autoridad no implica -- ofensa para los subordinados, sino solamente el lugar que debe ocupar cada

cual en esa relación armónica que debe reinar entre quienes poseen la autoridad y quienes la obedecen.

Para los ciudadanos de un país, no constituye en ninguna forma una ofensa, el que haya autoridades, sino por el contrario, el hecho de que haya autoridades legítimas, es una de las causas más poderosas para que esa sociedad prospere.

Las sociedades liberales han pretendido que el hecho de que el hombre sea la máxima autoridad del hogar constituye una ofensa para la mujer; pero no se han dado cuenta de que la familia por ser una sociedad en sí misma y para marchar armónicamente necesita una autoridad y por su propia naturaleza quien debe llevar esa autoridad es el varón, el padre de familia. Esta autoridad no significa que se pueda ejercer en forma despótica, sino que paralelamente a las autoridades de la sociedad, se debe ejercer para el desarrollo armónico, justo y equilibrado del hogar.

Así San Pablo nos dice:

"Las mujeres estén sujetas a su marido como el Señor; pues el marido es cabeza de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia y salvador de su cuerpo. Como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres deben estarlo a sus maridos." (16)

Pablo de Tarso nos hace ver la autoridad del marido sobre la mujer dentro de la familia y nosotros hablamos de esa autoridad por razón de naturaleza, ya que el órgano de decisión es conveniente que por regla general radique en una persona, para que no surja la anarquía, y esta persona es el marido dentro de la familia.

Quede claro, no obstante, según dice el Papa Pío XII en su Enciclica Casti Conubi:

"Esta igualdad de derechos, que tanto se exagera y pregona, debe ser (16) San Pablo- Epístola a los Efesios- Cap. V, versículos 22 a 24

mitirse, sin duda alguna, en todo aquello que corresponde a la persona y a la dignidad humana y en las cosas que son consecuencia del pacto nupcial y son inherentes al matrimonio; es incuestionable que en estas cosas los dos cónyuges gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones; en lo demás debe reinar cierta desigualdad y moderación, que postulan el bien de la familia y la debida unidad y firmeza de la sociedad doméstica y del orden." (17)

2.- Relaciones entre padres e hijos.- Los padres tienen para con sus hijos la obligación de educarlos y mantenerlos hasta que puedan valerse por sí mismos. Si ellos les han dado la vida, ellos deben responsabilizarse por su educación y formación, no pudiendo en ninguna forma renunciar a esta obligación contraída por libre voluntad.

A su vez los hijos tienen para con sus padres obligaciones de respeto durante toda la vida y de obediencia mientras dependan de ellos. Sobre el particular el Decálogo en su IV mandamiento indica: "Honrarás a tu padre y a tu madre."

San Pablo nos ilustra en su Epístola a los Efesios:

"Hijos obedeced a vuestros padres en el Señor, como es justo. "Honra a tu padre y a tu madre"; tal es el primer mandamiento acompañado de promesas; "para que seas feliz y gozes de larga vida sobre la tierra". Vosotros, padres, no provoquéis a ira a vuestros hijos sino instruidlos en la disciplina y enseñanza del Señor." (18)

Existen una serie de relaciones entre la familia y la sociedad, relaciones que por parte de la sociedad y del Estado implican el respeto al-

(17) Papa Pío XI- Encíclica Casti Conubi No. 77- BAC Doctrina Pontificia II, página 586- Segunda edición.

(18) San Pablo- Epístola a los Efesios- Cap. VI, versículos del 1 al 4.

derecho que tienen los padres de educar a sus hijos, a la preservación moral de la sociedad para evitar la degeneración de la niñez y de la juventud, a las garantías sociales para ayudar a los padres a lograr hacer buenos hijos, futuros padres de familia y servidores de la patria.

La institución de la familia, es fuente de diversas relaciones jurídicas que son regidas por el derecho civil, que a su vez pertenece al derecho privado. Antonio Cicu, define a la familia desde un punto de vista jurídico:

"La familia es un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad y afinidad." (19)

Más adelante, este autor hace una interesante observación sobre el derecho de familia, haciendo ver que no es sólo derecho privado, sino también público. Esta breve exposición es la siguiente:

"Ha faltado, sin embargo, hasta ahora en la doctrina una investigación dirigida a poner en claro los elementos y el alcance de tal afinidad; de manera que la afirmación ha quedado privada de importancia para la sistematización del derecho familiar, y, por consiguiente, para la inteligencia y aplicación de las normas positivas. La utilidad y la importancia científica y práctica de una tal investigación se nos presenta como evidente desde que, al estudiar la naturaleza jurídica del derecho alimentario familiar, consideramos necesario separar esta figura de obligación, no obstante su contenido patrimonial, del común concepto de obligación del derecho patrimonial. El estudio analítico del derecho positivo familiar nos puso cada vez más de manifiesto que el mismo no puede ser sometido, en la sistematización de un derecho privado, a muchos de aquellos conceptos y principios que son de ordinario englobados en la parte general del derecho priva

do. Llegamos, por consiguiente, a la convicción cada vez más profunda, de que para alcanzar una clara y segura visión del puesto correspondiente al derecho, era necesario elevarse a un examen de la distinción fundamental del derecho en público y privado. De ahí la presente contribución: verdaderamente más interesante por el problema que plantea; en él se defiende, en efecto, un diverso concepto y una diversa estructura del derecho público - respecto del privado, dando así fundamento científico a una tendencia, acá y allá afirmada en la doctrina publicista especialmente italiana, a desconfiar de la aplicabilidad de los principios del derecho privado al derecho público, esto es, a defender una autonomía científica del derecho público; y planteando, por consiguiente, el problema de una síntesis jurídico-filosófica más completa y elevada que la común, que nos parece se funda esencialmente sobre el concepto tradicional del derecho como derecho privado."

(20)

2) EL MATRIMONIO COMO FUNDAMENTO DE LA FAMILIA

Ante la problemática que ha presentado la necesidad de la estabili-
sación de la familia, por una serie que más adelante veremos, se ha creado
desde la antigüedad la institución del matrimonio.

Para los romanos el matrimonio era: *Nuptiae sunt: mari et feminae-*
conjunctio, individuum personam, divini et humani juris communicatio; esto -
es: la unión de un solo hombre y una sola mujer, integrando una sola persona,
según las leyes divinas y humanas.

El matrimonio es una institución, por la que un hombre y una mujer
quedan unidos mientras vivan, para tener hijos en común y ver por su educación.

Las características fundamentales del matrimonio son:

a) La indisolubilidad.- Es una característica por la que se une a-
mbos cónyuges mientras vivan, para procrear hijos y educarlos. Si muere y
no de los dos, el matrimonio desaparece.

La familia, como antes dijimos, es la base de la sociedad y por lo
tanto necesita gozar de permanencia. La sociedad es fiel reflejo de lo que
es la familia.

El matrimonio da protección y solides a la familia, fundamentamente
por lo que respecta a la prole. Dios hizo al hombre con determinedes ca
racterísticas, de tal manera que en el seno de su familia reciba gran par-
te de su educación y formación. Si la familia falla en esta misión, la so-
ciedad difícilmente podrá suplirle.

Es importante fundamentar la indisolubilidad del matrimonio, desde
un punto de vista del derecho natural. Las cosas toman sus fines de su na-
turalesza y sus leyes. El fin principal del matrimonio es tener hijos y edu

carlos, ya que la naturaleza del matrimonio es la unión de los sexos para procrear la especie y sus leyes giran en torno a la mencionada procreación de la especie. Cualquier institución o ley que gire en torno al matrimonio, debe ir de acuerdo con sus fines y complementarlos o de lo contrario será ilícita. Los que contraen matrimonio, lo hacen con la libre concurrencia de sus voluntades, a una institución prefijada en sus formas por la ley y en su naturaleza misma por la ley natural; las voluntades concurrentes no pueden por lo mismo cambiar por libre voluntad la naturaleza del matrimonio. Por lo mismo si la naturaleza del matrimonio es tenet hijo, todo aquello que lo ataque será ilícito. El que contrae matrimonio por libre voluntad, ya no puede por libre voluntad desentenderse de los hijos que ha traído al mundo y que por lo mismo está obligado a educar; la única forma posible de educarlos correctamente es dentro del matrimonio, de lo que se desprende que el matrimonio es indisoluble; se podría plantear que el matrimonio no fuera indisoluble por derecho natural entre quienes no hubieran nacido tener hijos, sin embargo no sucede así, puesto que si se casaron con la intención de tenerlos, aceptaron desde un inicio por libre voluntad la plenitud de la institución.

De lo expuesto se deduce la necesidad de que el matrimonio sea indisoluble, pues el no serlo y permitir que la familia se desmorone, puede ocasionar el desmoronamiento de la sociedad misma.

El estado tiene la obligación derivada del derecho natural de sostener la indisolubilidad del matrimonio.

b) La fidelidad.- Es en la fidelidad donde se logra y se prueba el amor hacia el otro cónyuge y los hijos. Es necesario que ambos cónyuges se consagren a su familia y si por la infidelidad no lo hacen, la familia resulta gravemente perjudicada.

