

**CUANDO SE ACABA EL AMOR:
UNA VISIÓN DEL DIVORCIO
SEGÚN LAS TESIS DOCTORALES
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
(1874-1900)**

por VIVIANA KLUGER

RESUMEN:

Se analiza el tema del divorcio en las tesis doctorales presentadas entre 1874 y 1900 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con miras a adentrarse en las concepciones jurídicas, las mentalidades, la formación y la escala de valores de la generación a la que le tocó constituirse en primera intérprete de las disposiciones acerca del divorcio, y que operó, al mismo tiempo, como generadora de los movimientos y las reformas legislativas por las que concluyó abriéndose paso definitivamente el divorcio vincular.

PALABRAS CLAVE: Divorcio. Tesis doctorales. Mentalidades.

ABSTRACT:

A review of Divorce as described in doctoral thesis presented in the Law Faculty of the University of Buenos Aires between 1874 and 1900, with the purpose of understanding the legal conceptions, mentalities, studies, and values of a generation that undertook an initial interpretation of the laws related to the matter of divorce. At the same time, those persons generated the social and legal reforms that would lead to the establishment of divorce in vincular matrimony.

KEY WORDS: Divorce. Doctoral thesis. Mentalities.

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL DIVORCIO EN LAS TESIS DOCTORALES. 1. Las tesis doctorales. 2. El contenido de las tesis. a. Las consideraciones acerca del divorcio. b. Ventajas y desventajas del divorcio. c. La disolubilidad o indisolubilidad del vínculo. d. Efectos del divorcio. e. El divorcio por mutuo consentimiento. f. La separación de cuerpos. g. Las consecuencias del divorcio vincular. h. Causales de divorcio. i. La jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial. j. Los roles femeninos y masculinos. k. Subsistencia del deber de fidelidad. 3. Algunos aspectos

metodológicos: fuentes utilizadas, uso de estadísticas y propuestas de reformas legislativas. 4. La crítica al Código y a la Ley de Matrimonio Civil. El futuro. III. CONSIDERACIONES FINALES.

“...día llegará, y bien pronto por cierto, en que la frase ‘Matrimonio civil y divorcio’, unidas para siempre por el lazo de la razón, brille en todos los códigos con fulgor idéntico al del sol en los cielos, asegurando así la estabilidad del Estado y de la familia; -único y bello ideal de las modernas sociedades”¹.

En 1869 Dalmacio Vélez Sarsfield consagraba la indisolubilidad del vínculo matrimonial en su Código Civil para la República Argentina. Veinte años después, la ley de matrimonio civil confirmaba una vez más la imposibilidad de que los cónyuges contrajeran nuevo matrimonio, y sólo les permitía tramitar una sentencia de separación personal. Sólo en 1987, casi ciento veinte años después de la sanción del Código Civil y por medio de la ley 23.515, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el divorcio vincular.

Entre la sanción del Código Civil y la de la ley 23.515, se alzaron voces a favor y en contra del divorcio vincular. Algunas de estas voces provinieron de los claustros universitarios, donde quienes aspiraban a obtener el más alto grado académico que otorgaba y otorga la Universidad de Buenos Aires —el de doctor en jurisprudencia— se refirieron al divorcio en sus tesis doctorales.

El objeto del presente trabajo consiste precisamente en analizar estas piezas jurídicas, escritas en un lapso que se inicia en los años inmediatamente posteriores al comienzo de aplicación del Código Civil y que se extiende hasta fines del siglo XIX, doce años después de la sanción de la Ley de Matrimonio Civil.

Comenzamos pasando revista a las pautas conforme a las cuales Vélez Sarsfield reguló el divorcio en su Código Civil, al sistema adoptado en la Ley de Matrimonio Civil, a las opiniones de algunos

¹ LEOPOLDO TAHIÉR, *El divorcio*, Imprenta La Nación, Buenos Aires, 1889, p. 35.

comentaristas de la obra velezana y a la suerte corrida por los primeros proyectos de divorcio vincular. A continuación analizamos algunas cuestiones que consideramos de particular interés en el abordaje efectuado por los doctorandos, tales como la visión que tenían acerca del divorcio vincular y la separación de cuerpos, sus ventajas y desventajas, las consecuencias, las causales y los efectos del divorcio, la capacidad civil de la mujer divorciada, el juez competente, los roles femeninos y masculinos, el adulterio femenino y el masculino y el deber de fidelidad, entre otros. Nos detenemos en la consideración de algunos aspectos metodológicos, tales como las fuentes utilizadas, así como las propuestas de reformas legislativas sugeridas por medio de las tesis.

Nos adentramos de esta manera en las concepciones jurídicas, las mentalidades, la formación y la escala de valores de la generación a la que le tocó constituirse en primera intérprete de las disposiciones acerca del divorcio, y que operó, al mismo tiempo, como generadora de los movimientos y las reformas legislativas por las que concluyó abriéndose paso definitivamente el divorcio vincular.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta la sanción del Código Civil, el divorcio estaba regido en nuestro país por la legislación canónica. El codificador se refirió a él en el Libro I, denominado “De las personas”, en la Sección II, “De los derechos personales en las relaciones de familia”, Capítulo VII: “Del divorcio”.

El matrimonio era considerado una institución social, desconociéndosele el carácter de contrato. El Código no introdujo innovaciones fundamentales, pues continuaron sometidos a la legislación canónica los matrimonios celebrados entre católicos y los mixtos contraídos con autorización de la Iglesia católica. Al respecto, Leopoldo Tahiér, en su tesis doctoral, opinaba que “el matrimonio religioso entre nosotros sólo es ahora, un destello siniestro de una luz que agoniza”².

² Ídem, p. 60.

Conforme el art. 40, que luego pasó a ser el 198³, el divorcio que el Código autorizaba consistía únicamente en la separación personal de los esposos, sin que fuera disuelto el vínculo matrimonial.

El conocimiento de las causas de divorcio entre los casados ante la Iglesia católica o con autorización de ella, en los matrimonios mixtos, correspondía únicamente a la autoridad eclesiástica⁴. Sin embargo, competía a los jueces civiles conocer de los efectos civiles del divorcio en relación con la persona de los cónyuges, crianza y educación de los hijos, y de los bienes de la sociedad conyugal, así como de la fijación de alimentos y litisexpensas a favor de la mujer durante la tramitación del juicio⁵.

La fuente de la competencia eclesiástica en estas materias, conforme lo consignado por el propio codificador en la nota al art. 201, era la ley 7 del título 10 de la Partida 4^a; el código sardo y el código de Chile. En la misma nota, Vélez Sarsfield citó la opinión de García Goyena, quien en el artículo 75 de su proyecto proponía que el conocimiento de las causas de divorcio correspondiera a los jueces civiles, y que destinó “el largo apéndice n° 1, a demostrar que esto no sería contrario a los cánones de los Concilios de la Iglesia católica”. En opinión del codificador “esta fue materia muy discutida en las comisiones de legislación para redactar el Código Civil de España”.

En cuanto a los matrimonios entre no católicos, el divorcio —siempre con los efectos de simple separación personal consagrados en el citado art.198—, competía a los tribunales civiles. Las causas eran tres: el

³ Vélez Sarsfield preparó el proyecto de código con una numeración particular para cada título, de carácter provisorio y destinada a ser reemplazada por una numeración única de todo el código, una vez que éste fuera definitivamente sancionado. Al sancionarlo, sin embargo, se le dejó esa numeración fragmentaria, que dificultaba la cita de los artículos. La ley del 9 de septiembre de 1882 corrigió este defecto, disponiendo que se publicara una nueva edición del código, con numeración seguida. Conforme R. M. SALVAT, “El código civil argentino (Estudio general). Historia, plan o método y fuentes”, *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1913, pp. 420-437.

⁴ Art. 201, Código Civil (en adelante CC).

⁵ Arts. 202 y 203 CC.

adulterio de la mujer o del marido; la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro y las ofensas físicas o malos tratamientos⁶.

En 1888 y luego de un arduo debate, se dictó la Ley 2393 de Matrimonio Civil, que en lo que al divorcio respecta, se enrolaba en el principio del divorcio-sanción. En línea con esta concepción, se estableció que el divorcio autorizado consistía únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disolviera el vínculo matrimonial. En cuanto a sus efectos, se trataba del divorcio limitado, por lo que no permitía a los esposos divorciados la celebración de nuevo matrimonio válido⁷.

El divorcio sólo podía ser decretado judicialmente si concurría alguna de las causales determinadas por la misma ley, las cuales se fundaban en la culpa de uno de los cónyuges.

Se consagraba expresamente la imposibilidad del divorcio por mutuo consentimiento de los esposos, lo que traía como consecuencia que los cónyuges no fueran tenidos por divorciados sin sentencia de juez competente⁸.

Las causas de divorcio eran:

1. adulterio de la mujer o del marido;
2. tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, fuera como autor principal o como cómplice;
3. la provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio y otros delitos;
4. la sevicia;
5. las injurias graves; para apreciar la gravedad de la injuria, el juez debía tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que pudieran presentarse;
6. los malos tratamientos, aunque no fueran graves, cuando fueran tan frecuentes que hicieran intolerable la vida conyugal;
7. el abandono voluntario y malicioso⁹.

⁶ Art. 204 CC.

⁷ Art. 64 CC.

⁸ Art. 66 CC.

⁹ Art. 67 CC.

Casi simultáneamente con el debate acerca del matrimonio civil, el 17 de agosto de 1888, Juan Balestra, diputado por Corrientes, presentaba un proyecto similar, aunque de más amplios alcances, ya que incluía el establecimiento del divorcio vincular.

Este proyecto se sitúa en el contexto de los enfrentamientos entre liberales y católicos, estos últimos encabezados por José Manuel Estrada, adalid de la reacción contra las leyes laicas, las que combatió vigorosamente, según Rodríguez Molas, desde la tribuna, el parlamento y la prensa¹⁰. En línea con su posición, Estrada abominaba el divorcio, consecuencia del matrimonio civil, al sostener que “satisface la sensualidad y la venganza de los cónyuges entregados a la libertad de sus pasiones, pero respecto de la familia, no tiene otra consecuencia que trastornarla y corromperla”¹¹.

Establecía varias causas que permitían judicialmente la disolución del vínculo matrimonial:

- a. adulterio de cualquiera de los cónyuges;
- b. condena de uno de los esposos a penas afflictivas e infamantes;
- c. crímenes o actos violentos de uno de los miembros de la pareja contra el otro;
- d. locura;
- e. abandono –no menor de tres años– voluntario o malicioso por parte de uno de los cónyuges del hogar;
- f. desarreglos de las costumbres;
- g. incitación al ejercicio de la prostitución de las hijas o de la mujer.

En opinión de Héctor Recalde, “Balestra puso en evidencia orientaciones más radicales que las que inspiraban al proyecto del Ejecutivo y una mayor consecuencia en las ideas”. Para el autor del proyecto, el divorcio vincular era “el complemento absolutamente necesario de toda

¹⁰ Del Club Liberal partieron las propuestas tendientes a establecer el matrimonio civil, el registro civil, la supresión de los tribunales eclesiásticos para los asuntos de familia y la educación laica y común. Entre sus integrantes se contaban Julio Sánchez Viamonte, Lucio V. López, Francisco Barroetaveña, Carlos Olivera, Juan Balestra. Conf. RICARDO RODRÍGUEZ MOLAS, *Divorcio y familia tradicional*, Centro Editor de América Latina, Biblioteca Política Argentina, Buenos Aires, 1984, p. 91.

¹¹ HÉCTOR RECALDE, *Matrimonio civil y divorcio*, Centro Editor de América Latina, Biblioteca Política Argentina, Buenos Aires, 1981, p. 69.

legislación sobre el matrimonio”¹². Conforme Balestra, concebido el matrimonio como un contrato, se encontraba “revestido de todos los caracteres de revocabilidad que revisten todos los actos humanos”. El diputado afirmaba que aprobándose su proyecto de ley de divorcio se impediría el amor libre, para él un hecho condenable y que la infidelidad era más peligrosa en la mujer que en el hombre, “cuando la mujer...arrastra el nombre del marido en los charcos del camino”. Según Balestra, “lejos de propender a disolver los matrimonios, el divorcio tiende a disminuir las desuniones, por el hecho de armar a uno de los esposos del poder de castigar los crímenes, los deslices y las brutalidades del otro, por medio del divorcio, sin el cual la más injusta impunidad encubriría al culpable, permitiéndole seguir en sus vicios de conducta, en sus abyecciones morales, seguro de que cuando se hiciera despreciable en todos aún tendría que ser obligatoriamente aceptado por una víctima, a saber, el otro cónyuge. Esto es lo que hace que sean menos comunes las separaciones en los países donde no existe”¹³.

