

400

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**



**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

**"ANALISIS SOBRE LA LEGALIDAD Y EQUIDAD
DE LOS ALIMENTOS PARA EL CONYUGE EN EL
DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO"**

97226

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

ASESOR: LIC. JORGE ERVIN BECERRA



STA. CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEXICO, ABRIL DEL 2001.





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

GRACIAS A DIOS.

Por permitirme ver la luz cada día, por haberme dado la esperanza, la salud, por iluminarme y ser el guía de todos y cada uno de los pasos que he seguido en mi vida, por darme el privilegio del estudio y haber hecho posible concluir mi más anhelado sueño, por ello y por todo lo que me ha dado en la vida.

GRACIAS.

Con cariño y respeto dedico esta tesis a mi padre, el Sr. Felipe Vilchis González, esperando sea motivo de orgullo y satisfacción por todo tu esfuerzo y empeño realizados por verme a mí, tu hijo, como profesionista, y que sea para ti como un humilde pero significativo tributo a todos tus consejos, ejemplo y valor que siempre me has inculcado.

Especial y orgullosamente a mi madre, la Sra. Guadalupe Limón Banda, a quien quiero y admiro; gracias por todos los desvelos y sacrificios incontables que han logrado hacer de mí un profesionista, con todo mi amor para ti mamá, por haberme dado la vida y por destinar todo tu esfuerzo y dedicación a hacer de tu familia ejemplo de bondad, rectitud y responsabilidad.

A mis hermanos: Leonardo, Yolanda y Lucila; gracias por el apoyo incondicional que siempre me han brindado, por sus consejos, por haber creído en mí y por el cariño que siempre me han expresado.

A mis compañeros de la generación 1994-1999, especialmente a: Verónica, Jorge, Elena, Mirna, Janette, Mary Carmen.

He aprendido que la amistad puede existir gracias a gente como ustedes; gracias porque con ustedes compartí tantos momentos de alegría y esperanza.

A mi asesor: Licenciado Jorge Servín Becerra.

Como un testimonio de respeto y admiración por su gran labor de forjar excelentes profesionistas. Con profunda gratitud por su valiosa e incondicional ayuda en la elaboración de esta tesis.

Al honorable sínodo:

Lic. Leoncio Camacho Morales.
Lic. Jorge Servín Becerra.
Lic. Jesús Flores Tavares.
Lic. Saúl Corza Valladares.
Lic. Roberto Cabrera Mendieta.

Quienes con sus valiosos conocimientos forman generaciones de nuevos profesionistas.

Por sus observaciones y apoyo, gracias.

ANÁLISIS SOBRE LA LEGALIDAD Y EQUIDAD DE LOS ALIMENTOS PARA EL CÓNYUGE EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE EL DIVORCIO EN MÉXICO.

	Pág.
a).- Concepto y naturaleza del divorcio. _____	1
b).- El divorcio en los Códigos Civiles de 1870 y 1884. _____	7
c).- El divorcio en la Ley de Relaciones Familiares. _____	13

CAPÍTULO II

EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO.

1.- DERECHO EUROPEO.	
a).- Austria. _____	20
b).- Alemania. _____	30
c).- España. _____	41
d).- Italia. _____	64
e).- Francia. _____	75
2.- DERECHO AMERICANO.	
a).- Canadá. _____	85
b).- Estados Unidos. _____	92
c).- Puerto Rico. _____	107
d).- Argentina. _____	112

CAPÍTULO III

ALIMENTOS DEL CÓNYUGE EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

a).- Definición y naturaleza de los alimentos. _____	132
--	-----

b).- Características de la obligación alimenticia. _____	136
c).- Personas obligadas a dar alimentos. _____	143
d).- Casos en que cesa la obligación de dar alimentos. _____	148
e).- Alimentos en el divorcio por mutuo consentimiento. _____	150

CAPÍTULO IV

CRÍTICA A LAS DIVERSAS REFORMAS HECHAS POR EL LEGISLADOR AL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

a).- Código Civil del Distrito Federal de 1928. _____	156
b).- Decreto publicado en Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974. _____	165

CAPÍTULO V

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL.

a).- En el Divorcio por Mutuo Consentimiento. _____	185
b).- En materia de Alimentos. _____	189
c).- Causas y efectos que dieron origen a esta propuesta. _____	196

CONCLUSIONES. _____	199
----------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA. _____	201
----------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

La familia es la primera y más importante de las Instituciones Jurídicas; en México, es considerada como una institución fundamental de nuestra sociedad, en ella está presente el interés social y el interés público al respetar, regular y proteger a quienes forman parte de ella, de ahí que el Estado siempre se ha preocupado por mantenerla unida.