Además, la lealtad y el amor de un cónyuge hacia el otro, se mues-

tran en la fidelidad.

c) La prole.- El matrimonio se contrae entre los cónyuges con el fin primordial de tener hijos. Este fin se da porque la unión de los sexos existe en la naturaleza fundamentalmente para la procreación de la especie.

Nuestro Código Civil en su artículo 147 dice: "Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta."

Es en los hijos donde los padres se realizan, por los que hacen -- grandes sacrificios en todos los órdenes y en los que se ve premiado su esfuerzo. Cualquier matrimonio en el que se pone una condición contra la perpetuación de la especie, de acuerdo con el Código de Derecho Canónico, es inválido; así este Código en su Canon 1092 indica: "La condición una vez - puesta y no revocada.

2o. Si se refiere a un hecho futuro contra la sustancia del matrimonio, la condición lo hace inválido."

3) EL MATRIMONIO CANONICO Y SU INDISOLUBILIDAD

Para la Iglesia Católica el matrimonio es un sacramento. Sacramento es: "Un signo sensible instituido por Cristo para darnos la gracia." (21)

El sacramento del matrimonio se define como: "El matrimonio es un sacramento instituido por Cristo para santificar la unión del hombre y la mujer; y darles las gracias necesarias para ayudarse mutuamente y educar cristianamente a los hijos." (22)

De lo anterior se concluye que para los que profesan la religión católica, deben al casarse recibir el sacramento del matrimonio.

Así J. Rafael Paría prosigue: "En consecuencia, entre los bautizados no puede haber contrato matrimonial válido y verdadero que no sea sacramento; en otras palabras el contrato no se puede separar del sacramento." (23)

El Código de Derecho Canónico establece en su canon 1012: "Cristo-Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados.

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

Y el mismo Código en el canon 1013 establece: "La procreación y educación de la prole es el fin primario del matrimonio, la ayuda mutua y el remedio de la concupisencia es su fin secundario.

La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales en el matrimonio cristiano obtienen una firmeza peculiar por razón del sacramento."

(21) J. Rafael Paría- Curso Superior de Religión- Librería Voluntad- Novena Edición- Página 367.

(22) Opus citada- Página 438

(23) Opus citada- Página 438

La Iglesia Católica encuentra los siguientes elementos dentro del sacramento del matrimonio:

La materia: Es la entrega mutua que de sí hacen los cónyuges, expresada exteriormente.

La forma: las palabras con que la expresan.

El ministro: son los mismos cónyuges que mutuamente se confieren y reciben el sacramento mediante el consentimiento.

En relación con los ministros, J. Rafael Paría nos dice: "El ministro son los mismos contrayentes, porque siendo el contrato el que fue elevado a sacramento, es claro que quienes perfeccionan el contrato, perfeccionan también el sacramento.

El sacerdote viene a ser un testigo oficial nombrado por la Iglesia para presenciar el acto y bendecir a los cónyuges; siendo su presencia necesaria para la validez del matrimonio." (24)

El sujeto: es todo bautizado que no esté ligado por algún impedimento divino o eclesiástico.

En el Derecho Canónico las condiciones para la validez del matrimonio son:

a) Consentimiento matrimonial (es lo esencial del matrimonio).

Los vicios que se oponen al consentimiento son la ignorancia absoluta, el error sobre la persona y el miedo o la violencia grave.

b) Forma debida: la presencia del párroco y dos testigos.

c) Ausencia de todo impedimento

Los impedimentos para el matrimonio sólo los puede poner la Iglesia, siendo derecho exclusivo del Papa, por ser el matrimonio un sacramento.

El poder civil puede respecto al matrimonio de los que profesan la religión católica:

- a) Reglamentar lo efectos civiles del matrimonio (administración de bienes, herencias, alimentos).
- b) Sancionar con penas los delitos cometidos contra él.

Las propiedades del sacramento del matrimonio son:

- a) La unidad: por la que se unen un solo hombre con una sola mujer.
- b) La indisolubilidad: por la que el vínculo matrimonial sólo se rompe con la muerte de uno de los cónyuges.

Sobre las dos propiedades arriba mencionadas, Cristo nos dice en el Evangelio: "Y se acercaron unos fariseos con ánimo de tentarle, si es lícito al marido repudiar a la mujer. Pero él les respondió: ¿Qué os mandó Moisés? Y ellos dijeron: Moisés mandó escribir el libelo del repudio y despedirla. Jesús les dijo entonces: Por la dureza de vuestro corazón os escribió Moisés ese precepto. Pero al principio de la creación, varón y hembra los hizo Dios. Por esto, dejará el hombre a su padre y a su madre, y serán los dos una sola carne; de modo que ya no son dos, sino una sola carne. Así pues, lo que Dios juntó, no lo separe el hombre. Y en casa, de nuevo los discípulos le preguntaban acerca de esto. Y les dice: Quien repudia re a su mujer y se casare con otra, comete adulterio contra aquella; y si la mujer repudiare a su marido, y se casare con otro, adultera." (25)

Los fines del sacramento del matrimonio son:

- a) El primero y principal: la procreación y educación cristiana de los hijos.
- b) El segundo fin es bendecir y fomentar el amor entre los esposos.
- c) El remedio de la concupisencia.

El Papa Pío XI en su encíclica *Cæsti Conubi*, nos dice sobre el sacramento del matrimonio: "Y para comenzar por esta misma encíclica, dedicada casi por entero a reivindicar la institución divina del matrimonio y su dignidad sacramental y perpetua firmeza, quede asentado, en primer lugar, este inamovible e inviolable fundamento: el matrimonio no ha sido instituido ni restaurado por obra humana, sino divina; que ha sido protegido con leyes; confirmado y elevado no por los hombres, sino por el propio Dios, autor de la naturaleza, y por el restaurador de esa misma naturaleza, Cristo Nuestro Señor; leyes que, por consiguiente, no pueden estar sujetas a ningún arbitrio de los hombres, a ningún pacto en contrario ni siquiera de los propio contrayentes. Esta es la doctrina de la Sagrada Escritura, ésta es la tradición constante y universal de la Iglesia, ésta la definición solemne del sagrado concilio Tridentino, que declara y confirma, con las mismas palabras de la Sagrada Escritura, que el vínculo perpetuo e indisoluble del matrimonio, su unidad y su firmeza, dimanar de Dios, su autor.

Y a pesar, sin embargo, de que el matrimonio en su naturaleza ha sido instituido por Dios, la voluntad humana tiene también en él su parte, y nobilísima por cierto; pues todo matrimonio singular, en cuanto unión conyugal entre un determinado hombre y una determinada mujer, nace exclusivamente del consentimiento de ambos esposos; el cual acto libre con que ambas partes conceden y aceptan el derecho propio del matrimonio, es tan necesario, que no hay poder humano capaz de suplirlo. Mas esta libertad se extiende en los contrayentes sólo al consentimiento o no consentimiento en contraer de hecho matrimonio y con una determinada persona; la naturaleza del matrimonio, en cambio, no está sometida a la libertad del hombre, de modo que, si alguno llegara una vez a contraer matrimonio, queda sujeto a las leyes divinas y esenciales propiedad del mismo. El Doctor Angélico dice, en efecto, tratando sobre la fidelidad y la prole: "Estas nacen en el-

matrimonio en virtud del mismo pacto conyugal, de modo que, si en el consentimiento, que causa el matrimonio, se expresara algo contrario a ellas, no habría verdadero matrimonio." (25)

(25) Papa Pío XI- Encíclica Casti Conubii- Números 5 y 6.

4) EL MATRIMONIO CIVIL

Al ser regulado desde la antigüedad, el matrimonio se ha convertido en una de las instituciones jurídicas de más tradición en la humanidad.

Como antes vimos, para la Iglesia Católica no existe verdadero matrimonio entre católicos, si no se administran los cónyuges el sacramento del matrimonio. La Cultura Cristiana en Occidente implantó el matrimonio religioso, hasta que con la Revolución Protestante hizo su aparición el matrimonio civil.

El matrimonio civil no es sino el control que hace el Estado, por medio del derecho positivo, de la institución del matrimonio.

Para la Iglesia Católica no es válido entre católicos el matrimonio civil, porque éste no se puede separar del sacramento. Siendo para los católicos el matrimonio un sacramento, no tiene competencia sobre él el poder civil. Lo que puede hacer el poder civil para regular los efectos civiles del mismo, como antes lo explicamos, es levantar un acta.

La Iglesia Católica considera a los católicos que solamente se casan bajo el matrimonio civil, un verdadero concubinato y por lo tanto para ella viven en pecado grave, no pueden recibir los sacramentos, sus hijos no son legítimos y se les niega sepultura eclesiástica si mueren en tal estado.

A todo esto los civilistas contestan que el matrimonio debe ser regulado por el poder civil y no por la Iglesia; que la Iglesia si quiere administre el sacramento, pero que la institución completa debe ser regulada por el poder público y para él sólo el matrimonio civil es el valedero.