El proyecto pasó a estudio de la Comisión de Legislación. Rechazado el proyecto –sin despacho favorable de la Comisión–, no llegó a discutirse.

II. EL DIVORCIO EN LAS TESIS DOCTORALES

1. Las tesis doctorales

La cuestión del divorcio fue debatida directa e indirectamente en una serie de tesis que se presentaron a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires para optar al título de doctor¹⁴.

¹² RECALDE, ob. cit., p. 69.

¹³ En RODRÍGUEZ MOLAS, ob. cit., p. 93.

¹⁴ Conforme el Reglamento de la Facultad de 1875, cursados los cinco primeros años, se obtendría el grado de licenciado y terminados los seis, el de doctor. El primero habilitaría para el ejercicio de la abogacía y de la magistratura; el segundo para ingresar al profesorado universitario. Según Pestalardo, el plan se reducía a cinco años y los títulos de abogado y doctor se otorgaban al mismo tiempo, y nunca se expidieron diplomas de licenciado. Conf. AGUSTÍN PESTALARDO, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Alsina, 1914, p. 85.

Entre 1874 y 1900, es decir, en los años inmediatamente posteriores al comienzo de la vigencia del Código Civil y de la sanción de la Ley de Matrimonio Civil, que consagró la competencia civil en materia de divorcio —a diferencia del Código Civil de 1869—, se presentaron ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires veintidós tesis que tocaron el tema del divorcio, directa o indirectamente, al referirse al matrimonio, las que hemos analizado en su totalidad¹⁵.

¹⁵ Entre paréntesis se consigna el título de la tesis, los datos de edición y el año de publicación, ya que no consta en todos los casos, el año de la defensa: Miguel Gaudencio (“El matrimonio en general”, Imprenta de Pablo E. Coni, 1874); Remijio Carol (“El matrimonio en general”, Imprenta del Porvenir, Buenos Aires, 1879); Benito Carrasco (“Disertación sobre el matrimonio”, Imprenta del Porvenir, Buenos Aires, 1879); Juan González Calderón (“El divorcio”, Litografía e Imprenta de G. Kraft, Buenos Aires, 1880); Enrique Parodi (“Del divorcio”, Imprenta de El Mercurio, Buenos Aires, 1880); Ramón Arigós Rodríguez (“El matrimonio”, Tipografía de M. Biedma, Buenos Aires, 1881); R. Hauscarrriaga Vidal (“El divorcio”, Imprenta del Tribuno, Buenos Aires, 1881); Castor Figueras (“Estudio sobre las prescripciones del Código Civil referente a las relaciones de familia”, Imprenta Europea, Buenos Aires, 1882); Nicolás Vila (“El matrimonio”, Imprenta de La Nación, Buenos Aires, 1882); Carlos A. Aldao (“El divorcio. Estudio sobre el artículo 198 del Código Civil”, Imprenta de Martínez, Buenos Aires, 1884); Gregorio Gallegos (“El divorcio”, Imprenta y Lib. de Los Estudiantes, Buenos Aires, 1886); Ernesto Claros (“Derechos y obligaciones de los cónyuges”, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1888); Octavio de Campero (“El proyecto de ley de Matrimonio”, Imprenta de Pablo E. Coni e Hijos, Buenos Aires, 1888); Leopoldo Tahiér (“El divorcio”, Imprenta La Nación, Buenos Aires, 1889); Alejandro González Vélez (“Divorcio”, Imprenta de Pablo E. Coni e Hijos, especial para obras, Buenos Aires, 1890); Facundo Pereyra (“Matrimonio”, Imprenta a vapor de C. Gallarini y Canova, Buenos Aires, 1894); Filemón Cabanillas (“Divorcio y separación de cuerpos”, Tipografía Salesiana del Colegio Pío IX de Artes y Oficios, Buenos Aires, 1894); Alejo Almada (“Divorcio”, Imprenta de A. Monkes, Buenos Aires, 1895); Ernesto Reto (“El divorcio absoluto”, Litografía, Imprenta y Encuadernación de G. Kraft, Buenos Aires, 1898); Andrés Herrera (“El divorcio”, Imprenta Lit. Revista Nacional, Casa Editora, Buenos Aires, 1900).

El listado de tesis conforme *Tesis presentadas a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales 1829-1960*, Universidad de Buenos Aires, Instituto Bibliotecológico, Buenos Aires, 1979 y MARCIAL CANDIOTI, *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires*, Catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario 1821-1921, Buenos Aires, 1920.

Cabe señalar que en 1882 Julio Sánchez Viamonte presentó su tesis “El matrimonio. Ensayo jurídico” (Imprenta de la Universidad, Buenos Aires) que figura en el listado de tesis de la obra de Candiotti y en el Catálogo mencionados. Sin embargo, en el fichero de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires no está ubicada entre las tesis, sino entre las obras monográficas. Según Diego A. de

El corpus documental analizado está constituido por una serie de trabajos éditos, muy breves, escritos en algunos casos y a primera vista,

Santillán (*Gran Enciclopedia Argentina*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1956, Tomo VII, p. 426) esta tesis fue rechazada, a causa de “las ideas allí expuestas”, por lo que Sánchez Viamonte presentó otra sobre el usufructo legal, que fue aprobada. Creemos que ABAD DE SANTILLÁN se refiere a la postura divorcista de Sánchez Viamonte; sin embargo nos llama la atención lo sucedido con respecto a esta tesis, ya que con anterioridad y posterioridad a la misma, se aprobaron tesis a favor del divorcio. A pesar de que formalmente no fue aprobada, forma parte de las veintidós tesis examinadas en el presente trabajo, porque consideramos que lo allí expresado aporta elementos muy valiosos al tema que analizamos y está alineada con la mentalidad de los tesisistas cuyos trabajos sí fueron aprobados y que se pronunciaron a favor del divorcio.

A continuación se consignan los datos biográficos de los tesisistas, que hemos podido obtener:

Benito Carrasco nació en Buenos Aires en 1858. Practicó la profesión en el estudio del doctor Manuel Quintana y actuó en la política a su lado. Desde el 6 de mayo de 1887 hasta el 6 de febrero de 1889 se desempeñó como asesor de gobierno. Fue diputado nacional en el período 1898-1902. Fue defensor de menores, juez del crimen, y juez en lo Civil y Comercial en la Provincia de Buenos Aires. Desempeñó además los cargos de Inspector de Milicias, miembro de la Dirección General de Escuelas y Auditor de Marina. Falleció en esta ciudad en 1915. Conf. VICENTE OSVALDO CUTOLO, *Nuevo Diccionario Biográfico Argentino*, Editorial Elche, Buenos Aires, 1971, Tomo II, p. 148.

Enrique Parodi nació en Asunción en 1857. Además de las ciencias sociales, cultivó la botánica y la química. Publicó relatos de leyendas guaraníes y novelas cortas. Conf. CUTOLO, ob. cit., Tomo V, p. 312.

Juan González Calderón nació en Gualeguay, Entre Ríos, en 1856. Ejerció la profesión de abogado en su ciudad y llegó a tener uno de los “más afamados bufetes de la provincia”, según Cutolo. Fue diputado a la Legislatura de la provincia, vicegobernador de Entre Ríos y diputado nacional por la misma provincia. Fue el padre del constitucionalista Juan Antonio González Calderón. Falleció en 1929. Conf. CUTOLO, ob. cit., Tomo III, p. 384.

Julio Sánchez Viamonte nació en Buenos Aires en 1856. Fue miembro de la convención reformadora de la constitución provincial, en la que defendió la universalidad del sufragio. Fue diputado nacional en 1898, convencional constituyente en 1899 y profesor de derecho internacional público. Murió en La Plata en 1931. Conf. ABAD DE SANTILLÁN, ob. cit., Tomo VII, p. 426.

Carlos A. Aldao nació en Santa Fe en 1860. Fue juez, camarista, diplomático, escritor y traductor. En 1902 fue elegido diputado nacional. Intervino en el debate del proyecto de Ley de Divorcio de Carlos Olivera de 1902, votando a favor (conf. RODRÍGUEZ MOLAS, ob. cit. p. 147). Murió en Buenos Aires en 1932. Disponible en <http://www.patrimoniosf.gov.ar/patrimonio>, consultada el 25 de agosto de 2007.

Ernesto Claros nació en Cochabamba, Bolivia, en 1864. Fue representante en la convención provincial constituyente de Jujuy, diputado nacional, juez federal y

sólo para cumplir un requisito burocrático y sin mayores pretensiones intelectuales.

Hasta 1880 en que Enrique Parodi y Juan González Calderón presentaron sus tesis tituladas “El divorcio” y “Del divorcio” respectivamente, no hubo tesis que se ocuparan exclusivamente del tema, si bien algunos trabajos relativos al matrimonio en general, efectuaron consideraciones acerca del divorcio, como la presentada por Miguel Gaudencio en 1874.

Por lo que respecta al mérito científico o literario de cada una, según Marcial Candiotti, había “de todo...”. Para este autor, en el periodo que analizamos “se había vuelto al descuido y al abuso, pues la mayoría de los trabajos no respondían a su finalidad”¹⁶.

Candiotti refiere que en 1884 la *Revista Jurídica*, ocupándose de este asunto, había publicado un artículo en que se lamentaba el descuido con que se trataba la presentación y examen de tesis. “La comisión examinadora” —decía—, “parece que no se preocupa de ello cuando debe hacer su estudio” y “dejando a un lado la cuestión de fondo sería por lo menos conveniente que la comisión se ocupara en delante de revisar la forma de las tesis” porque para el autor “hay algunas presentadas este año que están lastimosamente escritas”. Candiotti ilustra: “Es una vergüenza para un joven que sale de las aulas después de haber hecho estudios de doce años de duración por lo menos, el que su trabajo inaugural parezca escrito por un simple alumno de primeras letras. Y lo es también para la Facultad que aparece autorizando semejantes cosas”. La misma publicación hacía notar que las tesis se iban convirtiendo cada vez más, “en una simple fórmula” y que si la Facultad o la comisión revisora de aquéllas no tomaba medidas apropiadas, “la cosa degeneraría en una farsa”, y si eso era lo que se buscaba mejor era suprimir completamente esa disposición reglamentaria que “a nada conduce”¹⁷.

un activo militante del radicalismo. Falleció en 1923. Conf. CUTOLO, ob. cit., Tomo II, p. 290.

Filemón Cabanillas nació en Córdoba en 1870. Ejerció activamente la profesión y militó en la política. Fue concejal por la Capital. Falleció en 1924. Conf. CUTOLO, ob. cit., Tomo II, p. 12.

¹⁶ CANDIOTTI, ob. cit., p. 3.

¹⁷ CANDIOTTI, ob. cit., p. 289.

2. El contenido de las tesis

Tanto las tesis que se refieren específicamente al divorcio como las que aluden indirectamente a la institución, se ocuparon de distintos aspectos tales como sus ventajas y desventajas, las consecuencias, las causales y los efectos del divorcio, la capacidad civil de la mujer divorciada, el juez competente, los roles femeninos y masculinos, el adulterio femenino y el masculino y el deber de fidelidad, para plasmar definitivamente su posición respecto de estas cuestiones, fundada en una vasta cantidad de legislaciones comparadas, doctrina de los autores, y reforzada en algunos casos con estadísticas y con propuestas de reformas legislativas. Es a través de estas páginas que se exponen variadas visiones acerca del divorcio y la separación de cuerpos, la autoridad marital y también el futuro que se vislumbra. De veinte tesis que se pronunciaron acerca del divorcio vincular, diez estuvieron a favor y diez en contra¹⁸. Las posturas a favor o en contra no parecen estar asociadas a un período determinado, ya que tanto en los primeros años como hacia el fin del período estudiado, encontramos quienes aceptan y quienes rechazan el divorcio vincular.

a. Las consideraciones acerca del divorcio

Carlos Aldao advierte acerca de los tropiezos que el tema suscita: la mezcla del interés y las preocupaciones religiosas “que dominan y ciegan las inteligencias más claras, poniéndose como puntos inmóviles alrededor de los que gravitan, sin jamás encontrar cabida todas las ideas y todas las aspiraciones, en apariencia contrarias al dogma, aun cuando inspiradas en la más estricta justicia”¹⁹.