Esta corriente comenzó con la desacralización reinante en la Revolución Protestante, siendo sostenida, según el maestro Rafael Rojas Villegas, por Martín Lutero, al decir éste que: "El matrimonio es una cosa ex--

terna, mundana, como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular..." (26)

Este pretendido reformador parece ignorar las palabras de Cristo en el Evangelio sobre el matrimonio como institución divina (Mateo. Cap. -- XIX, versículo 6).

El maestro Rafael Rojina Villegas prosigue: "De la Iglesia Anglicana. En Francia durante el Siglo XVI se difundió una teoría teológico-jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato del sacramento: la regulación del contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es su puesto para recibir el sacramento del matrimonio.- Del derecho natural. Los teóricos del derecho natural de los Siglos XVII y XVIII niegan, igual que Lutero, la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del Galicanismo la -- concepción del matrimonio como un *contractus civilis*." (27)

Esta corriente demoledora de todo lo cristiano, desemboca en la Revolución Francesa y pasa del campo de las ideas al campo de los hechos con mucha más crudeza que en la Revolución Protestante. Así todas las legislaciones de corte liberal inspiradas en dicha Revolución, entre sus múltiples ataques a la Iglesia Católica, invariablemente prescriben el matrimonio como institución de competencia exclusiva del Estado. Esto, inclusive en pueblos católicos casi en su totalidad, como el nuestro, en el que contra su manera de ser y de pensar, se crea una constitución jacobina y anti católica.

Así hablando en materia de matrimonio, la Constitución Mexicana de 1917 en su artículo 130 establece: "Corresponde a los Poderes Federales ejercer en materia de culto religioso y disciplina externa la intervención-

(26) Rafael Rojina Villegas- Compendio de Derecho Civil.T.I-4a. Ed.-Pag.279

(27) Opus citada- Página 280

que designen las leyes. Las demás autoridades obrarán como auxiliares de la Federación.

El congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo cualquier religión.

El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan."

Quede claro que el sustentante está conforme, como debe estarlo todo católico, en la separación de la Iglesia y del Estado, por ser ambas -- instituciones perfectas en sí mismas. Pero una cosa es separación y otra -- es intromisión, como claramente se deduce del artículo constitucional anteriormente citado, al decir: "...Corresponde a los Poderes Federales ejercer en materia de culto religioso...la intervención que designen las leyes."

Al respecto añade el maestro Rafael Rojas Villegas:

"Aún cuando es indiscutible que nuestros textos legales desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y -- disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica -- del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para este acto."

El artículo 130 de la Constitución da competencia exclusiva sobre el matrimonio al poder civil, sin dar razones ni argumentos. Fundamentándolo tan solo en el sistema jurídico-positivista "por que la ley lo dice". Sin reparar que una ley en lo que a todos los ciudadanos atañe, a ellos se debe plegar, siempre y cuando no afecte la ley moral natural. El tan decantado principio de la Revolución Francesa, de que "la soberanía radica en el pueblo" y que nuestra Constitución consagra en su artículo 39, cae por los suelos ante estos argumentos positivistas.

No se quiere decir con lo anterior, que no pueda el Estado imponer una legislación civil para reglamentar la institución del matrimonio de los no católicos, siempre y cuando sus creencias se los permitan.

El Estado respecto a los católicos, les puede imponer firmar un acta junto con su matrimonio religioso, para regular los efectos meramente civiles del mismo.

El hecho de que la Iglesia Católica en México, pida a los católicos que antes de que se administren el sacramento del matrimonio, se presenten ante el poder civil para firmar el acta que el Estado impone, no es sino para proteger los efectos meramente civiles del mismo y no porque en alguna forma se pueda entender como un reconocimiento tácito al matrimonio civil.

No obstante, vamos a estudiar el matrimonio civil en su naturaleza jurídica, ya que el matrimonio religioso cuando es aceptado por el Estado, tiene también efectos jurídicos y por lo tanto, también naturaleza jurídica, además del matrimonio civil, que es en sí mismo de naturaleza jurídica.

Al respecto el maestro Rafael de Pina dice:

"El matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil. Desde el punto de vista de la Iglesia Católica, es un sacramento; de acuerdo con una concepción civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que, en términos generales, puede definirse como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas del mismo sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes. La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer." (29)

Existen muy diferentes opiniones de los diversos juristas sobre el matrimonio y su naturaleza jurídica. A continuación estudiaremos las principales, emitidas por los maestros Rafael Rojina Villegas, Rafael de Pina y Raúl Ortiz Urquidí.

1.- El matrimonio civil como institución.- Para el maestro Rafael-Rojina Villegas, una institución jurídica es: "Un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad..." para Hauriou "...una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social." (30)

El maestro Rafael de Pina cita diferentes autores al respecto, como D'Aguzzo de Italia, Sánchez Román de España y Bonnacase de Francia.

2.- El matrimonio como acto jurídico condición.- Leon Duguit, cita por el maestro Rafael Rojina Villegas, dice: "El acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a todo un conjunto de individuos, para crear si-

(29) Rafael de Pina- Derecho Civil Mexicano Vol. I 5a. Ed. Pag. 316. Ed. Porrúa

(30) Opus citada- Página 28

tuaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua... (agregando el maestro Rafael Bojina Villegas)... por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes." (31)

3.- El matrimonio como acto jurídico mixto.- Hay autores que consideran al matrimonio como un acto jurídico mixto. Para ellos en el derecho existen tres tipos de actos: a) Acto jurídico privado: Acto realizado entre particulares con efectos jurídicos, b) actos jurídicos públicos: actos jurídicos estatales, c) acto jurídico mixto: es cuando al mismo acto jurídico concurren los particulares y el Estado como tal. En esta última clasificación se trata de encuadrar, por sus características, al matrimonio.

4.- El matrimonio como contrato ordinario.- Esta tesis es la que en tiempos pasados ha tenido más auge, pero entre los juristas actuales ha decaído notablemente por las razones que a continuación daremos.

Ripert y Planiol la defienden; Boennecase la ataca, aduciendo sus diferencias con un contrato ordinario: no se puede alterar fuera de la forma que le da la ley y no se puede disolver por mutuo consentimiento.

El maestro Rafael de Pina, dice:

"a) El matrimonio como contrato.- La concepción del matrimonio-contrato, frente a la de matrimonio-sacramento aparece tan pronto como el Estado se siente fuerte ante la Iglesia, y celoso de su soberanía e independencia. Sin embargo, la concepción del matrimonio como contrato no responde ni a la verdadera naturaleza ni a la verdadera finalidad auténtica de esta institución y, por lo tanto, no puede contribuir a explicarla satisfactoriamente." (31) Opus citada- Página 29

factoriamente. Es una fórmula fallida como justificación de una actitud política... El matrimonio desde el punto de vista puramente civil se define como un contrato solemne, en virtud del cual un varón y una mujer se unen válidamente para el mutuo auxilio, la procreación y educación de la prole, de acuerdo con las leyes. Esta clasificación, no obstante su valor legal, ha sido seriamente objetada." (32)

Diego Clemente, citado por el maestro Rafael de Pina, objeta la clasificación del matrimonio como contrato, por no reunir los elementos del mismo. Dice que todo contrato debe tener objeto, causa y conocimiento. Y que no puede ser el objeto de un contrato la entrega de una persona y por causa el amor, como sucede en el matrimonio.

Para el maestro Rafael Rojina Villegas, el matrimonio no es un contrato: "Por nuestra parte, creemos que debe desecharse totalmente la tesis contractual del matrimonio, pues además de las razones expuestas por Bonnet case, debe reconocerse que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participan en forma constitutiva del mismo, el Oficial del Registro Civil. por otra parte en nuestro derecho se caracteriza también como acto solemne, de tal manera que requiere para su existencia que se levante el acta de matrimonio en el libro correspondiente con el conjunto de formalidades que después estudiaremos. En este aspecto se vuelve a comprobar la intervención activa del citado Oficial del Registro Civil, que no sólo declara unidos en matrimonio a los contrayentes, sino que tiene que redactar y levantar un acta cumpliendo estrictas solemnidades a en su constitución. Los mismos autores que han admitido la existencia del matrimonio como contrato, no han podido negar la característica que tiene como acto jurídico mixto y el papel esencial que juega el Oficial del Registro Civil." (33)

(32) Opus citada- Página 317

(33) Opus citada- Páginas 284 y 285

El Derecho Canónico al mismo tiempo que entiende al matrimonio como sacramento, lo entiende como contrato, según se desprende del canon -- 1012:

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

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

También lo define como contrato la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, en su artículo 13: "El matrimonio es un contrato civil entre un -- solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

Por su parte el Doctor Raúl Ortiz Urquidí nos dice: "36.- Argumentación final sobre el particular.- En consecuencia e independientemente de si una de las razones que tuvo el constituyente mexicano para decir que el matrimonio es un contrato civil, fué negarle a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica de aquél, siendo lo cierto que de acuerdo con el texto expreso del incoado artículo 130 constitucional el matrimonio es precisamente eso, un contrato civil, es concluyente que no especificando dicho texto que el matrimonio sea necesariamente un contrato solemne, sino solamente que sea un contrato civil a secas." (34)

La razón de que el matrimonio civil no sea contrato y el canónico sí, según el maestro José López Noriega, opinión que compartimos, es la siguiente: los contratos civiles no pueden tener por objeto algo estrictamente personal, sino sólo un objeto que lleve implícitos efectos patrimoniales; en cambio, el derecho canónico puede abarcar lo meramente personal.