¹⁸ A favor: Enrique Parodi, R. Hauscarriaga Vidal, Julio Sánchez Viamonte, Carlos Aldao, Gregorio Gallegos, Ernesto Claros, Leopoldo Tahíer, Alejo Almada, Ernesto Reto y Andrés Herrera. En contra: Miguel Gaudencio, Remijio Carol, Benito Carrasco, Juan González Calderón, Ramón Arigós Rodríguez, Castor Figueras, Octavio de Campero, Alejandro González Vélez, Filemón Cabanillas y Manuel Carrillo. De las de Nicolás Vila y Facundo Pereyra no es posible inferir ninguna posición al respecto.

¹⁹ ALDAO, p. 10.

El divorcio para algunos autores, se presenta como algo saludable, indispensable, justo²⁰, una “solución decorosa para reconstruir la vida quebrantada”²¹, necesario a los intereses generales de la sociedad²², “una institución provechosa al mayor acrecentamiento de las sociedades”²³, “un remedio aplicable a los males de la vida conyugal”²⁴. Se lo conceptúa como “la más moral y más digna” separación de una “sociedad civilizada”, ya que “mucho más conveniente es que aquellos hijos de la desgracia que no pueden llevar una vida arreglada, se separen con plena libertad, y uniéndose de nuevo, formen a la luz del día un matrimonio feliz y ejemplar”, cosa que no puede conseguirse, según Leopoldo Tahíer, por ejemplo “mientras solo exista la separación de cuerpos, pues la ruptura amigable o judicial, a más del consiguiente escándalo, deja siempre unidos a los interesados, les priva de su libertad, dando con esto origen a concubinatos clandestinos o manifiestos, que son otros tantos gérmenes de corrupción que la ley arroja al seno social”²⁵.

Andrés Herrera afirma que “el divorcio no solo es un derecho de los esposos, sino que hasta puede convertirse en un deber, en una obligación”, y que es necesario facilitar a todos los individuos que componen la sociedad los medios “para que puedan llenar satisfactoriamente su destino”²⁶.

En apoyo del divorcio se sostiene que “es de derecho natural que el matrimonio pueda disolverse, aun en el caso de haber hijos”²⁷. Al mismo tiempo, se afirma que no se está a favor del divorcio vincular como regla general, que se aplique indistintamente a toda clase de matrimonios, “sino únicamente que dejando subsistente el vínculo para los contraídos con arreglo a una religión o legislación que no permite la disolución, sea cual fuere el lugar de la celebración; se adopte un

²⁰ TAHIÉR, p. 28.

²¹ TAHIÉR, p. 72.

²² HAUSCARRIAGA VIDAL, p. 23.

²³ HERRERA, p. 12.

²⁴ PARODI, p. 83.

²⁵ TAHIÉR, p. 69.

²⁶ HERRERA, p. 116.

²⁷ GALLEGOS, p. 33.

sistema mixto que rija el divorcio de los que fueren celebrados al modo que permiten sus propias religiones o legislaciones”²⁸.

Por su parte, Julio Sánchez Viamonte afirma que “el Estado no tiene el derecho de obligar a uno de los esposos a permanecer en una unión que repugna su corazón y rechaza su voluntad”²⁹. Ante quienes afirman que el divorcio corrompe la sociedad y la familia, Sánchez Viamonte refuta que “no es la facultad de divorciarse la que ha corrompido la familia, sino que la familia corrompida ha hecho abuso del divorcio”³⁰.

b. Ventajas y desventajas del divorcio

Cuando exponen sus criterios a favor y en contra del divorcio, los doctorandos enuncian sus ventajas y desventajas: así se lo define como “una necesidad siempre reclamada” y “un complemento indispensable de la libertad individual”; como una solución que “tiende directamente a hacer de la esposa la soberana del hogar, la compañera fiel del hombre; y del hombre, el jefe digno y honrado de la familia”. Al mismo tiempo, constituye “una protección que la ley dispensa a los cónyuges para velar por su pureza y por el cumplimiento de la palabra empeñada, su intervención es exclusivamente para los matrimonios desunidos”³¹.

Leopoldo Tahiér considera que el divorcio conviene tanto al hombre como a la mujer, “mucho más a ésta que [a] aquél”³². Siempre refi-

²⁸ GALLEGOS, p. 34.

²⁹ SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 40.

³⁰ Ídem, p. 89.

³¹ TAHIÉR, p. 68.

³² Y ejemplifica: “el hombre cuando ha formado un hogar desgraciado, en el que la armonía conyugal sea una ilusión, puede sin grandes esfuerzos constituir una morada artificial al lado de la legal; puede hallar otra mujer que lo acepte y haga nacer de este consorcio una unión ilícita, puede aun mismo llevar una vida de crápula en la seguridad de que siempre se abrirán a su paso las puertas de aristocráticos salones –ninguna mano se retirará ante la suya– y en los teatros, clubs y paseos, no faltará quien lo admire y agasaje. Algo sufrirá, por la condición terrible, que la ley en complicidad con él, crea a los hijos nacidos de este nuevo estado, pero este dolor se calmará al ver que vive aceptado en todas partes. La mujer en cambio, doblemente afectada, sufrirá en silencio las torturas más mortificantes; lágrimas amargas inundarán sus párpados y los sentimientos por tanto tiempo comprimidos buscarán una salida, lle-

riéndose a las ventajas, Almada sostiene que el divorcio “es esencialmente moralizador”; que “aumenta el número de matrimonios... porque el hombre tiene recursos de que valerse cuando la mujer no corresponde a sus esperanzas, y la mujer tiene igualmente los mismos recursos para el caso contrario; lo que les hace contraer una unión cuyas desgracias pueden repararlas” que “es más sano para el corazón y para el espíritu vivir en una familia cuya situación es neta y altamente aceptada, que en un medio en que todo es falso y embarazoso, desde el matrimonio hasta el vínculo moral y legal que los une” y que el divorcio es más favorable para la educación de los hijos³³.

Julio Sánchez Viamonte manifiesta: “Si la sociedad está interesada en que la armonía reine en la familia, la facultad de poder hacer uso del divorcio consolida estos logros” y que “un matrimonio bien constituido nada tiene que temer de la ley que establezca el divorcio”, ya que “los esposos son los que deben mirar por su conveniencia”³⁴.

Por el contrario, Carrillo afirma que “la perspectiva de la disolución alentarán las pasiones y estimularán las ligerezas que llevan bien pronto a una ruptura”, y concluye: “si no es sobre un terreno firme que se marcha no habrá verdadera tranquilidad sino que la desconfianza”, para sostener que los divorcios dañan a la sociedad y causan escándalo³⁵, mientras que González Vélez se pregunta: ¿Sería necesario disolver la familia para agregar nuevos placeres a sus pasiones, nuevas dichas a su inconstancia y corromper un pueblo porque algunos son corrompidos?³⁶.

Carlos Aldao tranquiliza a los opositores del divorcio vincular: “¿Qué importa a los matrimonios felices la existencia de una ley que

gará un momento en que esa mujer en quien la desdicha se había cebado, empiece a amar y encuentre un hombre que al fin la comprenda, esa mujer aunque se conserve pura, aunque muestre su corazón sincero, no puede casarse de nuevo con el que le haya despertado el verdadero amor, porque la ley sancionando una monstruosidad se lo prohíbe diciéndole: Yo solo admito la separación de cuerpos, a ti porque eres mujer o inocente, te condeno a vivir en la desolación, ahoga tus nobles sentimientos y busca si quieres en tu deshonra un remedio a los males que te afligen”, pp. 71 y 72.

³³ ALMADA, pp. 43, 38-39.

³⁴ SÁNCHEZ VIAMONTE, pp. 78-79.

³⁵ CARRILLO, pp. 96, 98.

³⁶ GONZÁLEZ VÉLEZ, p. 18.

los autorice a separarse, si a pesar de ella se aman y consuelan?; para responder: “Al menos déjese a los que sufren el consuelo de pensar que no son eternas las penas del infierno en que viven”³⁷.

Para Aldao, el divorcio es “una “redención para la mujer” y “una gloria” para la sociedad “que con ella completa el matrimonio”³⁸.

c. La disolubilidad o indisolubilidad del vínculo

A partir de distintos argumentos, los doctorandos se alinean en definitiva a favor o en contra de la indisolubilidad del vínculo.

En 1880 Enrique Parodi se pregunta si no sería lógico permitir a los esposos desdichados que rompiesen un vínculo que ha tenido su cuna en un error, y se responde afirmativamente³⁹.

Carlos Aldao afirma en 1884 que el matrimonio es “esencialmente disoluble, siendo lo contrario un desconocimiento de la libertad individual consagrada por el convencimiento y por el derecho público del mayor número de las naciones civilizadas”; y que “la unión de las almas y la confusión en un mismo destino, no pueden tener más eslabones que los de la voluntad y el corazón”⁴⁰.

Y continúa: “podemos errar, podemos, a pesar de todas nuestras buenas intenciones, encontrar la desgracia donde creíamos encontrar la felicidad; y si un solo hombre en cada siglo diera con una mujer que no llenara sus aspiraciones y se hicieran ambos insoportables la vida, a ellos debiera la ley dar un apoyo más eficaz que la separación (que ellos podrían dársela) porque esa es la justicia, absoluta e implacable en sus fallos”⁴¹.

En el mismo sentido, en 1888 Ernesto Claros concluye que “es disoluble todo matrimonio siempre que la unión de los esposos se haga imposible o sea un obstáculo para el cumplimiento del fin de los que lo forman. O hay matrimonio verdadero, con todas las condiciones que él

³⁷ ALDAO, p. 80.

³⁸ Ídem, p. 52.

³⁹ PARODI, p. 18.

⁴⁰ ALDAO, p. 18.

⁴¹ Ídem, p. 21.

requiere o no lo hay⁴², al tiempo que se interroga por qué no se debe permitir que el cónyuge inocente pueda contraer un nuevo matrimonio en el que busque y encuentre la felicidad deseada y no alcanzada en el anterior”, ya que para Claros “cuando falta el cariño y la consecuencia en el matrimonio, falta un elemento esencial a su existencia y el vínculo solo puede conservarse en la apariencia a costa de las trabas creadas a la libertad de los esposos” y “esta desvinculación de hecho, que nadie puede negar, debería traducirse jurídicamente en la restitución legal de su libertad a los cónyuges⁴³. En opinión de Claros “la ley no puede exigir la perpetuidad de los sentimientos, apoyándose en que así deben ser para mantener la estabilidad de un matrimonio y el bienestar de los hijos. Es una estabilidad y un bienestar que no obtendría sino en la apariencia, sembrando en el fondo la semilla más impura”. Claros va más allá, al plantearse qué remedio está en mantener la unión de dos seres que se rechazan y al concluir que más vale que los hijos estén sin madre o sin padre, antes que sean los testigos perennes del desacuerdo entre los dos⁴⁴.

Herrera sostiene que la disolubilidad del vínculo matrimonial no se opone al sumo perfeccionamiento moral de las sociedades”, y por el contrario “favorece y estimula dentro de su esfera de acción, la moralidad de las unidades que la constituyen, dejando cumplir al hombre su destino en la tierra, lo que no sucede con la indisolubilidad que, lejos de facilitarle los medios para llegar al fin buscado, le opone una barrera infranqueable en el momento mismo en que nota que el objeto del matrimonio no puede ser llenado por la sobreviniencia de hechos graves que hacen de la vida, del hogar matrimonial, un manantial inagotable de disgustos, una escuela de desmoralización⁴⁵. Herrera se pregunta: “¿Es justa una ley que condene a seres útiles a un celibato perpetuo, una ley que condene a los padres a no poder dar ni siquiera su nombre a sus hijos en medio de los cuales han encontrado la felicidad?⁴⁶”.

⁴² CLAROS, p. 25.

⁴³ Ídem, p. 26.

⁴⁴ Ídem, p. 30.

⁴⁵ HERRERA, pp. 12-13.

⁴⁶ Ídem, p. 136.

Sánchez Viamonte afirma categóricamente que “la indisolubilidad no tiene ningún fundamento jurídico” y que está reñida con “nuestros principios políticos y las conveniencias públicas”⁴⁷. Para este doctorando la indisolubilidad del vínculo es “la regla más contraria” a la naturaleza del matrimonio⁴⁸.

Por el contrario, se alzan voces que sostienen que “la disolubilidad del vínculo es el ariete más formidable para desorganizar la familia y corromper la sociedad”⁴⁹, que “viola la libertad en la persona de uno cuando menos de los cónyuges”, que es “ilegítimo y violatorio en los países esencialmente católicos”⁵⁰ y que introduce la inmoralidad en el seno de las familias⁵¹. Contrariamente a los que afirman que el divorcio es justo y moral, sus opositores lo califican como “institución injusta e inmoral, que debe ser rechazada por todo corazón sano, por toda inteligencia recta, que conozca la esencia del matrimonio y sus fines, su carácter público y el verdadero bien, tanto de los particulares como de la sociedad”, como “una barbarie”, como la culpable de romper “los vínculos más sagrados que ha creado la naturaleza”, como contrario al derecho natural, al divino y al positivo, como el elemento más corruptor y disolvente de la sociedad⁵², calificando a la indisolubilidad del vínculo consagrada en el Código Civil, como “el más bello tesoro del pueblo Argentino”⁵³.

En 1897 Manuel Carrillo afirma que si el matrimonio es por su naturaleza indisoluble, no se puede por acto de voluntad declararlo un simple contrato y rescindirlo cuando se quiera⁵⁴.

En la misma línea se posiciona Octavio de Campero cuando alega que “es de la naturaleza del matrimonio el ser indisoluble”⁵⁵, así como Remijio Carol al pronunciar categóricamente que es “inadmisibile el divorcio en cuanto al vínculo bajo cualquier punto de vista”⁵⁶.

⁴⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, pp. 77, 82.

⁴⁸ Ídem, p. 87.

⁴⁹ P. 45.

⁵⁰ CABANILLAS, p. 32.

⁵¹ CAROL, p. 45.

⁵² GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 30.

⁵³ ARIGÓS RODRÍGUEZ, p. 46.

⁵⁴ CARRILLO, p. 105.

⁵⁵ CAMPERO, p. 53.

⁵⁶ CAROL, p. 45.

Por su parte, Juan González Calderón reflexiona: “formada la unión del hombre y de la mujer, ha de durar mientras vivan, ha de estar necesariamente soldada con un sello de perpetuidad, porque sólo así, es legítima y racional y reviste un carácter público y social”⁵⁷. Al denostar al divorcio vincular, el doctorando se refiere a lo que él denomina “uniones pasajeras”, a las que califica de intrínsecamente malas, porque “no están en armonía con la razón, sino con la pasión animal, por ser contraria a los fines de la unión legítima y a la propagación de la especie, y por ser un desorden moral”⁵⁸.

González Calderón va más allá, al considerar que los cónyuges hasta contraen un compromiso social porque “pasan desde este momento a ser personas públicas, que pierden en parte su libertad individual”, por lo que autorizarlos a romper el vínculo que los une, “sería lo mismo que atentar contra el orden social, e inutilizar un principio propagativo de la especie, lo cual no es lícito a ningún particular”. Por ello concluye que “el medio más adaptado para contener una pasión, es dejarla sin esperanza”⁵⁹.

Castor Figueras sostiene que “la disolución del matrimonio no es una necesidad social, por el contrario”⁶⁰ y que pretender que los esposos queden moral y materialmente libres para contraer nuevo matrimonio, “por no someterlos a un suplicio” es proclamar la disolución de la familia, “es asestar el más rudo golpe al bienestar social”. Para Figueras, los hijos carecerían de la influencia del hogar, “y en vez de respirar una atmósfera moral y sana que los aparte del error y del vicio, se precipitarían por la pendiente resbaladiza del crimen y del infortunio”. Por eso concluye que la disolución “es un mal inmensamente mayor”⁶¹.

Por su parte, Manuel Carrillo considera que la indisolubilidad del vínculo es también condición de progreso moral y material, porque el crecimiento de la población y de la riqueza que el progreso implica, “no se efectúa sino a condición de una vida individual arreglada y desenvuelta en orden, bajo la protección de leyes buenas, porque los tras-

⁵⁷ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 39.

⁵⁸ Ídem, p. 40.

⁵⁹ Ídem, pp. 40-41 y 43.

⁶⁰ FIGUERAS, p. 22.

⁶¹ Ídem, p. 24.

tornos sociales y la corrupción, enflaquecen las potencias productoras, rebajan y enervan los caracteres y las gentes en esas condiciones sólo pueden dar a la sociedad seres impropios para el trabajo, raquíuticos, degenerados y endebles⁶².

d. Efectos del divorcio

Alejandro González Vélez se preocupa acerca de la situación de los hijos disuelto el vínculo matrimonial, “privados desde la infancia del cariño y solícitos cuidados de la madre, de la dirección y consejos del padre, huérfano en vida de los que le dieron el ser, vivirá condenado a llorar en silencio la pérdida de su amor filial⁶³.”

Manuel Carrillo se pregunta: ¿bajo qué régimen crecerá mejor la población que bajo el de la familia, fundada en la indisolubilidad de los matrimonios? De las familias así constituidas, se forman núcleos vigorosos que “hacen una sociedad fuerte y estable...”. En su opinión, “la indisolubilidad es condición necesaria de la perfección moral, porque favorece el desarrollo de los más puros sentimientos”. Carrillo cree que los esposos no deben separarse porque los seres a quienes han dado la existencia reclaman sus cuidados”. “Pobres corazones” –expresa al referirse a los hijos–. “Estaban destinados a ser fuente de amores, y el divorcio los ha venido a convertir en abismos de odio⁶⁴.”

Benito Carrasco sostiene que al declarar indisoluble el matrimonio la ley se ha propuesto “robustecer la familia haciendo indestructible su principio –mantener la moralidad de las costumbres– y hacer que tengan más plena satisfacción los fines de la unión matrimonial”. A lo que agrega que “atacaría, pues, la unidad de la familia y debilitaría una institución sobre la que la sociedad reposa” y “también afectaría la moralidad de las costumbres” y “dañaría ..a los mismos objetos del matrimonio” –refiriéndose a los hijos–. Carrasco se pregunta cómo podrían encarar juntos la educación de los hijos siendo disoluble el

⁶² CARRILLO, p. 88.

⁶³ GONZÁLEZ VÉLEZ, p. 17.

⁶⁴ CARRILLO, pp. 89 y 91-93.

matrimonio y que “tantos y tan lamentables resultados produce la disolubilidad del vínculo conyugal⁶⁵.

Enrique Parodi afirma que la existencia de hijos no es obstáculo para la sanción del divorcio vincular⁶⁶, mientras que Carlos Aldao considera que cuando dos esposos separados por completo contraen nuevo matrimonio, los hijos “ganan siempre en su condición porque los esposos se complementan y equilibran en sus cuidados con los hijos, haciendo eficaces la influencia severa del hombre y la tierna de la mujer”⁶⁷.

En lo que se refiere a uno de los efectos del divorcio –la capacidad de la mujer divorciada para estar en juicio–, los doctorandos muestran una postura bastante uniforme –aunque basada en fundamentos de lo más disímiles cada uno– frente a lo dispuesto por el Código Civil, que en su art. 210 establece: “la mujer podrá ejercer todos los actos de la vida civil, exceptuando el estar en juicio como actora o demandada sin licencia del marido o del juez del domicilio”.

En este sentido, la mayoría se pronuncia en contra de esta disposición, al considerar que no debe haber limitaciones en la capacidad civil de la mujer divorciada⁶⁸.

Nicolás Vila opina que la norma mejora la capacidad civil de la mujer divorciada. Sostiene que “la ley debe quitar todo aliciente a los estados anómalos” y que de esta forma se desconoce la misión de las leyes, “sin razón plausible que justifique la medida”. En consecuencia propone que se imponga a la mujer divorciada la obligación de pedir la autorización del marido o la supletoria del juez en todos los casos en que la mujer casada necesita de esa autorización para celebrar válidamente los actos de la vida civil⁶⁹.

Octavio de Campero se muestra también en contra de esta disposición, basado en la idea de que la mujer divorciada no puede estar en

⁶⁵ CARRASCO, pp. 58-61.

⁶⁶ PARODI, pp. 71-79.

⁶⁷ ALDAO, p. 41.

⁶⁸ Cabanillas, Gallegos y Campero. Gallegos, por ejemplo, afirma que “cuando ocurra la separación de bienes por causa de divorcio, sea que el marido la solicite o la mujer, opino que debe dejarse a la mujer en plenitud de su libertad civil”, p. 52.

⁶⁹ VILA, p. 53.

inferior condición que la soltera también mayor de edad. De Campero se pregunta: “¿A qué hacer intervenir al marido, ya extraño a su mujer, en los actos de ella, si precisamente se han divorciado porque no quieren tener nada de común entre sí?”; y concluye reflexionando que “son restos del antiguo pupilaje perpetuo de la mujer y es tiempo de que desaparezcan”⁷⁰.

Para Gallegos, la limitación del art. 210 “a lo único que responde es a constatar que, no habiendo el divorcio roto el vínculo matrimonial, la autoridad marital subsiste siempre y que esa venia que concede el esposo sea un motivo de aproximación que puede reconciliarlos alguna vez”⁷¹.

e. El divorcio por mutuo consentimiento

Entre las cuestiones que merecen la atención de los doctorandos también se encuentra la posibilidad del divorcio por mutuo consentimiento, solución que Enrique Parodi acepta expresamente⁷² y acerca de la cual Filemón Cabanillas opina que una ley que permitiera la separación por mutuo convenio, mediante ciertos requisitos, “llenaría una necesidad e importaría un progreso”⁷³. En una posición contraria se ubica Hauscarriaga Vidal, quien sostiene que arrastraría a muchos males, y cita como ejemplo la inmoralidad y el egoísmo de la cláusula que permitiera la disolubilidad del vínculo en el caso de una enfermedad incurable⁷⁴.

f. La separación de cuerpos

¿Qué opinan los doctorandos sobre la separación personal?

Para Alejo Almada, “en lugar de aliviar el infortunio, agrava más la situación” ya que respeta el vínculo celebrado, “sin tener en cuenta, como si fuera cuestión secundaria, que la sublime unión de los corazo-

⁷⁰ CAMPERO, p. 80.

⁷¹ GALLEGOS, p. 51.

⁷² PARODI, pp. 56-59.

⁷³ CABANILLAS, p. 38.

⁷⁴ VIDAL, p. 39.

nes ha desaparecido”⁷⁵. Por eso se pregunta Almada: “¿Qué les espera en el porvenir? Nuestra ley les dice que vivirán solos; que ya no les es permitido pensar en felicidad alguna: que el vínculo es indisoluble; que por más graves que hayan sido las causas alegadas para pronunciar el divorcio, ellos siempre serán tenidos por esposos hasta la muerte de uno de los dos”⁷⁶. Siempre comparando el divorcio con la separación de cuerpos, Hauscarriaga Vidal alega que el divorcio “no puede decidirse que es un bien” y que “ojalá los pueblos nunca necesitaran de él”, pero que “tampoco puede señalársele como un mal, puesto que él puede ser un remedio muchas veces necesario” y que debe ser preferido en ciertos casos, a la separación de cuerpos que el Código admite⁷⁷.

Enrique Parodi cree que “dejando subsistir la comunidad de nombres el deshonor de uno de los cónyuges, recae necesariamente sobre el otro” y que “condena a la esterilidad a los esposos divorciados”⁷⁸. Leopoldo Tahiér considera la separación de cuerpos sin anulación del vínculo como “el peor de los divorcios”⁷⁹, mientras que Gregorio Gallegos justifica su inclusión en el Código “para acallar los escrúpulos de los argentinos entonces católicos en su mayoría”⁸⁰. Gallegos grafica las consecuencias de la separación permitida por el Código al considerar que impone a los cónyuges una pena eterna, “bajo el futil pretexto de que quizá puedan unirse y obtener en lo sucesivo la reali-

⁷⁵ ALMADA, p. 12.