5.- El matrimonio como contrato adhesión.- El Doctor Raúl Ortiz Ur

(34) Dr. Raúl Ortiz Urquidí-Matrimonio por Comportamiento, 1955-Página 69.

quidi dice al respecto: "28- El matrimonio como contrato adhesión.- Este - punto de vista desde luego que no es sino una modalidad del anterior, o sea del relativo a la tesis contractual.

Se dice que el matrimonio participa de las características generales de los contratos adhesión, porque los consortes no son libres para establecer derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley, de igual manera que acontece en los contratos comunes y corrientes de aquél tipo, ya que en ellos una de las partes no hace sino aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos del mismo o bien aceptar "las cláusulas o elementos impuestos por el Estado, tal como ocurre, por ejemplo, en el contrato de transportes o en el de suministro de energía eléctrica." (35)

6.- El matrimonio como estado jurídico.- Es un estado de derecho que regula la vida de los cónyuges como resultado del acto jurídico mixto.

7.- El matrimonio como acto de poder estatal.- Esta Tesis es sostenida por el jurista italiano Antonio Cicu, en su tratado "El Derecho de Familia". Para él, lo que le da la verdadera validez al matrimonio civil es la asistencia del funcionario público oficial.

8.- El matrimonio como acto unión.- Al respecto el Doctor Raúl Ortiz Urquidí dice: "El citado profesor (Praga) inicia su estudio refiriéndose en primer término a la conocida clasificación de actos unilaterales y plurilaterales, para en seguida dividir éstos, los plurilaterales, en contractuales, o sean aquellos en los que tanto el objeto como la finalidad -perseguida por cada contratante es diferente; en colectivos o complejos o actos de colaboración como también los llama, o sean aquellos en los que las voluntades que concurren a la formación del acto tienen el mismo obje-

to y la misma finalidad, por ejemplo, la formación de una ley; y en actos-
 unión, que son los que para los efectos de este estudio particularmente nos
 interesan-obra citada páginas 36 y 37- y acerca de los que, para mayor fi-
 delidad en la cita, transcribiremos literalmente sus palabras: "Puede pre-
 sentarse- dice- un tercer caso en que, concurriendo varias voluntades, ten-
 gan el mismo objeto, lo cual asemejaría el acto a un acto colectivo; pero-
 que tiene cada uno de ellos, finalidades diferentes, lo cual sería motivo-
 para asemejarlos al contrato." (36)

9.- El matrimonio como convención en sentido técnico.- Pugliatti,
 citado por el Doctor Radl Ortiz Urquidí nos dice: "Dada la identidad de es-
 tructura, la distinción entre estas dos categorías de negocios bilaterales
 debe ser hecha en relación al contenido: los contratos tienen un sentido -
 patrimonial y pertenecen de preferencia al campo obligatorio; las conven-
 ciones en sentido técnico, están más bien dirigidas a crear un status, una
 situación jurídica estable: son ejemplos, el matrimonio..." (37)

De la noción de estado jurídico se deriva la de estado civil. El -
 maestro Rafael Rojas Villegas dice: "Generalmente se considera en la doc-
 trina que el estado (civil o político) de una persona consiste en la situa-
 ción jurídica concreta que guarda en la relación con la familia, el Estado
 o la nación. En el primer caso, lleva el nombre de estado civil o de fami-
 lia y se descompone en las distintas calidades de hijo, padre, esposo o pa-
 riente por consanguinidad, por afinidad o por adopción." (38)

Todos los autores coinciden que el matrimonio, es un acto jurídi-
 co, porque tiene efectos jurídicos y como tal, tiene elementos esenciales-

(36) Opus citada-Páginas 60 y 61

(37) Opus citada-Página 62

(38) Opus citada- Página 169

y elementos de validez.

Los elementos esenciales cuando faltan en un acto jurídico, hacen que éste sea inexistente; mientras que la falta de cualquiera de los elementos de validez en un acto jurídico, hacen que éste esté atacado de nulidad.

Los elementos esenciales de todo acto jurídico son: 1) La voluntad 2) El objeto 3) La solemnidad (cuando la ley la requiera) 4) La norma de derecho que sanciona la voluntad del autor del acto.

Los elementos de validez del acto jurídico son: 1) La capacidad -- 2) La ausencia de vicios de la voluntad 3) La licitud 4) La forma (Cuando la ley la requiera).

La teoría de los elementos del acto jurídico que hemos venido exponiendo, es aplicable en la teoría tripartita francesa de las nulidades.

Para esta teoría, la falta de los elementos del acto jurídico, podía provocar los siguientes actos: 1) Inexistentes: que son los que carecen de uno o más elementos esenciales antes citados; 2) Los actos atacados de nulidad absoluta: son los actos ilícitos (en nuestra legislación sólo algunos casos, antes con la teoría de Bonnetcase siempre); 3) Los actos atacados de nulidad relativa: cuando falta cualquiera de los elementos de validez (En nuestra legislación sólo a veces. Antes con la teoría de Bonnetcase la ilicitud siempre causaba nulidad absoluta).

Esta teoría tripartita se creó en Francia porque durante un tiempo la nulidad absoluta tenía que ser declarada judicialmente y así los actos inexistentes no necesitaban tal declaración. Posteriormente desapareció esto en Francia y se creó la teoría bipartita, que habla de nulidades absolutas y nulidades relativas:

1) Nulidad absoluta: cuando falta cualquiera de los elementos que-

antes llamamos esenciales o la licitud.

2) Nulidad relativa: cuando falta cualquiera de los elementos que antes llamamos de validez, menos la licitud.

Nosotros copiamos en nuestra legislación la teoría tripartita francesa con todo y que nunca hemos necesitado declaración judicial para la existencia de la nulidad absoluta.

Las características de ambas nulidades son las siguientes: 1) Nulidad absoluta: es imprescriptible, es inconvalecible y puede ser reclamada por cualquiera.

2) La nulidad relativa: es prescriptible, convaldeable y sólo puede ser reclamada por el interesado.

La nulidad absoluta sólo produce efectos en algunos casos.

La nulidad relativa siempre produce efectos hasta que es declarada.

Los elementos esenciales del matrimonio como acto jurídico son:

- 1) La voluntad de los contrayentes.
- 2) Objeto: La unión de los sexos para la procreación de la especie.
- 3) La norma de derecho que sanciona el acto jurídico.
- 4) La solemnidad (Cuando la ley la prescribe). En nuestro Código -

Civil del D. y T. F. artículo 102 parcialmente y 103 parcialmente.

Los elementos de validez del matrimonio como acto jurídico son:

1) La capacidad: que es de goce y de ejercicio (Artículos 156 fracción I, II, VIII y IX, 148, 646, 647, 149, 150, 151 y 235 fracción II del Código Civil del D. y T. F.

a) La capacidad de goce: se refiere a la aptitud que se tiene para casarse (edad requerida).

b) La capacidad de ejercicio: es la capacidad para poder disponer libremente de la propia persona y de los bienes propios.

2) La ausencia de vicios de la voluntad.- Los vicios de la voluntad pueden ser:

a) El error: que puede ser sobre la persona del otro contrayente y el dolo que no es sino una forma de inducir a error.

b) La violencia: cuando la voluntad de uno de los cónyuges es arrancada por este medio (Artículos 156 fracción VII en relación con el artículo 235 fracción I y 245 en sus tres fracciones del Código Civil del D. y T. P.).

3) La ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto.- La ilicitud para contraer matrimonio, se da en todos los casos de incesto, y algunos otros que nuestro Código Civil enumera, como en el caso del adulto cometido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, la bigamia, la poligamia y el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que quede libre (Artículo 156 fracciones III, IV, V, VI y - X del Código Civil del D. y T. P.).

4) La forma.- Consiste en todos los requisitos que piden las leyes para celebrar el acto en su forma (Artículos 102 parcialmente y 103 parcialmente del Código Civil del D. y T. P.).

A propósito del matrimonio como institución de competencia exclusiva del Estado, tenemos el siguiente comentario del maestro Agustín Verdugo: "Ya lo hemos dicho, el fin único que el Estado puede proponerse en la materia que nos ocupa, está conseguido con sólo establecer un sistema cualquiera de inscripciones, pues por tal medio se logra conocer el estado civil de los habitantes. Ninguna necesidad, en consecuencia, ha habido de eliminar a Dios del acto del matrimonio, el cual tiene que ser más fructífero para la sociedad, que se forma de las familias reunidas, cuanto mejor cumplidas sean las obligaciones que él impone, cuanto más vigoroso sea el-

esfuerzo que los cónyuges hacen para domar sus propensiones al desorden, cuanto más amada sea la esposa y más respetado el esposo, todo lo cual es resultado de que Dios mismo se digne presidir a la unión conyugal." Si se considera, dice el ilustre Bossuet, que Jesucristo ha dado una nueva forma al matrimonio, reduciendo su santa sociedad a dos personas inmutable e indisolublemente unidas, y que esta inseparable unión es el signo de su eterna unión con la Iglesia, no hay dificultad en comprender que el matrimonio de los fieles es asistido por el Espíritu Santo y acompañado de la gracia, alabándose entonces la bondad divina que se ha dignado consagrar de tal manera la fuente de nuestro nacimiento." (39)

(39) Opus citada- Página 23.