⁷⁶ Ídem, p. 15.

⁷⁷ VIDAL, p. 17.

⁷⁸ PARODI, p. 34.

⁷⁹ P. 60. Tahiér grafica con los siguientes ejemplos: “un esposo, un padre que tenga una compañera infiel y corrompida, no puede por la ley de separación que entre nosotros existe, echarla impunemente del hogar, como debería hacerlo, en estas circunstancias, cuando más obtiene que ella viva en otra casa, y siga arrastrado por el fango de las calles el nombre de ese esposo virtuoso, de esos hijos inocentes sobre los cuales conserva derechos de madre sin merecerlo”. Y continúa: “Esa es la triste separación que tenemos, en que cada uno de los esposos acompañado de su abogado, llega al tribunal y en presencia del Juez trata de deshonorar al otro, sacando a luz pública actos de la vida privada que jamás debieron tocarse; si no por ellos, al menos por los hijos que siendo inocentes se los condena a marchar por la sociedad cubiertos de ignominia. Estos procesos, en que nuestros tribunales han intervenido muchas veces, solo sirven para alimentar la murmuración y hacer que a cada momento sonrisas burlonas indiquen el paso de uno de los esposos separados”, pp. 72-73.

⁸⁰ GALLEGOS, p. 19.

zación de la felicidad que los llevó á la union...”, pero “limitándoles en absoluto su libertad de contraer otro matrimonio como si se tratara de grandes criminales, de criminales eternos, pues que, aun los asesinos, los delincuentes de lesa patria, merecen alguna vez la conmutación de sus penas y no pierden la esperanza de recobrar algún día ese don precioso llamado libertad y con ella la calma, el sosiego, el perdón de sus semejantes”⁸¹.

Ernesto Claros afirma que la separación autorizada en el divorcio causado por la infidelidad, “es un estado imposible para castigar a los dos esposos, cuando uno puede ser completamente inocente”⁸².

Andrés Herrera considera que la separación de cuerpos “es un poderoso medio de matar el sentimiento de pudor en la mujer sin fortuna, que se verá en todos los casos en la necesidad de buscar su subsistencia en uniones ilícitas”⁸³.

Carlos Aldao afirma que la mujer separada de bienes y de cuerpo “no tiene más remedio que el camino del adulterio y la perdición o una vida estéril y asilada, y cierto es que no todos estamos hechos de pasta de mártires para gozar con nuestros sufrimientos”⁸⁴.

Sánchez Viamonte sostiene que el divorcio debe ser preferido a la separación de cuerpos⁸⁵, mientras que Carlos Aldao afirma que la ley “les da la separación de cuerpos y les deja el vínculo que subiste cuando han desaparecido las causas que lo produjeron; les deja una bendición que flota perpetuamente ante sus ojos, que los persigue como un fantasma, recordándoles que no podrán encontrar la felicidad en el matrimonio”⁸⁶.

Hasta Castor Figueras, partidario de la indisolubilidad del vínculo, juzga “mala” a la simple separación⁸⁷, al tiempo que Alejo Almada cita a Balestra: “no es entre un buen matrimonio y uno malo que debe hacerse la comparación; es entre las dos formas de disolución del

⁸¹ Ídem, p. 23.

⁸² CLAROS, p. 25.

⁸³ HERRERA, p. 133.

⁸⁴ ALDAO, p. 34.

⁸⁵ SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 79.

⁸⁶ ALDAO, p. 22.

⁸⁷ FIGUERAS, p. 24.

matrimonio, a saber: entre el divorcio y la separación de cuerpos. El divorcio no aspira a ser una institución reclamada como una mejora del buen matrimonio; pero aspira a disminuir el mal de la separación de cuerpos. ¿Sabéis qué es la separación de cuerpos? Es el divorcio con todos sus inconvenientes y ninguna de sus ventajas; es la obligación de vivir célibe o adúltero siendo casados; es la ficción legal que somete al ser humano por toda la vida a las consecuencias de una falta, de un vicio o de un crimen del otro cónyuge, en que le tocó la fatalidad de ser víctima”⁸⁸.

g. Las consecuencias del divorcio vincular

En este movimiento de fuerzas que pugnan entre sí, se escuchan advertencias acerca de las funestas consecuencias del divorcio vincular. El más ferviente opositor del mismo, Juan González Calderón, sostiene abiertamente que “las consecuencias del divorcio con respecto a los esposos son desastrosas”, particularmente para la mujer⁸⁹ y que los pueblos que lo han sostenido como institución legítima, o que lo han tolerado, “han acarreado con él, el relajamiento y corrupción de sus costumbres, la disolución de sus hogares, y el desmoronamiento de la sociedad”⁹⁰.

Ramón Arigós Rodríguez acude a la experiencia de los otros países: “Nunca nación alguna puso en práctica la doctrina de la disolubilidad, que no fuera seguida de una turba de infelices mujeres deshonoradas y abandonadas, de esposos bárbaramente asesinados, de cabezas

⁸⁸ ALMADA, p. 33.

⁸⁹ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 50.

⁹⁰ Ídem, p. 17. Ejemplifica: “por causa de los divorcios...se hacen mudables y variables los derechos maritales, se debilita la mutua benevolencia, se da ocasión pernicioso a la infidelidad, se daña el cuidado y educación de los hijos, se abre la puerta a la disolución de los matrimonios, se siembra la semilla de la discordia entre las familias, se disminuye y deprime la dignidad de la mujer, exponiéndola al peligro de ser abandonada por su marido cuando este ha satisfecho sus pasiones. ...los divorcios son el mayor enemigo de las familias y de la sociedad, porque los divorcios dimanen de las costumbres depravadas, que dejan el camino expedito a las costumbres viciosas de la vida privada y pública.extendiéndose cada día más la propensión al divorcio, invade el ánimo de muchos, propagándose como enfermedad contagiosa, o como torrente de aguas que se desbordan superando todos los obstáculos ...”, pp. 70-71.

cortadas y de costumbres escandalosamente corrompidas”⁹¹, mientras que Filemón Cabanillas introduce la noción de poligamia, al referir que con el divorcio vincular “se establece una poligamia sucesiva tan perniciosa en sus efectos como la poligamia simultánea”⁹².

h. Causales de divorcio

Las tesis doctorales también hacen referencia a las causales de divorcio, aunque esta cuestión no parece distraer demasiado a algunos autores, los que se limitan a enunciarlas⁹³. Otros, como Enrique Parodi y González Vélez se detienen en ellas⁹⁴. González Vélez se muestra conforme con el sistema vigente, por lo que se limita a efectuar su exégesis, sin efectuar ninguna propuesta de reforma⁹⁵. Facundo Pereyra, por ejemplo, propone que el abandono sea causa de divorcio cuando sea voluntario y malicioso y no el causado por exigencia mayor o forzosamente, mientras que Leopoldo Tahiér afirma que las causas establecidas en nuestra legislación para la separación, “son casi en su totalidad las mismas que en otros países sirven para dar margen al divorcio perfecto”⁹⁶.

i. La jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial

Otra cuestión encarada en las tesis doctorales es la relativa a la injerencia religiosa en materia matrimonial. Tal como señalamos precedentemente, Vélez Sársfield había concedido jurisdicción a los tribunales eclesiásticos para entender en las cuestiones relativas al matrimonio y al divorcio.

Sin perjuicio de la postura que cada uno de ellos asume con respecto al divorcio, los doctorandos se presentan bastante alineados en contra de la injerencia de la religión en asuntos civiles. Así, Castor

⁹¹ ARIGÓS RODRÍGUEZ, p. 44.

⁹² CABANILLAS, p. 30.

⁹³ FIGUERAS, CAROL, CAMPERO y GALLEGOS.

⁹⁴ PARODI 37-59 y GONZÁLEZ VÉLEZ 19-36.

⁹⁵ GONZÁLEZ VÉLEZ, pp. 19-36.

⁹⁶ TAHIÉR, p. 61.

Figueras, fundado en que la jurisdicción eclesiástica es de naturaleza eminentemente pasiva, opina que “no debe ejercer su acción sino en la conciencia de los fieles, no debe salir fuera del templo, porque allí tan solo está su esfera” y que “dar al poder eclesiástico jurisdicción en las causas de divorcio como lo hace el Código Civil de la República, es hacer imperar la influencia de un dogma sobre la autonomía del estado”. Figueras concluye: “la ley civil no debe tener en cuenta los negocios de derecho divino” y ejemplifica: “Torquemada y Felipe II representaban un poder que ya muere, la electricidad y el vapor son el emblema de una civilización que avanza”⁹⁷, argumento que recoge Alejo Almada trece años después, cuando justifica: “solo por el gran predominio que había conseguido el catolicismo, puede concebirse la legislación canónica, como la única competente para conocer en cuestiones jurídicas o civiles. Pero hoy los tiempos han cambiado, nuevas luces han iluminado la ciencia del derecho...”⁹⁸. Sólo Gregorio Gallegos se muestra a favor de la jurisdicción religiosa en materia de divorcio.

j. Los roles femeninos y masculinos

Por debajo de la trama que sustenta las opiniones de los doctores acerca de cuestiones que anteceden o emergen del divorcio, tales como el adulterio, el deber de fidelidad o el depósito de la mujer, e independientemente de la postura que cada uno de ellos asuma con respecto al divorcio, subyacen sus prejuicios, sus valores, los que moldean sus concepciones acerca de los roles femeninos y masculinos en la sociedad y consiguientemente, en la familia.

La mujer es considerada la piedra angular sobre la que descansa la familia, la compañera del hombre, la que “por su naturaleza y educación lleva al matrimonio mayor suma de afecto, de dulzura, de consagración y sacrificio y es el verdadero ángel del hogar”⁹⁹, la guardiana de los hijos¹⁰⁰. Al mismo tiempo se las conceptúa “menos estoicas, y por su naturaleza más frívolas”¹⁰¹, en una demostración más

⁹⁷ FIGUERAS, pp. 25-27.

⁹⁸ Ídem, p. 67. Otros autores que se manifiestan también en contra de la jurisdicción religiosa en materia de divorcio son Campero y Carol.

⁹⁹ ALDAO, p. 45.

¹⁰⁰ GALLEGOS, p. 42.

¹⁰¹ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 23.

de ese doble discurso que les exige que sean el soporte afectivo del varón y las administradoras del hogar, al tiempo que las identifica con la frivolidad, la menor resistencia a la tentación y la encarnación de las fuerzas del mal¹⁰². Paralelamente, el marido es considerado el jefe y sostén económico de la familia, de naturaleza “fuerte” y de carácter “despreocupado”¹⁰³. Aun cuando los doctorandos escriben hacia fines del siglo XIX, la terminología utilizada parece extraída de los manuales de los teólogos morales del siglo XVI y XVIII, como Hernando de Talavera, Luis de Granada, Martín de Azpilcueta Navarro y Martín de Torrecilla, entre otros.

La diferente consideración de los sexos se manifiesta incluso en la naturaleza misma del matrimonio: “el matrimonio es una sociedad en que el hombre pone su fuerza protectora y su autoridad, la mujer su ternura amorosa, su debilidad, su dignidad”, dice Juan González Calderón¹⁰⁴.

Carlos Aldao carga las culpas del origen de las desavenencias matrimoniales y separaciones consiguientes en el hombre. En su opinión en la gran mayoría de los casos la culpa no es de la mujer, porque “esta es más dulce y pacífica que el hombre”; y “siempre es el hombre...el que desconoce sus deberes y obligaciones”¹⁰⁵.

En apoyo de las mujeres, Aldao propone que se trabaje “por que las mujeres sean iguales todas en la familia y en la sociedad”¹⁰⁶.

Con respecto al deber de fidelidad, también se marcan las diferencias entre los sexos. Durante el matrimonio, para Nicolás Vila, la obligación de guardar fidelidad es menos estricta por parte del hombre y para reforzar esta idea agrega que “hasta la mujer conviene en ello”¹⁰⁷.