CAPITULO IV**NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO**

- 1) NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO
- 2) ARGUMENTACION FUNDAMENTAL EN PRO DEL DIVORCIO
- 3) ARGUMENTACION FUNDAMENTAL EN CONTRA DEL DIVORCIO
- 4) LA SEPARACION DE CUERPOS COMO UNICA SOLUCION LICITA

1) NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO

Una vez que hemos hablado de la institución del matrimonio, premisa fundamental sin la cual no es posible hablar del divorcio, institución que hemos analizado en sus características principales nos referiremos al divorcio.

Para los efectos de este capítulo, denominaremos divorcio a lo que los tratadistas llaman divorcio vincular y a lo que llaman divorcio no vincular, lo designaremos como régimen de separación de cuerpos.

Tomando en cuenta al hacer el análisis del divorcio, que como toda institución jurídica, está íntimamente ligado con la ética y con el derecho natural. Aristóteles nos dice al respecto: "Para decirlo, pues en pocas palabras, diré que la ética no parece ser más que una parte de la sociología y la política. Porque, en el plano de las relaciones sociales o políticas entre los hombres, no se puede hacer nada sin que haya en el hombre un carácter o cualidad moral. Es decir, se debe ser hombre de mérito moral. Y mérito moral significa estar en posesión de las virtudes. Es, por consiguiente, necesario que, quien quiera alcanzar o conseguir algo en el orden de la política o la sociología, sea él personalmente hombre de buenas costumbres.

Vemos, pues, con ello, que la ciencia o tratado de las costumbres es una parte y un principio de toda la ciencia sociológica, hasta el punto de que a mí me parece que este tratado o discusión de las costumbres no debería de llamarse ética, sino más bien sociología o política." (40)

Por medio del divorcio es posible disolver el vínculo del matrimonio civil existente entre los dos cónyuges.

Hemos comentado ampliamente la institución del matrimonio, anali-

(40) Aristóteles-Gran Ética/ Ed. Aguilar- Páginas 27 y 28.

zándolo en sus características fundamentales, una de las cuales es precisamente la indisolubilidad. Si el matrimonio es disoluble, entonces surge la posibilidad de deshacerlo y la institución "ad hoc" es el divorcio. Si el matrimonio es indisoluble, el divorcio no tiene razón de ser y es algo ilícito. El Estado está obligado a sostener lo que deba ser o de lo contrario sostendrá algo ilícito.

Lo que nunca se ha puesto a libre disposición de los particulares, es si el divorcio es lícito o ilícito; el Estado ha sostenido una u otra cosa en sus leyes y lo ha sostenido por la convicción de que debe ser en una u otra forma. El divorcio, pues, surge de hecho como creación legislativa, aunque dimanando de corrientes ideológicas en su mayor parte de origen anticatólico. Se impone mediante una legislación y así entra a la vida jurídica, sin explicaciones profundas, las más de las veces, de la razón de ser del mismo y de las causas que originan su validez. Es curioso, de acuerdo con lo que analizaremos más adelante, que la mayor parte de las razones aducidas no resisten un análisis crítico profundo del porqué del divorcio. En lo que todos coinciden es en que el divorcio es un acto jurídico mediante el cual se puede disolver el vínculo del matrimonio existente entre dos cónyuges. Es la única institución capaz de separar a los cónyuges y darles libertad para contraer un nuevo matrimonio. Es conveniente aclarar que no estamos diciendo que el divorcio sea para hacer inexistente o nulo el matrimonio; en el capítulo anterior, quedó aclarado que la inexistencia y la nulidad son vicios del acto jurídico al realizarse, mientras que el divorcio habla de un matrimonio perfectamente realizado en cuanto a acto jurídico, pero merced a éste se puede deshacer aquél y poner en estado de libertad para contraer nuevamente matrimonio a ambos cónyuges, mientras que si el matrimonio estuviera atacado de inexistencia o de nulidad -

serían otras las vías a seguir, mas no el divorcio.

El artículo 266 de nuestro Código Civil vigente del D. y T. P., di
ce: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges-
en aptitud de contraer otro."

2) ARGUMENTACION FUNDAMENTAL EN PRO DEL DIVORCIO

Los argumentos principales en pro del divorcio son de naturaleza:

- a) legal
- b) Contractual
- c) Sociológica y
- d) De aceptación del divorcio sólo como excepción.
- a) Argumentos de naturaleza legal en pro del divorcio.

Están basados en la corriente positivista, que pretende que el divorcio sea valedero porque la ley lo dice, aunque sus seguidores no lo afirmen expresamente; de hecho ese es en parte el argumento que predomina en las leyes de inspiración positivista que imponen el divorcio, como son las leyes que rigen en México.

Para este tipo de leyes las instituciones valen porque así lo mandan, no conforme a una escala valorativa de la naturaleza humana.

El máximo exponente de esta línea, es sin duda alguna Hans Kelsen, quien trata de separar la moral, el derecho natural y el derecho mediante su "teoría pura del derecho". Para él las normas jurídicas toman su validez al ser puestas por la legítima autoridad, sin ver si se contraponen o no a las normas morales. Para él, el acto lícito es el que se adecúa a la norma jurídica y el ilícito es el que se le contraponen, llamando a esto -- "La imputación". Así nos dice: "Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito." (41)

Más adelante nos dice: "Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral posi--

(41) Kelsen Hans-Teoría Pura del Derecho- EUDEBA- 1970-Página 18.

va. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado." (42)

Posteriormente nos describe a la imputación de la siguiente manera: "La imputación vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas." (43)

Finalmente habla del derecho al separarle de la moral y de la ley, de la siguiente manera: "La naturaleza es, pues, lo que es; el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo positivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad." (44)

Nuestro Código Civil del D. y F. F. en su artículo 266 sobre el divorcio y en su artículo 267 en sus XVII fracciones, se dan las causales del divorcio, pero en ninguna parte se dan las causales valorativas para que exista una institución como el divorcio.

(42) Opus citada- Página 18 y 19

(43) Opus citada- Página 20

(44) Opus citada- Página 104

En todas las leyes anteriores a la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que hablaban del matrimonio, se le menciona como de naturaleza indisoluble, mientras que en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 se le menciona como de naturaleza disoluble, sin dar ningún argumento de fondo para ello, entendiéndose entonces que lo es así, al menos implícitamente, porque la ley lo dice, y en la misma ley se consigna por primera vez en México la institución del divorcio.

b) Argumentos de naturaleza contractual en pro del divorcio.

Vimos antes como las corrientes jurídicas modernas no aceptan norregla general respecto del matrimonio, el que se le considere como un contrato.

Sin embargo, para efectos de la validez del divorcio, hay quienes pretenden que como el matrimonio ha sido celebrado por libre y mutua voluntad, así por libre y mutua voluntad sea disuelto.

Se dice que los dos cónyuges, con la libre concurrencia de sus voluntades, comparecieron ante la legítima autoridad para contraer matrimonio y que así como en los contratos lo que por libre y mutua libertad se pacta, por libre y mutua libertad se puede rescindir, aunque la mayoría de los tratadistas del derecho civil no aceptan la similitud del matrimonio con la de un contrato, haciendo notar, como vimos en el capítulo anterior, que una de las principales diferencias con un contrato es que se tiene libre voluntad para contraer matrimonio, pero los efectos del mismo no quedan al arbitrio de los contrayentes sino que están ya prefijados por la ley. Las conclusiones a las que se puede llegar por este camino, las mencionaremos en el inciso siguiente, siendo uno de los argumentos principales a favor de la indisolubilidad del matrimonio y en contra del divorcio.

BIBLIOTECA CENTRAL
U. N. M. M.

c) Argumentos de naturaleza sociológica en rpo del divorcio.

Los argumentos que se esgrimen a favor del divorcio en este campo son los que se mencionan predominantemente como causales de divorcio en nuestro Código Civil. Los tiene también el vulgo y se conocen en general como argumentos casuísticos. Son argumentos en su mayor parte pobres, porque prescindien de la naturaleza del matrimonio para afirmar que por esas causas se puede disolver.

No toman en cuenta que para atacar algo en su naturaleza misma, es necesario analizarlo y conforme a las leyes que de su misma naturaleza se desprenden, se habrá de regir. Los argumentos principales en este campo son por ejemplo: las injurias, el abandono de hogar, la incompatibilidad de caracteres, el adulterio, las enfermedades venéreas padecidas por uno de los cónyuges, la locura, la sevicia, la embriaguez habitual, la impotencia adquirida después del matrimonio, etc.