Al referirse a una de las causales del divorcio consagradas por la Ley de Matrimonio Civil –el abandono voluntario y malicioso– Tahíer

¹⁰² Hemos desarrollado extensamente el tema en nuestro trabajo *Escenas de la vida conyugal. Los conflictos matrimoniales en la sociedad virreinal rioplatense*, Editorial Quórum, en coedición con la UMSA, Buenos Aires, 2003, pp. 23-61.

¹⁰³ GALLEGOS, p. 42.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 50.

¹⁰⁵ ALDAO, p. 45.

¹⁰⁶ Ídem, p. 48.

¹⁰⁷ VILA, p. 46.

considera que éste es mucho más grave cuando lo lleva a cabo la esposa pues como en ella descansa la honra y el buen nombre de la familia, “su falta es sombra destructora que se extiende y mata la honra de su esposo y el nombre de sus hijos”¹⁰⁸.

En línea con la discriminación entre los sexos, la mayoría de los testistas considera más condenable el adulterio femenino que el masculino.

González Vélez sostiene que “el adulterio de la mujer es más grave que el del hombre, porque su sexo está dotado de mayor delicadeza y se halla más desarrollado el sentimiento de pudor y la castidad, lo que hace que su delito implique mayor relajación moral. Y es aún más grave por sus resultados, porque además del pernicioso efecto que produce en la familia atrayendo sobre ella el deshonor, puede introducir hijos extraños que en muchos casos estarán en la misma condición de los legítimos por no ser posible destruir la presunción legal: *is patr est quem just nupciae demostrant*”¹⁰⁹.

Enrique Parodi lo fundamenta en el hecho de que “el deshonor de la mujer repercute en la familia”¹¹⁰ y hasta Gregorio Gallegos, que se pronuncia a favor del divorcio y que se extiende en numerosos argumentos para fundarlo, se muestra más comprensivo hacia el adulterio del marido, porque éste “está en situación más expuesta por lo mismo que se halla en contacto inmediato con toda clase de peligros para su fidelidad conyugal” mientras que “la mujer por su parte, teniendo por misión principal constituirse en guardián de los hijos, tiene menos ocasiones de hallar tentaciones a su debilidad”. Estas diferentes coyunturas determinan, para Gallegos, que el hombre cometa “muchas veces un desliz que la sociedad le perdonará”, mientras que la mujer al contrario, “por su posición misma, su temperamento, su conducta, el velo del pudor, se halla más a cubierto para faltar a sus deberes”¹¹¹.

¹⁰⁸ TAHIÉR, p. 64.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ VÉLEZ, p. 22.

¹¹⁰ PARODI, p. 40.

¹¹¹ GALLEGOS se extiende: “cuando es la mujer la extraviada, la sociedad es más exigente en el castigo, por lo mismo que es más severa en la apreciación del delito, porque si ella está interesada en su propia conservación, lo está quizás con más razón en la de sus miembros y en su reproducción, pero a condición de que sea legítimamente”, pp. 41-42.

Castor Figueras se enrola en la misma línea. Para él, la infidelidad de la mujer es “más detestable por la perversidad moral que demuestra” y “por los disturbios que acarrea a la familia llevando la desventura al seno del hogar”¹¹².

Sin embargo, hay quien, como Ernesto Claros, proclama que los dos esposos pueden exigir el mismo grado la fidelidad como una condición esencial de la unión matrimonial.

Disuelto el matrimonio, el art. 205 del Código Civil concedía al juez que intervenía en el divorcio de los casados sin autorización de la Iglesia Católica, la facultad de ordenar el depósito de la mujer “en casa honesta” dentro de los límites de su jurisdicción, medida que Gregorio Gallegos considera denigrante para ella si fuere el marido el culpable de adulterio; y “si acaso fuere ella, sería obligar a familias honestas a que reciban una especie de presente griego, que muy poca gracia les causaría, mucho más si esas familias tienen hijas menores”¹¹³.

A la hora de opinar sobre el adulterio, Vila expresa que las circunstancias constitutivas del delito no son idénticamente las mismas para la mujer que para el hombre, ni ante la ley, ni ante la doctrina. Vila se muestra preocupado por demostrar los avances legislativos a favor de la mujer, al reconocérsele el derecho a acusar al marido por adulterio. Reafirma: “no se puede pedir más en obsequio a la igualdad de derechos que puede existir entre el hombre y la mujer”. En su opinión, la mujer se tendría que considerar muy satisfecha con este avance, porque de cualquier manera “esa igualdad no puede llegar nunca a ser completa, porque hay entre los sexos desigualdades naturales que ninguna ficción legal podrá traer a ecuación sin alterar las condiciones de existencia de la sociedad”¹¹⁴.

Gallegos no duda en afirmar que si el adulterio puede ser causa de divorcio, “debe juzgarse con benignidad cuando lo comete el hombre, salvo el caso de circunstancias agravantes, y que los efectos civiles y

¹¹² FIGUERAS, pp. 22- 23.

¹¹³ A lo que agrega: “si la mujer adúltera siempre está en la obligación de guardar fidelidad, no tiene objeto que se la deposite como cosa y que después de concluida esa detención quede libre quizás para repetir la falta; siendo por tanto mucho más conveniente, si se quiere evitar la repetición y garantizarlo perfectamente, que se la mantenga en perpetua reclusión. Me parece que es necesario se suprima”, p. 48.

¹¹⁴ VILA, p. 46.

penales han de ser más grandes en el caso de la mujer, dejando a la apreciación de los jueces la graduación consiguiente, y que esto mismo debe observarse en toda clase de matrimonio y en el divorcio quoad thorum et cohabitationem o a vinculo¹¹⁵.

También está presente la diferenciación de sexos en la tipificación misma de la figura del delito de adulterio, la que depende del sexo del autor: El hombre lo comete cuando tiene manceba dentro o fuera del hogar conyugal, mientras que basta una sola relación sexual fuera del matrimonio para que la mujer sea condenada como adúltera¹¹⁶.

Anticipándose a lo que sólo se reformaría más de un siglo después, Ernesto Claros está a favor de la eliminación de la figura del adulterio como delito. Para Claros el adulterio debe ser causa para la disolución del vínculo matrimonial, “sin dar lugar a más sanción que la civil”¹¹⁷.

Claros es la única voz que se alza a favor de la igualdad entre los sexos en lo relativo al adulterio. Citando a Ahrens, proclama que “las leyes serán contrarias a la moral y la justicia mientras no hagan igual la posición de ambos sexos”¹¹⁸.

Las discriminaciones entre los sexos están presentes en las concepciones de un divorcista como Gregorio Gallegos, que al proponer en su proyecto, que los divorciados puedan volver a contraer matrimonio, impone para el hombre un lapso de espera de 5 años, mientras que para la mujer lo extiende a 10.

k. Subsistencia del deber de fidelidad

Un efecto del divorcio que divide a los doctorandos es el de la subsistencia del deber de fidelidad una vez decretado el divorcio. También acá aflora la diferencia entre los sexos, la que es puntualizada por ejemplo por Vila, Cabanillas y Tahiér.

Sin embargo, Octavio de Campero afirma que “no se concibe cómo no habiendo matrimonio ha de persistir la obligación de fidelidad. Si las

¹¹⁵ GALLEGOS, p. 42.

¹¹⁶ Art. 217 y 218 del Código Penal.

¹¹⁷ CLAROS, p. 33.

¹¹⁸ Ídem, p. 32.

leyes se han hecho para los hombres, y no para los ángeles, no deben contrariar a la naturaleza, so pena de no ser obedecidas”¹¹⁹.

González Vélez se pregunta acerca de la subsistencia del deber de fidelidad a partir del hecho de que la Ley de Matrimonio Civil suprimió el art. 208 del Código Civil que contenía la prescripción de guardar el deber de fidelidad, pero considera que “su silencio no importa a mi modo de ver que intente derogarla”¹²⁰.

Nicolás Vila afirma que “la fidelidad que los esposos se deben no está limitada al acto sexual” y que “los actos licenciosos, los actos impúdicos son también actos de infidelidad”, agregando que “no es la mente de la ley para que haya causa de divorcio que se produzca un acto consumado de lujuria, es decir, la cópula carnal, bastando todo hecho que lo haga presumible a juicio prudente o que importe un acto de infidelidad”¹²¹. En el mismo sentido, Filemón Cabanillas sostiene que el adulterio como causal de divorcio no exige la violación de la fe conyugal “cometida corporalmente y a sabiendas por cualquiera de los dos esposos”, ya que “es indudable que antes de consumado produce la relajación de los vínculos de la familia: provoca los celos y el odio en el corazón de los esposos; la armonía que debe reinar entre el hombre y la mujer desaparecen, y pueden resultar de aquí venganzas y aun crímenes”¹²².

Vila distingue entre la acción civil de divorcio y la acción criminal de adulterio. Con respecto a esta última y de la aplicación de la pena correspondiente, aprueba que la ley exija el acto consumado, “porque faltando el acto faltaría el delito”; pero en la acción de divorcio sostiene que “no se trata de castigar un hecho determinado, definido por una ley, sino de proveer a la seguridad personal y a la tranquilidad de dos esposos que no pueden vivir unidos porque sus relaciones han sido

¹¹⁹ CAMPERO agrega: “las obligaciones que continúan (tras un divorcio sin disolución del vínculo) son aquellas compatibles con este estado neutro entre el matrimonio y la soltería: por eso la ley las establece expresamente y son de interpretación restrictiva la obligación de prestar los cuidados debidos a los hijos, es natural como el sentimiento que la produce, que está por encima de todos los cambios de la vida; aunque las leyes no la establecieran, subsistiría. No así la de fidelidad; cesando las causas que la producen, no tiene razón de ser”, pp. 78-79.

¹²⁰ GONZÁLEZ VÉLEZ, p. 12.

¹²¹ VILA, pp. 45 y 46.

¹²² CABANILLAS, p. 48.

alteradas y sus afecciones recíprocas destruidas”. Por ello entiende que no debe probarse que el hecho se consumó, “lo que sería muy difícil, si no imposible, en la mayor parte de los casos, bastando a los fines de la ley que el hecho sea presumible”...¹²³.

3. Algunos aspectos metodológicos: fuentes utilizadas, uso de estadísticas y propuestas de reformas legislativas

Un aspecto que merece señalarse consiste en las fuentes que los doctorandos utilizan para fundamentar sus posturas. Se acude a un variopinto universo integrado por costumbres y legislaciones de pueblos y naciones extranjeras, juristas nacionales y foráneos, canonistas, y también las opiniones de otros doctorandos. Tampoco falta la cita de fuentes no jurídicas, tales como las ideas de políticos, literatos y filósofos.

Los tesisistas vuelven su mirada hacia los tiempos de los egipcios¹²⁴, hebreos¹²⁵, indios¹²⁶, persas¹²⁷, griegos¹²⁸ y romanos¹²⁹; citan el derecho de estos últimos¹³⁰ y en este caso, no falta la cita de Plutarco¹³¹, Tácito¹³²

¹²³ VILA, pp. 44-45.

¹²⁴ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 18; PARODI, p. 23.

¹²⁵ GONZÁLEZ CALDERÓN, pp. 18 y 19; HAUSCARRIAGA, p. 24; GALLEGOS, p. 11; PARODI, pp. 23 y 43; ALDAO, p. 57.

¹²⁶ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 18; HAUSCARRIAGA, p. 24; HERRERA, pp. 16-29; RETO, pp. 15-20; ALDAO, p. 30.

¹²⁷ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 18; HERRERA, pp. 16-29; RETO, pp. 15-20.

¹²⁸ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 18; GALLEGOS, p. 12; ALDAO, p. 57.

¹²⁹ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 18; CABANILLAS, p. 18; HAUSCARRIAGA, p. 25; GALLEGOS, p. 12; GONZÁLEZ VÉLEZ, p. 25; HERRERA, pp. 30-49; RETO, pp. 20-24; PARODI, pp. 23 y 43; ALDAO, p. 59.

¹³⁰ HAUSCARRIAGA, pp. 25-27; CABANILLAS, pp. 18-20; GALLEGOS, p. 12 y TAHIÉR 17-21, en todos los casos sin indicar la norma que se cita. Tahiér sostiene: “El legislador romano, había reconocido el divorcio como una institución indispensable para la buena marcha de la sociedad y de la familia, por eso lo legisló... sin creer que pudiese existir ley alguna bastante poderosa para condenar a perpetuo martirio a un hombre o a una mujer que mutuamente engañados, habianse prometido fidelidad en el amor, comunidad en la dicha, auxilio en la desgracia”.