Los que sostienen estos argumentos, tratan de resaltar la imposibilidad de que los cónyuges sigan cohabitando, pero al tener como solución el divorcio, provocan no sólo la separación de los cónyuges que ya no pueden ni deben cohabitar, sino que dan la posibilidad a los mismos de volver a contraer nuevas nupcias, cayendo en algo que es fuera de la esfera de lo que constituye estrictamente la solución al problema mencionado, alterando la naturaleza misma de la institución del matrimonio.

Esgrimiendo este tipo de argumentos tenemos a Artur Piérard, quien nos dice: "Reserva hecha de las medidas de garantía exigidas por el interés social, sería inicuo y contrario a toda justicia mantener en los lazos del matrimonio a un esposo cuyo cónyuge podría ser libertado de sus derechos y obligaciones matrimoniales. El voto de perpetuidad que se debe suponer en el ánimo de los esposos cuando contraen matrimonio, no puede ser aislado de los deberes de amor, de respeto y de felicidad que tienen el de

recho de exigirse el uno al otro.

Es en este sentido que es necesario entender el principio de la -- perpetuidad del matrimonio y es bajo estas condiciones que se puede conclu ir la perpetuidad en la indisolubilidad del matrimonio." (45)

Y más adelante continúa: "¿Donde está el interés de la sociedad en exigir el mantenimiento de una unión, cuando el amor que debe existir entre los esposos ha hecho lugar al odio, cuando la vida de la mujer está -- amenazada por el marido que le debe protección, cuando el marido se encuen tra enfrente de la sublevación y de la afrenta de la mujer que le debe obe diencia, cuando la fidelidad conyugal es reemplazada por el adulterio? ¿Es posible decir que, en este estado de cosas, el matrimonio sea aún un víncu lo del cual la indisolubilidad es deseable y justificable desde el punto - de vista social?

Cuando semejante situación es creada entre los esposos, el interés social exige, por el contrario, que se ponga un término, a fin de hacer ce sar la vergüenza y el escándalo." (46)

G. Baudry-Lacantinerie, prosigue con el mismo tipo de argumentos - en pro del divorcio, prescindiendo de la naturaleza misma del matrimonio y cimentando en la casuística la validez del divorcio: "A menudo las espe-- ranzas de los esposos son cruelmente engañadas. Esta unión, en cuya felici dad ellos soñaban, se convierte algunas veces para ellos en la fuente de - horrorosos tormentos. ;El esposo ha traicionado la fe prometida; O bien el marido se entrega junto con la persona de la mujer en continuos y excesi-- vos riezos que ponen en peligro su vida. La vida en común se vuelve into lerable; su continuación no podría ser encarada más que como una continua

(45) Piérard Arthur-Divorce et Séparation de corps-T. I, 1927- Páginas 11 y 12

(46) Opus citada- Página 12 y 13

agonía. En semejante caso, el vínculo del matrimonio está roto de hecho. - La cuestión es saber si el legislador puede, por el interés social, declararlo indisoluble en derecho, ofreciendo solamente a los esposos la solución de la separación de cuerpos, o si no debe más bien, poniendo el derecho de acuerdo con la realidad autorizar la ruptura legal del matrimonio - por el divorcio." (47)

En el Programa Social de la Revolución, aprobada por la Soberana - Convención Revolucionaria de Jajutla Morelos, el 18 de abril de 1916, en su artículo de "Reformas Sociales", encontramos estos breves argumentos en pro del divorcio: "Artículo 11.- Favorecer la emancipación de la mujer por medio de una juiciosa ley sobre el divorcio, que cimente la unión conyugal sobre la mutua estimación y el amor y no sobre las mezquindades del prejuicio social." (48)

d) Argumentos de aceptación del divorcio sólo como excepción.

Estos argumentos cundieron principalmente en Francia, en una época de transición jurídica, en la que se adoptaron posiciones eclécticas en relación al divorcio y a la indisolubilidad del matrimonio.

Estos juristas dicen que el matrimonio es indisoluble y que con esa intención deben contraer nupcias los cónyuges; pero que por situaciones posteriores al matrimonio, éste se vuelve insostenible para los desposados y se hace necesaria su disolución. En realidad esta posición ecléctica es de disfras, ya que el fondo de la argumentación va encaminado a lograr la validez del divorcio.

Así tenemos dentro de esta línea a F. Laurent, quien dice: "Nosotros no vamos a discutir el problema del divorcio desde el punto de vista de la filosofía y de la historia. Nuestros argumentos van en relación con el derecho positivo; es necesario limitarnos a exponer los motivos por los

(47) G. Baudry Lacantinerie-Traité de Droit Civil-IVT.-3a. Ed.-Página 9
 (48) Dr. Raúl Ortiz Urcuqui-Matrimonio por Compromiso-Páginas XII y XIII

el derecho positivo; es necesario limitarnos a exponer los motivos por los que los autores del código han admitido el divorcio. Ellos parten del principio de que el matrimonio es contratado en un espíritu de perpetuidad. El voto de la perpetuidad, dice Portalis, es el voto mismo de la naturaleza.— Nada más verdadero. El matrimonio es la unión de dos almas; ahora bien ¿Es correcto que dos almas se unan en el tiempo? En el momento que ellas se unen, aspiran a la eternidad del vínculo que de dos seres no hace más que uno; ellos dicen que es Dios mismo quien los ha creado el uno para el otro; ellos sienten, que, separados, serían seres incompletos; la vida común en este mundo no les basta, ellos quisieran continuarla más allá de esta corta existencia; ellos esperan que el amor sea más fuerte que la muerte.

Tal es el ideal. Contratado en un espíritu de perpetuidad el matrimonio es, por esto mismo, indisoluble. Los autores del Código admiten esta consecuencia como regla. "Es necesario, dice Portalis, que las leyes pongan un freno saludable a las pasiones; es necesario que ellas impondan que el más santo de los contratos se convierta en juego del capricho y de la inconstancia". Hasta aquí el legislador francés está de acuerdo con la religión católica. Él se separa al admitir el divorcio como excepción. Escuchemos al primer Cónsul: "Sin duda, dice él, el matrimonio es indisoluble, en este sentido en el momento que se le contrata, cada uno de los esposos debe tener la firme intención de no romperlo jamás, y no debe prever las causas accidentales, a veces culpables, que en consecuencia podrán causar la disolución. ¿Significa esto que la indisolubilidad del matrimonio sea una regla absoluta que jamás pueda ser modificada? Este sistema, responde el primer Cónsul, es desmentido por las máximas y ejemplos de todos los siglos. la identidad del hombre y la mujer unidos por el matrimonio es un ideal; Pero cuantas veces este ideal es una ficción, por mejor decir, una -

amarga decepción; ¿Debe la ley mantener la indisolubilidad, aunque el principio sobre el que ella descansa esté en oposición con la triste realidad? Algún legislador, alguna religión lo ha hecho. El Catolicismo mantiene, en apariencia, con un rigor de hierro, la indisolubilidad que para él es un dogma; pero esto no es más que en apariencia. El introduce la separación de cuerpos; ahora bien, dice Napoleón, esta institución modifica al matrimonio, porque ella hace cesar el efecto principal, la vida en común. ¿No es necesario ir más lejos y permitir a los esposos romper una unión que no es más que una apariencia de matrimonio?" (49)

En estos argumentos dados por Napoleón, nosotros no vemos sino el intento de justificación de lo que él haría, romper su matrimonio. La Iglesia sostiene la indisolubilidad por ir de acuerdo con la ley moral natural y por pertenecer la misma a la naturaleza del sacramento. "La Iglesia no puede obligar a convivir a quienes moralmente no pueden proseguir haciéndolo, pero la naturaleza del sacramento del matrimonio no la puede cambiar aunque quisiera.

Laurent continúa: "Los esposos son condenados al celibato forzoso, es decir que se les coloca en un estado donde la inmoralidad es casi fatal. Lo más frecuente es el adulterio de uno de los esposos, a veces de los dos, lo que hace otorgar la separación de cuerpos: ¿Qué separados los esposos van a renunciar a sus relaciones culpables? El cónyuge inocente sufriría los desórdenes de su consorte, porque sigue llevando su nombre, porque es su marido o su mujer quien le llena de deshonor. ¿Es ésta la finalidad del matrimonio? ¿Es así como los esposos se perfeccionan? ¿Es así como ellos llenarán su destino?

Y más adelante prosigue el mismo Laurent: "Si el divorcio responde

mejor que la separación de cuerpos al derecho y al interés de los esposos, es necesario decir que la sociedad está interesada en que el matrimonio sea disuelto.

El matrimonio es el fundamento de la sociedad: ¿Hay aún matrimonio cuando los esposos llevan el nombre de esposos, pero viven separados? El legislador favorece al matrimonio como condición de la propagación de la especie humana. ¿Qué la separación de cuerpos va contra esta finalidad? Si ella da nacimiento a hijos, pero a hijos adulterinos. ¿No vale más que el divorcio permita a los esposos el crear una familia legítima?" (50)

Estos argumentos finales, que tienen un ligero matiz de jusnaturalistas, están incompletos, ya que sólo ven la finalidad del matrimonio que es la propagación de la especie humana, pero no ven sus características.