¹³¹ PARODI, p. 44.

¹³² PARODI, p. 41.

e incluso del poeta Juvenal¹³³, lacedemonios¹³⁴, germanos¹³⁵ y aztecas¹³⁶. También se cita el “derecho de la Edad Media y el visigótico”¹³⁷, sin individualizar la disposición, así como el derecho castellano¹³⁸.

Se acude al derecho comparado, mencionando las legislaciones de España, Italia, Portugal, Alemania, Dinamarca, Suecia, Noruega, Rusia, Suiza, Servia, Montenegro, Rumania, Austria-Hungría, Inglaterra, Bélgica, Holanda, Francia, Prusia, Escocia, Polonia, Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica y Brasil¹³⁹.

Entre las fuentes nacionales se menciona al codificador¹⁴⁰, a los primeros exégetas del Código Civil, como Llerena¹⁴¹ y Segovia¹⁴², a Carlos Tejedor y su proyecto de Código Penal¹⁴³, a los profesores de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires Wenceslao Escalante¹⁴⁴, al de Economía Política Emilio Lamarca¹⁴⁵, al de Derecho Constitucional Aristóbulo del Valle,¹⁴⁶ a los fallos de la Corte¹⁴⁷ e incluso a autores de otras tesis doctorales, tales como Leopoldo Basavilbaso¹⁴⁸ y Juan González Calderón¹⁴⁹.

¹³³ HAUSCARRIAGA, p. 26.

¹³⁴ PARODI, p. 44.

¹³⁵ RETO, pp. 24-25; PARODI, p. 25; ALDAO, pp. 30 y 60.

¹³⁶ ALDAO, p. 30.

¹³⁷ TAHIÉR, pp. 22-28; PARODI, p. 44.

¹³⁸ VILA, pp. 43-44; HERRERA, pp. 50-60.

¹³⁹ Sólo a título de ejemplo mencionaremos a CABANILLAS, p. 22; ALMADA, p. 37; GALLEGOS, p. 14; TAHIÉR, pp. 37-55; SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 82. Tahier sostiene: “Hace ya tiempo, que el establecimiento del divorcio como complemento indispensable del matrimonio viene siendo objeto de serios y meditados estudios en todo el mundo civilizado; actualmente, él forma parte integrante de la legislación civil de las naciones que tanto en Europa como en América ocupan el primer rango por su poder material e intelectual”.

¹⁴⁰ CABANILLAS, p. 25; HERRERA, p. 120; RETO, pp. 27-36.

¹⁴¹ ALMADA, p. 18 y CABANILLAS, p. 39.

¹⁴² CABANILLAS, p. 39.

¹⁴³ CABANILLAS, p. 48.

¹⁴⁴ GALLEGOS, p. 32; HERRERA, p. 115; RETO, p. 44.

¹⁴⁵ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 14.

¹⁴⁶ HERRERA, p. 123.

¹⁴⁷ CABANILLAS, p. 63.

¹⁴⁸ TAHIÉR, p. 56.

¹⁴⁹ ARIGÓS RODRÍGUEZ, p. 47.

Entre los juristas extranjeros se cita a quienes asesoraron a Napoleón Bonaparte para la redacción del Código Civil Francés de 1804, como Portalis¹⁵⁰, Jacques de Maleville¹⁵¹ y Carion-Nissas¹⁵²—este último que sustentó la tesis católica de la indisolubilidad—, a los consejeros Treilhard¹⁵³ y Savoie-Rollin¹⁵⁴ que se opusieron a ella, a representantes de la Escuela de la Exégesis como Demolombe, Aubry y Rau¹⁵⁵, Baudry-Lacantinerie¹⁵⁶, Duranton¹⁵⁷ y Laurent¹⁵⁸, otros juristas franceses como Pothier¹⁵⁹, Merlin¹⁶⁰, Glasson¹⁶¹, Léonard Robin¹⁶², Emile Acolas¹⁶³, filósofos del derecho como Lermínier¹⁶⁴, el político y filósofo francés Louis de Bonald, con su obra “Du divorce”¹⁶⁵, políticos franceses como Leon Renault¹⁶⁶, Ernest Lehr, con su obra *Eléments de Droit Civil Anglais*¹⁶⁷, Robert Fremont¹⁶⁸, así como juristas de otras nacionalidades y estudiosos de distintas ramas del derecho, como los italianos Cesare Beccaria¹⁶⁹, Alfredo Rocco¹⁷⁰, Guiseppe D’Aguanno¹⁷¹, Pascuale

¹⁵⁰ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 62; HERRERA, p. 116.

¹⁵¹ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 68.

¹⁵² GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 43; CAROL, p. 45; GALLEGOS, p. 18; CABANILLAS, p. 32.

¹⁵³ HAUSCARRIAGA, p. 18; CABANILLAS, p. 28; GALLEGOS, p. 16; JULIO SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 80.

¹⁵⁴ CABANILLAS, p. 29; PARODI, pp. 57-58 y CLAROS, p. 26. Este último cita el “Informe al Tribunal sobre la ley francesa de divorcio”.

¹⁵⁵ ALMADA, p. 26 y CABANILLAS, pp. 41 y 59; GONZÁLEZ VÉLEZ, p. 33; HERRERA, pp. 120-121.

¹⁵⁶ CABANILLAS, p. 22; HERRERA, p. 120.

¹⁵⁷ CABANILLAS, p. 47.

¹⁵⁸ GALLEGOS, p. 22; GONZÁLEZ VÉLEZ, p. 31; HERRERA, p. 118; RETO, p. 42; ALDAO, p. 22.

¹⁵⁹ HERRERA, p. 118.

¹⁶⁰ GALLEGOS, p. 60.

¹⁶¹ TAHIÉR, p. 59; ALDAO, p. 61.

¹⁶² GALLEGOS, p. 22.

¹⁶³ SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 40.

¹⁶⁴ PARODI, pp. 19-21.

¹⁶⁵ GONZÁLEZ VÉLEZ, pp. 14, 16 y 34.

¹⁶⁶ ALDAO, p. 24.

¹⁶⁷ CABANILLAS, p. 21.

¹⁶⁸ GALLEGOS, p. 38.

¹⁶⁹ PARODI, p. 9.

¹⁷⁰ GALLEGOS, p. 58.

¹⁷¹ RETO, p. 42.

Fiore¹⁷², los españoles Joaquín Escriche¹⁷³ y Florencio García Goyena¹⁷⁴, el alemán Henri Ahrens¹⁷⁵, el norteamericano Joseph Story¹⁷⁶ y el guatemalteco José María Álvarez¹⁷⁷, mientras que se omite absolutamente la cita de los autores de la doctrina castellana e indiana.

No faltan las citas del Antiguo y Nuevo Testamento¹⁷⁸, de la doctrina de los Padres de la Iglesia¹⁷⁹, los concilios de Elvira y Trento¹⁸⁰, los canonistas Tomás Sánchez¹⁸¹ y Justo Donoso¹⁸², la doctrina del Pontífice León XIII¹⁸³, historiadores de la Iglesia Católica y religiosos como Rohrbacher¹⁸⁴ y Eusebio Renaudoty y su *Perpétuité de la Foy Catholique sur le sacrements*, respectivamente¹⁸⁵, racionalistas como Rousseau¹⁸⁶, Voltaire¹⁸⁷ y Montesquieu¹⁸⁸, filósofos como Herbert Spencer¹⁸⁹ y David Hume¹⁹⁰ o

¹⁷² GALLEGOS, p. 58.

¹⁷³ CABANILLAS, p. 21; GALLEGOS, p. 44.

¹⁷⁴ FIGUERAS, p. 26.; CAROL, p. 46.

¹⁷⁵ CLAROS, p. 32; CABANILLAS, p. 50; RETO, p. 46; CARRILLO, p. 106.

¹⁷⁶ RETO, p. 42.

¹⁷⁷ GALLEGOS, p. 43.

¹⁷⁸ GALLEGOS, p. 13; CABANILLAS, p. 20; TAHÍER, p. 31; GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 53; PARODI, p. 41; ALDAO, pp. 20, 54-55. Tahiér afirma que “Dios tampoco nunca pensó en darle al matrimonio ese carácter de indisolubilidad que lo desnaturaliza, y una prueba de ello es que la Sagrada Escritura cita numerosos casos en que los esposos se repudian y en que hasta el adulterio más definido se acepta sin soñar en nada santo”, p. 30.

¹⁷⁹ ALDAO, p. 61. Tahiér sostiene que “los Padres de la Iglesia estuvieron divididos respecto de la importantísima cuestión de matrimonio y divorcio. Tertuliano, San Epifanio y Asterios (obispo de Armenia) eran partidarios del divorcio, mientras que San Juan Crisóstomo, San Jerónimo y, sobre todo, San Agustín”, p. 34

¹⁸⁰ CABANILLAS, p. 21; GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 57; HERRERA, p. 125; ALDAO, p. 61.

¹⁸¹ GALLEGOS, p. 43.

¹⁸² VILA, p. 44; GALLEGOS, p. 38; GONZÁLEZ VÉLEZ, p. 26.

¹⁸³ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 70. Presumimos que se trata de la Carta Encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae* sobre la familia, del 10 de febrero de 1880.

¹⁸⁴ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 18.

¹⁸⁵ PARODI, pp. 41-42.

¹⁸⁶ HAUSCARRIAGA, p. 10; PARODI, p. 13.

¹⁸⁷ Tahiér cita su frase “El divorcio es de la misma fecha que el matrimonio”, p. 31.

¹⁸⁸ TAHÍER, pp. 33 y 78.

¹⁸⁹ ALDAO, p. 19.

¹⁹⁰ HERRERA, p. 138.

representantes del eclecticismo francés de mediados del siglo XIX como Paul Janet¹⁹¹, el inglés Bentham¹⁹² y el brasileño Freitas¹⁹³.

También se menta a políticos y autores de proyectos legislativos y leyes argentinas y extranjeras, como Juan Balestra¹⁹⁴, el también político y profesor de Derecho Constitucional y Administrativo José Manuel Estrada¹⁹⁵, el educador Amadeo Jacques¹⁹⁶, el constitucionalista Henri Coulon¹⁹⁷, el francés M. Naquet—autor de un proyecto de divorcio presentado en 1876¹⁹⁸—, políticos franceses como Emile Deshayes de Marcere¹⁹⁹, Odillon-Barrot²⁰⁰, Luis Blanc²⁰¹ y el también escritor Benjamín Constant²⁰², el político y publicista Émile de Girardin²⁰³, y a hombres de letras como Alejandro Dumas²⁰⁴, Víctor Hugo²⁰⁵, Ernest

¹⁹¹ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 63.

¹⁹² RETO, pp. 56, 60-61; PARODI, p. 13.

¹⁹³ CABANILLAS, p. 44.

¹⁹⁴ ALMADA, p. 32; TAHÍER, pp. 83 y 13, RETO, pp. 51 y 61.

¹⁹⁵ HERRERA, p. 126; PARODI, p. 13.

¹⁹⁶ PARODI, p. 14.

¹⁹⁷ Herrera, p. 133.

¹⁹⁸ Naquet.—Jurisconsulto y político francés. 1834-1916. Presentó a la Cámara, el 6 de junio de 1876, un proyecto de divorcio que consistía en: el matrimonio se disuelve por el divorcio. Tiene lugar por el mutuo consentimiento de los esposos o por voluntad de uno solo. El divorcio por voluntad de uno solo tiene lugar por causa determinada, o por demanda expresa y persistente de uno de los esposos, afirmando su voluntad de disolver el matrimonio, sin invocar no obstante causa determinada. Las causas determinadas que pueden invocar los esposos demandantes del divorcio, son: el adulterio del marido o de la esposa; la condenación de uno de los esposos a una pena aflictiva e infamante; los crímenes, sevicias o injurias graves de uno de los esposos, contra el otro; las enfermedades incurables, sobrevenidas posteriormente al matrimonio, o anteriores a él; pero desconocidas por uno de ellos en el momento de su celebración y en general toda causa que a juicio del tribunal sea capaz de relajar el vínculo conyugal. Lo citan Hauscarriaga, p. 14; Almada, p. 36; Gallegos, pp. 10 y 31; Tahier, p. 39 y González Calderón, p. 30, entre otros.

¹⁹⁹ ALMADA, p. 43; TAHÍER, p. 82.

²⁰⁰ TAHÍER, p. 59.

²⁰¹ ALDAO, p. 46.

²⁰² GALLEGOS, p. 44.

²⁰³ GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 51.

²⁰⁴ ARIGÓS RODRÍGUEZ, p. 45; HAUSCARRIAGA, p. 15; GALLEGOS, p. 16; GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 31; PARODI, p. 27; ALDAO, p. 28.

²⁰⁵ TAHÍER, p. 84.

Legouvé²⁰⁶, Juan Zorrilla de San Martín²⁰⁷, Friedrich Schiller²⁰⁸ y el economista Leroy Beaulieu²⁰⁹.

En cuanto a la forma de la cita, en muchos casos los nombres se mencionan incompletos y no se individualiza a qué obras se refiere el autor de la tesis. Hay algunos doctorandos que demuestran una cultura vasta y matizada como Gallegos, Cabanillas y Tahiér.

Algunos testistas acuden a las estadísticas para fortalecer sus opiniones²¹⁰. No falta quien afirme que “en los lugares en que el divorcio está establecido, las separaciones son menos numerosas que en los que no lo admiten”²¹¹, a lo que se contraponen quienes sostienen que “los matrimonios son menos numerosos en aquellos países donde el divorcio es admitido, que en aquellos en que existe únicamente la separación corporal”²¹².

Las tesis se completan con proyectos de ley, que sirven para instrumentar las posiciones que se sustentan. En este sentido, Tahiér, Hauscarriaga y Gallegos presentan sus propuestas, en las que introducen la posibilidad del divorcio vincular, innovan en las causales del mismo o sugieren lapsos para que el vínculo matrimonial quede subsistente.

4. La crítica al Código y a la Ley de Matrimonio Civil. El futuro

A través de las tesis doctorales se critican y se alaban las disposiciones del Código Civil y de la Ley de Matrimonio Civil. Así, se alude al “espíritu de intolerancia monacal que predominó en nuestro Código”, se sostiene que “en las leyes civiles no pueden mezclarse los sentimientos religiosos; cada uno de éstos debe tener su esfera propia, porque pertenecen a un orden distinto”, que “las leyes como dice Odi-lon-Barrot, tienen que ser ateas para ser buenas” porque “la ley que

²⁰⁶ ALDAO, p. 43; SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 79.

²⁰⁷ HERRERA, p. 123.

²⁰⁸ PARODI, p. 9.

²⁰⁹ CARRILLO, p. 90.

²¹⁰ TAHIÉR, pp. 73-75; GONZÁLEZ CALDERÓN, pp. 69-70; ALMADA, p. 37 y HERRERA, pp. 134-135; RETO, p. 56; ALDAO, pp. 44 y 49; CARRILLO, pp. 103-104; SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 78.

²¹¹ TAHIÉR, p. 73.

²¹² GONZÁLEZ CALDERÓN, p. 69.

haga intervenir en algo la religión, es una ley teocrática, y una ley teocrática, es una ley tiránica porque hace a Dios cómplice de las pasiones e intereses de los hombres”. Todo ello enderezado a sostener que “la ley de matrimonio no responderá a los fines de su creación mientras no sea complementada con la reglamentación y sanción del divorcio”²¹³.

Otros autores, como por ejemplo González Vélez, se muestran en general conformes con las soluciones aportadas por la Ley de Matrimonio Civil, sobre todo en lo que se refiere a las causales de divorcio. Las únicas objeciones que efectúa es en relación con la causal de injurias graves, que tal como está descripta en la Ley, la considera demasiado “elástica” porque “admitir la injuria con la extensión que se le da, es permitir el divorcio por mutuo consentimiento”. Es por ello que propone limitarla contra el honor del cónyuge exclusivamente. Respecto del abandono voluntario y malicioso, considera que debiera indicarse el tiempo que debe transcurrir para considerarlo como causa de separación, así como la necesidad de exigirse una intimación judicial para que el esposo restablezca en un término dado, la vida en común. Omisiones todas que según el tesista dan pie para que el juez deba apreciarlas, lo que da “ilimitadas facultades de apreciación en estas delicadas cuestiones”²¹⁴.

Leopoldo Tahiér y Alejo Almada creen que tarde o temprano el divorcio vincular se impondrá como una necesidad ineludible y posicionará a la Argentina entre las primeras naciones del mundo. Dice el primero en 1889: “Tengo plena fe en el porvenir, por lo que creo que nuestro país siguiendo la luminosa ruta que en 1822 le trazara el gran Rivadavia, no tardará, venciendo añejas preocupaciones, en establecer el divorcio absoluto, que la hará entonces, la nación por excelencia: la Francia americana”²¹⁵.

Unos años más tarde, Almada dirá: “Podemos asegurar que días más días menos, tendremos que seguir el mismo camino que han seguido casi todos los países del mundo, porque él se impondrá como una necesidad ineludible a la que la sociedad no podrá sustraerse”. Para Almada, el divorcio “entrará a formar parte de nuestra legislación quizá

²¹³TAHIÉR, p. 59.

²¹⁴GONZÁLEZ VÉLEZ, pp. 18-36.

²¹⁵TAHIÉR, p. 16.

en un día no muy lejano; y entonces será un hecho ver convertidos en realidad esas hermosas ilusiones, esas esperanzas de vida, esos grandes y nobles sentimientos que impulsan a unir las almas, a compartir sus alegrías y pesares, sus placeres y penas”²¹⁶.

En 1898 Ernesto Reto no manifiesta ninguna duda de que “en breve lo veremos llenando el claro que a su respecto se nota en la ley común”²¹⁷.

Ya finalizando el período objeto de nuestro estudio, en 1900, Andrés Herrera se muestra optimista al expresar, refiriéndose a la disolubilidad del vínculo matrimonial: “Felizmente la iniciativa de una reforma ya está lanzada; un distinguido jurisconsulto, el Dr. Juan Balestra ha sido el primero que ha osado desafiar la cólera del elemento religioso”. Y agrega, con respecto a la suerte corrida por el proyecto: “No ha surtido efecto esta primera tentativa” pero “esto es muy natural” porque quizás “la época aún no era propicia, el espíritu religioso que nos legó la madre patria aún subsistía aunque no en todo su esplendor”, para concluir con relación a este tema, que “sin embargo, ha preparado al pueblo, le ha hecho ver la necesidad de una reforma y la evolución no tardará en producirse”. Herrera también anticipa que “un hombre público y emprendedor, inteligente, y activo, dotado de un espíritu fuerte y bien templado para resistir con ardor el ataque de los antivivocistas”, Carlos Olivera, se preparaba para sostener ante la Cámara de Diputados su proyecto²¹⁸.

III. CONSIDERACIONES FINALES

A las iniciativas de Balestra de 1888 le siguió la de Carlos Olivera en 1901 –muy semejante al proyecto de Balestra–, debatido en 1902 y cuyo despacho favorable de la mayoría de la Comisión fue rechazado por 50 votos contra 48.

En 1932 se debatió el despacho de la Comisión de Legislación, inspirado fundamentalmente en el proyecto del diputado socialista Silvio

²¹⁶ ALMADA, p. 31 y 41.

²¹⁷ RETO, p. 13.

²¹⁸ HERRERA, pp. 13-14.

L. Ruggieri. En este caso el proyecto fue aprobado por 92 votos contra 26, aunque el Senado no lo sancionó nunca.

En 1954 por la Ley 14.394 se introdujeron modificaciones al régimen de Menores y de la Familia. Al regularse la ausencia con presunción de fallecimiento, se estableció a continuación del art. 31 —que establecía la posibilidad de contraer nuevo matrimonio a favor del cónyuge de aquel que había sido declarado ausente—, la posibilidad de disolver el vínculo a favor de cualquiera de los dos cónyuges una vez transcurrido un año desde la sentencia declarativa de la separación personal de los cónyuges, a pedido de uno de ellos.

En 1956 por medio del decreto-ley 4070, se declaró en suspenso esta disposición, en cuanto habilitaba a contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas, hasta tanto se adoptara una sanción definitiva sobre el “problema” del divorcio.

En 1968, por la Ley 17.711 que modificó el Código Civil, se incorporó el art. 67 bis a la Ley de Matrimonio Civil. Este artículo permitió a los cónyuges pedir la separación en presentación conjunta ante el juez, limitándose a señalar la existencia de causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común. De este modo muchos divorcios contenciosos pudieron ser evitados a través de este procedimiento. Al mismo tiempo, al permitir el divorcio por mutuo consentimiento, adoptó la solución del divorcio-remedio.

Habrà que esperar así casi veinte años más, cuando finalmente, en 1987, por la Ley 23.515 se introdujeron modificaciones al régimen del matrimonio y se incorporó el divorcio vincular al derecho argentino. Al reglamentarse las causales de separación personal y de divorcio vincular, se mantuvo la concepción del divorcio-sanción, por causales culpables atribuidas a uno de los cónyuges o a ambos²¹⁹.

Las opiniones acerca del divorcio vertidas a través de las tesis doctorales dan cuenta de la mentalidad y formación jurídica de quienes serían los primeros intérpretes del Código Civil y de la ley de Matrimonio Civil, y a su vez gestores de los primeros movimientos tendientes

²¹⁹ Arts. 202-205, 214-215.

a impulsar las reformas legislativas en ese terreno. Si bien se trata de trabajos que fueron en ocasiones muy poco originales y con un desarrollo limitado, expresan las inquietudes que el tema del divorcio vincular despertó en los claustros universitarios. No disponemos de suficiente información sobre los autores como para conocer su proyección sobre la cultura jurídica, atento a que aparentemente ninguno de ellos se desempeña luego como docente o plasma en obras de doctrina sus opiniones sobre el divorcio. Unos pocos se vuelcan hacia la política, donde sólo Carlos Aldao —que luego sería diputado— aparece defendiendo el proyecto de Olivera.

Las concepciones de los tesisistas acerca de la disolubilidad o indisolubilidad del vínculo matrimonial, del deber de fidelidad durante el matrimonio, de la distinta configuración del adulterio, del juez que debe entender en las cuestiones de divorcio, de la capacidad jurídica de la mujer divorciada, de los efectos del divorcio sobre los hijos, se entienden sólo a partir de los valores y los prejuicios que expresaron a través de esas páginas.

Así, los futuros doctores se mostraron poco permeables a las ideas más igualitarias acerca de las diferencias entre los sexos, y aun los más flexibles y partidarios del divorcio vincular no se apartaron de las concepciones que circunscribían a la mujer al ámbito de lo doméstico, manteniendo las diferencias en cuanto a su capacidad jurídica.

Independientemente de la postura o militancia católica de muchos de ellos, sorprende el celo con el que defendieron la competencia civil frente a la eclesiástica en cuestiones de divorcio.

A lo largo de capítulos escritos en muchos casos con el único objetivo de cumplir con una reglamentación universitaria, surgieron ideas cimentadas sobre la base de lo observado, de lo detectado, de lo que no encuadraba en ningún marco.

Y entonces, como en una película, se suceden imágenes que van desde el amor y el matrimonio, hasta el engaño, la desilusión, la ruptura, el desarme de la familia, el desprecio de la sociedad, la vida de a uno, las uniones desprotegidas, los litigios y la esperanza de volver a encontrar un nuevo amor.

Más allá de la visión de los doctorandos acerca de qué ocurre cuando se acaba el amor y la mayor o menor pasión y habilidad con la que defendieron sus posturas, sus reflexiones prepararon el camino hacia reformas esperadas y demoradas.

Sólo cuando se pudo superar la rigidez y adoptar ideas más flexibles, cuando se descorrió el velo de la hipocresía, llegaron los anhelados cambios: plena capacidad jurídica de la mujer, independientemente de su estado civil, divorcio por presentación conjunta, supresión de la figura del adulterio como delito²²⁰ y divorcio vincular.

²²⁰ Por la Ley 24.453 dictada en 1995.