Finalmente Planiol y Ripert nos dicen: "492.- La tesis de los partidarios del divorcio.- Dejando a un lado esta cuestión religiosa los apologistas de la ley de 1884 razonan en esta forma: indudablemente el matrimonio se concierta para toda la vida, y para una unión a perpetuidad es a la que los esposos se comprometen; pero quien dice perpetuidad no dice necesariamente indisolubilidad. A veces la vida en común se hace imposible, el hogar un poco de desorden, una causa permanente de escándalos. Es un mal que resulta de las pasiones y de las debilidades humanas. Se produce así una legislación de hecho que el legislador está obligado a tomar en cuenta; como responsable del orden y de las buenas costumbres, es necesario que intervenga. ¿Cuál será el remedio? Los unos dicen: la separación de cuerpos es suficiente; si la vida en común es la causa del mal, hay que romperla por un procedimiento legal y permitir a los esposos vivir bajo el régimen de la separación. El remedio es suficiente. Sin duda la separación

evita los inconvenientes de la vida en común; sustruyendo el hogar, se suprimen las causas diarias de rozamientos, pero queda subsistiendo el matrimonio: los dos esposos vivirán separados, pero quedarán casados; el vínculo del matrimonio queda solamente aflojado, no está roto. Y resulta que -- los esposos, no siendo libres, no pueden volver a casarse y crear una nueva familia; sus existencias están sacrificadas sin esperanzas. Se encuentran condenados a un celibato forzoso, lo que amenaza incitarlos a vivir en un concubinato adúltero. La separación de cuerpos hace desaparecer un mal pero lo reemplaza por otro. Después de la separación los esposos pueden hacerse tanto mal como antes, aunque de otro modo. Siendo la causa del mal el matrimonio, es éste el que hay que romper, y no solamente la vida en común. El único remedio eficaz por tanto es el divorcio. Para restablecer la paz hay que darle a cada uno su libertad, como antes del matrimonio. La ventaja del divorcio es hacer posible otro matrimonio a los esposos desunidos." (51)

Sin embargo, más adelante, reflexionando sobre las consecuencias de la institución nos dicen: "Pero el problema ha cambiado completamente de aspecto, con la progresión espantosa del número de divorcios y las nuevas tendencias al divorcio por mutuo consentimiento. El propio matrimonio como institución parece hoy estar en peligro; un nuevo examen del problema se impone." (52)

Creemos que todos los argumentos en pró del divorcio quedan incluidos en las cuatro clasificaciones que hicimos anteriormente; dedicando el inciso siguiente para rebatirlas en forma sistemática. No quiere decir esto, que vayamos a atacar la validez de la existencia del divorcio por ser-

(51) Planiol Marcelo y Ripert Jorge-Tratado práctico de Derecho Civil Francés-T.II La Familia-1939, Cultural S.A.-La Habana-Páginas 372 y 373

(52) Opus citada-Página 373

divorcio, sino porque existen dos grandes razones para no admitirlo, la -- primera es que como católico no se le puede scentar, ya que el matrimonio-sacramento es de suyo indisoluble. La segunda es por razón del derecho natural, ya que conforme a la ley moral natural el matrimonio es indisolu-- ble.

3) ARGUMENTACION FUNDAMENTAL EN CONTRA DEL DIVORCIO

a) En contra de los argumentos de tipo legalista en pro del divorcio.

Hicimos ver que este argumento es el que a veces en forma expresa, a veces en forma implícita, menciona que el divorcio vale porque "la ley lo dice."

Para esta argumentación de tipo positivista las leyes valen por sí mismas, porque el legislador sumo representante del pueblo las ha puesto, prescindiendo de una valoración objetiva de la institución que se crea mediante la ley.

Las leyes, además de ser establecidas por las autoridades legítimas, deben para poder ser válidas ir de acuerdo con la ley moral natural. Por ley moral natural entendemos las normas del bien obrar que se derivan de la naturaleza humana. Así la vida del hombre debe respetarse porque la misma naturaleza humana lo pide para la pacífica y posible convivencia de los seres humanos. De lo anterior se desprende que no se puede partir para la validez de las normas jurídicas "porque lo diga la ley" o "porque el pueblo así lo quiera". Resultaría absurdo creer que una norma que ordenara matar a los que nacieran lisiados fuera válida, aunque la aprobaran los diputados por la mayoría necesaria de votos y fuera solemnemente insertada en la Constitución. Todas las leyes, incluyendo la Constitución, deben, para ser válidas, ir de acuerdo con la ley moral natural o de lo contrario no tendrán ninguna validez.

En el siguiente inciso, analizaremos detenidamente el problema de si el divorcio va o no contra la ley moral natural, tomando de ahí su validez o no validez.

Profundizando en esta crítica, nos referiremos a Hans Kelsen, con su teoría pura del derecho. Para él, como alguien ha dicho, el derecho es un cascarón sin contenido, que se puede llenar con lo que haya a la mano; da la forma pero no la materia del mismo. Es imposible separar el derecho de una base moral. Entendemos por base moral todo el conjunto de principios que dimanen de la ley moral natural. La ley moral natural nos habla en relación a los principios del bien obrar que dimanen de la misma naturaleza humana. Un principio es el respeto a la vida del hombre por parte de los demás semejantes que integran la comunidad social; otro principio es el derecho a la integridad física que tiene cada hombre. Estos principios sufren excepciones en los casos del tribunal legítimamente constituido o de la legítima defensa.

Hans Kelsen al querer hacer una teoría del derecho separada de los principios morales, justifica en una forma absurda el que se pongan las normas que deseen los legisladores, aunque esas normas vayan contra la moral. Este precario concepto del derecho deriva de una concepción formalista y avalorativa del mismo.

b) En contra de los argumentos de naturaleza contractual en pro del divorcio.

La razón fundamental en torno a lo que gira esta argumentación es la de que el matrimonio se realiza por la libre concurrencia de las voluntades de los contrayentes y que por lo tanto por su libre voluntad puede darse por terminado.

El Papa Pío XI nos dice sobre este aspecto contractual del matrimonio lo siguiente: "Otros yendo más lejos con sorprendente procaacidad, opinan que el matrimonio, en cuanto contrato meramente privado, debe dejarse en absoluto, como se hace en los demás contratos privados, igualmente al

consentimiento y arbitrio privado de ambos contrayentes, y que, por tanto, puede disolverse por cualquier causa." (53)

Estas conclusiones se derivan como antes vimos, de considerar el matrimonio como un contrato. No es posible, sin embargo, equivar al matrimonio con un contrato entre otras cosas por el aspecto de su rescisión, ya que si bien el matrimonio ha sido realizado libremente por las partes, en él se adquieren responsabilidades de tal magnitud principalmente por lo que toca a los hijos, que ya no es posible desentenderse de ellos.

Esta razón es la fundamental del derecho natural. Prosiguiendo sobre ella en un análisis detallado de la misma veremos que la razón fundamental de la unión de los sexos es la procreación de los hijos. No existirían los sexos si no fuera porque mediante su unión se da la procreación de los hijos. Todas las civilizaciones han dado tal importancia a esto, -- que para el efecto han creado la institución del matrimonio. Analizamos ya en el capítulo anterior la poligamia, la poliandria y la monogamia y dimos las razones por las que es más perfecta esta última y porqué el Estado está obligado dentro de sus posibilidades a sostenerla.

Concluyendo, si la unión de los sexos dentro del matrimonio, por libre voluntad, lleva por objeto el tener hijos y educarlos, no por libre voluntad se regresan a la nada a los hijos a los que se les ha dado la vida, sino que se está obligado en tal forma a educarlos, que la institución del matrimonio debe por lo tanto ser permanente e indisoluble, cayendo por esto por tierra el que por mutua voluntad se puede dar por terminado el matrimonio.

A mayor abundamiento de argumentos, citemos a Santo Tomás de Aquino en La Suma Teológica, quien a propósito de la indisolubilidad del matrimonio por pertenecer al derecho natural nos dice:

(53) Pava Pío XI-Encíclica *Casti Conubii*-No.90

"1).- Si es de ley natural la inseparabilidad del consorte.

Dificultades.- Parece que no es de ley natural el no separarse de la consorte.

1) La ley natural es común para todos: ahora bien, únicamente la ley de Cristo prohibió despachar a la consorte; luego dicha inseparabilidad no es de ley natural.

2) Los sacramentos no son de ley natural; pero la indisolubilidad del matrimonio pertenece al bien del sacramento; luego no es de ley natural.

3) La unión entre el marido y la mujer en el matrimonio se ordena principalmente a la generación, educación e instrucción de la prole; mas todas estas cosas se terminan en un cierto plazo; luego, una vez cumplido éste, es lícito despachar a la consorte sin el menor quebranto de la ley natural.

4) Por el matrimonio se busca principalmente el bien de la prole; mas la indisolubilidad del matrimonio es contra el bien de la prole; pues, como afirman los fisiólogos, cabe que cierto individuo no pueda tener hijos con determinada mujer, y, en cambio, los puede tener con otra, e igualmente que aquella pueda ser fecundada por otro varón; luego la indisolubilidad del matrimonio, más bien que de ley natural, le es contraria.

Por otra parte. 1) Aquello principalmente es de ley natural que la naturaleza bien constituida recibió desde su origen; pero la indisolubilidad del matrimonio es de índole, como se ve por San Mateo; luego es de ley natural.

2) Es de ley natural que el hombre no se oponga a las disposiciones divinas; pero se opondría en cierto modo separando "a los que "nos unió"; luego, como de ahí procede la indisolubilidad del matrimonio, parece que ésta es de ley natural.

Respuesta. El matrimonio, según la intención de la naturaleza, ordenase a la educación de la prole, no ya sólo durante algún tiempo, sino mientras ella viva. Por tanto, es de ley natural que "los padres esten para los hijos" y que los hijos hereden a sus padres. Siendo, pues, la prole un bien común del marido y de la mujer, es preciso que la sociedad de éstos se mantenga indisoluble perpetuamente, conforme al dictamen de la ley natural. Por eso, la indisolubilidad del matrimonio es de ley natural.

Soluciones. 1) Solamente la ley de Cristo condujo a la "perfección" al género humano, restituyéndolo al estado de nueva naturaleza. Por eso, ni la ley de Moisés ni las leyes humanas fueron capaces de suprimir todos los abusos que se habían introducido contra la ley natural. "so estaba reservado exclusivamente a "la ley de espíritu y de vida".

2) La indisolubilidad le compete al matrimonio en cuanto simboliza la unión perpetua de Cristo con la Iglesia y en cuanto que es un acto natural ordenado al bien de la prole, según queda dicho. Pero, como sea cierto que la disolución del matrimonio contradice más directamente a la significación del sacramento que al bien de la prole, al cual se oone de una manera consiguiente, como dejamos dicho, la indisolubilidad del matrimonio se comprende mejor fijándonos en el bien del sacramento con preferencia al bien de la prole, aún cuando en ambos se puede sobreentender. Y en cuanto pertenece al bien de la prole, será de bien natural; no así en cuanto se refiere al bien del sacramento.

3) La solución de la tercera dificultad dimana de lo dicho anteriormente.

4) El matrimonio se ordena principalmente al bien común por razón de su fin primario, que es el bien de la prole, aunque, atendiendo al fin secundario, se ordena al bien de los cónyuges, ya que de suyo les proporciona un remedio a la concupiscencia. Y a eso obedece que las leyes regula-

doras del matrimonio se fijan más en lo que conviene a todos que no en lo que puede ser útil a un particular. Por ende, aún cuando la indisolubilidad del matrimonio puede impedir el bien de la prole en algún individuo, - sin embargo es conveniente para el bien de la misma en absoluto. Por tanto, la razón que alega el objetante no prueba." (54)

Según se desprende de la última parte de esta argumentación de Santo Tomás de Aquino, es claro que aunque haya casos en que los cónyuges y - la prole se beneficiarían con el divorcio vincular, la mayoría de los casos el divorcio no los soluciona sino que los perjudica más, por lo que -- los menos se deben sacrificar por los más.

c) En contra de la argumentación sociológica en pro del divorcio.

Estos argumentos nacen, como antes lo hicimos ver, directamente - de la casuística. Son estos argumentos, por ejemplo, los siguientes: las - injurias, la incomprensión, la incompatibilidad de caracteres, la impotencia, la locura, las enfermedades venéreas, el abandono de hogar, el adulterio, etc., razones que provocan ciertamente, al menos en muchos casos, - que la cohabitación sea física y moralmente imposible.

Hay casos, cierto es, en que la cohabitación debe suspenderse, pero en ninguna forma debe colegirse de esto, que por ello deba romperse el vínculo indisoluble del matrimonio; esto es, que por argumentaciones derivadas de la mera casuística, se deba concluir que el matrimonio deba cambiarse en su naturaleza misma.

Los que de esta forma argumentan, quieren alterar la institución del matrimonio en detrimento del derecho natural, con tal de solucionar - (54) De Aquino Santo Tomás-Summa Teologica-Question 67-Artículo I.

un problema concreto. El matrimonio implica la gran responsabilidad de -- procrear hijos y quizás la más grave aún, de compartir la vida con otra persona del sexo opuesto. Todos los problemas que se presentan contra la indisolubilidad de la institución del matrimonio, no son causados por la relación con los hijos, sino por la relación con el otro cónyuge.

La solución que se da es la separación de cuerpos, pero nunca dar por terminado el matrimonio, para permitir a los cónyuges volver a contraer lo con persona distinta; ya que esto va directamente contra los hijos que se han procreado y por lo tanto contra la naturaleza misma de la institución matrimonial.

Se podría argumentar que cuando en el matrimonio no se han procreado hijos, éste no es indisoluble. La respuesta a esto es que quien contrae matrimonio acepta la institución toda entera y que ésta para poder ser -- perfecta necesita ser indisoluble.

Cuando se da la separación de cuerpos es por la imposibilidad de cohabitación que por causas determinadas existe entre los cónyuges, pero el matrimonio subsiste entre ellos y por los tantos las obligaciones hacia los hijos y entre ellos, salvo la cohabitación, siguen subsistentes.

Biagio Brugi nos dice al respecto sobre la legislación italiana:-- "Los compiladores afrontaron la cuestión del divorcio en el Código italiano y la excluyeron debidamente; alegáronse contra él los graves daños que produce y se calificó como el más grave de ellos "los males que origina -- la posibilidad del mismo". Pareció como si la ley, al colocar en el umbral del matrimonio y en su seno la idea del divorcio, intoxicara la santidad de las nupcias y mancillara su honestidad, pues esa idea se trocaría, en el recinto doméstico, en una sospecha amarga y perpetua. La forma misma -- como se había afirmado en la edad moderna la legitimidad del divorcio, debía llevar necesariamente a los compiladores italianos a discutir si la --

indisolubilidad matrimonial fuese nada más un dogma de la religión católica o tuviere justificación en otras razones civiles. "Es notorio que cam--peaba ya el principio de que, en el orden civil, las obligaciones que nacen del consentimiento de los contratantes se resuelven igualmente por el consenso mutuo; por ello se afirmaba que la ley civil no podría separar - el matrimonio del divorcio sin incurrir en el error de lógica de admitir las causas y génesis del divorcio y rehusar su efecto. "La discusión se -- trató acerca de este punto, tanto más que el Código quería, como diversos del todo, el sacramento de matrimonio y la institución civil. Venció la - idea de que la indisolubilidad tiene valor propio, aunque alguna religión haga de ella un dogma, por lo cual la idea debe asentarse en el Código e- imperar en el matrimonio como norma de orden público, sin dar siquiera oi- dos a la petición de los hebreos, que pedían se conservase el divorcio pa- ra ellos. Sellegó hasta negar la índole contractual del matrimonio o, por lo menos, a estimarlo contrato de naturaleza completamente especial." (55)

4) LA SEPARACION DE CUERPOS COMO UNICA SOLUCIO LICITA.

Habiendo demostrado que el matrimonio por su naturaleza misma es indisoluble, conforme a la ley moral natural, surge la conclusión de que en el caso de que sea estrictamente necesario separar a los cónyuges, es perfectamente moral separarlos, subsistiendo el vínculo matrimonial.

Esta separación que sólo es de cuernos (cohabitación y mesa), no permite que los cónyuges vuelvan a contraer nupcias y sí los obliga moral y materialmente a ver por la familia que han procreado.

Que la separación de cuerpos provoca la obligación para ambos cónyuges del estado de celibato perpetuo, situación dura y heroica, así es, y que haya casos en que uno e inclusive los dos cónyuges fallen por causa de adulterio a su obligación de celibato, no quiere decir que las fallas justifiquen el legalizarlos. Situación heroica lo es muchas veces educar a los hijos para una madre viuda; y no por ser dura y heroica se le puede eximir de dicha obligación.

Las causas de separación de cuerpos quedan prescritas en el Código de Derecho canónico y siempre deben ir en cualquier legislación de acuerdo con la moral.

El Estado está obligado a sostener la separación de cuernos y a prohibir el divorcio, por ir éste contra la ley moral natural.

CONCLUSIONES

- 1a.-Entre el matrimonio poligámico, poliándrico y monogámico, el Estado - está obligado a sostener dentro de sus posibilidades, el monogámico - por ser el más perfecto.
- 2a.-Para los católicos el matrimonio obligatorio es el matrimonio-sacramento y el Estado está obligado a reconocerlo.
- 3a.-El Estado puede pedir a los católicos que firmen un acta para controlar los efectos meramente civiles del matrimonio.
- 4a.-El matrimonio civil debe ser optativo para las personas cuyas convicciones se lo permitan.
- 5a.-La indisolubilidad pertenece a la naturaleza misma de la institución del matrimonio y el Estado está obligado a sostenerlo.
- 6a.-El divorcio vincular es ilícito y como tal el Estado debe prohibirlo.
- 7a.-La solución lícita para la separación de los cónyuges es el divorcio no vincular o separación de cuerpos, quedando subsistentes todas las obligaciones entrambos y para con los hijos, salvo la de cohabitación.