Sin embargo, en la actualidad uno de los más agudos problemas familiares que padece nuestra sociedad es el de la proliferación de divorcios; que si bien es cierto, en muchos casos es necesario y es la única salida para los problemas y presiones que se desarrollan en el seno de la familia, donde la situación conyugal es cada vez más insostenible, y el matrimonio en lugar de ser un factor de unión, se convierte en un laberinto que conlleva a situaciones y desavenencias que propician un verdadero desajuste emocional en el núcleo familiar. Aunque cabe aclarar que el divorcio en verdad no es la causa que motiva el rompimiento de las relaciones conyugales, sino al contrario, es el efecto. El divorcio no es sino el medio jurídico de legalizar una situación que ya se produjo; en este sentido, analizaremos uno de los tres tipos de divorcio que nuestra legislación contempla, conocido como divorcio por mutuo consentimiento.

Por otro lado, también dentro del seno familiar se generan derechos y obligaciones, derechos tales como recibir alimentos, vestido, habitación, atención médica, etc., así como la obligación a proporcionar lo necesario para la subsistencia, generándose así un vínculo jurídico obligacional entre personas, por ejemplo entre padres e hijos, ascendientes y descendientes y viceversa, y entre personas determinadas según su figura jurídica; entre cónyuges que, como la ley señala, están obligados a proporcionarse alimentos, misma obligación que queda subsistente en los casos de divorcio para los cuales la misma ley determinará quién de los cónyuges tiene derecho a recibir una pensión alimenticia, una vez decretado el divorcio, derecho que se encuentra contemplado en el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal. Aunque consideramos oportuno mencionar que nuestro objetivo principal es analizar la cantidad o porcentaje de pensión alimenticia que dará un cónyuge al otro en el divorcio por mutuo consentimiento, desde luego, sin restarle importancia a ese mismo derecho en el divorcio necesario, para lo cual también realizaremos algunos comentarios al respecto.

Aunado a lo anterior, a partir de que se promulgó el Código Civil en 1928, hasta nuestros días, el artículo 288 ha sufrido diversas reformas, que se han venido adecuando a las circunstancias de cada época, las cuales analizaremos durante el desarrollo del presente trabajo.

Finalmente expondremos una propuesta de reforma al artículo en comento, ya que existen situaciones que aunque la ley las prevé, el juzgador no las contempla al momento de determinar la cantidad que por concepto de

alimentos un cónyuge debe proporcionar al otro en el divorcio por mutuo consentimiento, que aunque si bien es cierto que dicha cantidad es establecida por el acuerdo de los divorciantes en el convenio, también se debe atender al principio de proporcionalidad, y por otro lado, también se debe contemplar que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos pueden alterarse o modificarse cuando existan factores ajenos a la voluntad de las partes que permitan realizar los ajustes necesarios al convenio, y ante lo cual consideramos que el juzgador tiene que expresar esas prevenciones en el convenio correspondiente.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE EL DIVORCIO EN MÉXICO.

El divorcio es y sobre todo fue en el pasado una figura friamente controvertida. Razones de peso se defienden en pro y en contra del divorcio. Los opositores al mismo aducen que el divorcio es factor primordial de la disgregación familiar y de la descomposición social por ser la familia la célula social. Los que defienden el divorcio exponen que no es el mismo el origen de la ruptura del matrimonio, sino solamente la expresión legal y final del fracaso conyugal cuyas causas suelen ser innumerables y que, ante la real quiebra del matrimonio se convierte en indebida, injusta y hasta inmoral la persistencia del vínculo legal, pues impide a los que no pueden divorciarse, intentar una nueva unión lícita que podría prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida.

Al divorcio se le ha llamado acertadamente, un mal menor o un mal necesario. Es un mal, por que es la manifestación del rompimiento de la unidad familiar, pero es un mal menor y por ello necesario porque evita la vinculación legal de por vida de los que ya están desvinculados de hecho. El divorcio ha asumido formas y producido efectos diversos, dependiendo de cada cultura en particular; pero siempre ha estado presente en todos los órdenes jurídicos.

Los más antiguos testimonios de la historia de la humanidad hablan de alguna manera del divorcio, normalmente permitido como un derecho exclusivo del varón de repudiar a su mujer por causas diversas, como el adulterio, la esterilidad, torpezas, impudicia, etc. Ocasionalmente encontramos el derecho al repudio por parte de la mujer y por causas más limitadas como el maltrato del hombre o el no cumplir con los deberes del matrimonio.

Después de esta breve reseña sobre las causas que daban origen al divorcio, así como las consecuencias que sufría la familia y la sociedad por el fracaso conyugal, entraremos al estudio sobre los diversos conceptos de divorcio, así como a la naturaleza jurídica del mismo.

a).- CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DIVORCIO.

CONCEPTO.

La palabra Divorcio proviene del latín Divortium, que significa disolución del matrimonio. Forma sustantiva del antiguo Divertere, que significa separarse; voltere, (dar vueltas).

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

En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos, en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal.

El artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, define de modo implícito el divorcio en cuanto al vínculo, al señalar lo siguiente: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Por lo tanto, produce en consecuencia dos efectos, el primero es que deja de existir el vínculo jurídico que obligaba a los cónyuges; y el segundo, les otorga plena capacidad para volver a contraer matrimonio.

A este respecto el Maestro Ignacio Galindo Garfias nos da su concepto acerca del divorcio y nos dice que "es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley."¹

Así mismo para el Maestro Antonio De Ibarrola "el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los cónyuges, Divortium viene del verbo *divertere*: irse cada quien por su lado. Esta ruptura no puede tener lugar más que mediante la acción de la justicia y por las causas determinadas por la ley."²

Por su parte el Maestro Rafael De Pina Vara al definir el divorcio, señala que: "La palabra divorcio, en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso."³

Jurídicamente el divorcio significa la disolución del vínculo conyugal que unía a un matrimonio, pronunciada ésta por una sentencia que se dicta después de seguir un procedimiento judicial o administrativo y que concede a las partes la libertad de contraer un nuevo matrimonio.

"Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer posteriormente un nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas

¹ IGNACIO GALINDO GARFIAS. "Derecho Civil". Primer curso. Editorial Porrúa. Décimotercera Edición. México. 1994. Pág. 597.

² ANTONIO DE IBARROLA. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Tercera Edición. México. 1984. Pág. 334.

³ RAFAEL DE PINA VARA. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Tomo I (Introducción-Personas-Familia). Editorial Porrúa. 47ª Edición. México. 1992. Pág. 338.

previamente establecidas en la ley ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales del procedimiento.”⁴

Tanto el Maestro Rafael De Pina Vara, como el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México incluyen en el concepto de divorcio todos los elementos esenciales de éste, como son: la existencia de un matrimonio válido, la disolución del vínculo, la presencia de una causa determinada por la ley y la aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

La Doctora Sara Montero Duhalt, expone el concepto de divorcio en la forma siguiente: “La palabra divorcio deriva de la voz latina “Divortium” que significa separar lo que estaba unido, tomar líneas divergentes, divorcio es la antítesis del matrimonio, matrimonio significa unión, comunidad, encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo conyugal.”⁵

Este concepto sigue la línea fundamental del “rompimiento” pero no incluye los demás elementos jurídicos o esenciales, mencionados con anterioridad.

De los conceptos antes citados procedemos a dar la siguiente explicación:

1) El divorcio es una institución, ya que se encuentra de por medio un conjunto de relaciones jurídicas que deben quedar debidamente reguladas al concluir éste.

2) Para que proceda el divorcio debe existir alguno de los supuestos marcados por nuestra legislación civil en su artículo 267.

3) Efectivamente, a través del divorcio se rompe el vínculo conyugal entre los consortes. En consecuencia, los deja en la posibilidad de volver a contraer nuevo matrimonio.

4) Las consecuencias del divorcio repercuten no sólo respecto de los cónyuges, sino también en relación a sus bienes y a la situación jurídica de los hijos (en caso de haberlos).

5) Debe tramitarse ante la autoridad competente ya que, no hay que olvidar que puede tramitarse ante el poder judicial o autoridad administrativa, cumpliendo en su caso con cada uno de los requisitos legales del procedimiento que para cada situación se establezca. Por lo tanto, deben analizarse cuidadosamente las circunstancias en que se encuentren los cónyuges y la

⁴ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa. México. 1989. Pág. 1184.

⁵ SARA MONTERO DUHALT. “Derecho de Familia”. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México. 1992. Pág. 196.

reglamentación que en cada caso hace referencia nuestra legislación para poder determinar que autoridad es la adecuada para tramitar el divorcio.

NATURALEZA JURIDICA.

“El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio deja de producir sus efectos, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros.”⁶ Por tanto en sí mismo el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal, pero ésta sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia ley determina; en consecuencia produce dos efectos: El de la mencionada ruptura y el de otorgar a los cónyuges la facultad de contraer nuevo matrimonio. Ninguno de ellos existía en la legislación anterior a la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que fue la primera que autorizó el divorcio en cuanto al vínculo.

Para comprender bien la naturaleza jurídica del divorcio, hay que precisar en que consiste el matrimonio mismo. El matrimonio puede ser considerado desde varios puntos de vista, a saber:

- a) Como un acto jurídico solemne;
- b) Como un contrato y;
- c) Como una institución social reglamentada por la ley.

“El acto del matrimonio es de naturaleza civil, y desde las leyes de la reforma expedidas por Juárez en el Puerto de Veracruz el día 23 de julio de 1859 dejó de ser un acto religioso para convertirse en un contrato sujeto a la autoridad igualmente civil. Dicha ley dice lo conducente: “El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez, bastará que los contrayentes previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.”

2° “Los que contraigan el matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes conceden a los casados.”

3° “El matrimonio civil es indisoluble, por consiguiente sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de esta ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas.”

⁶ EDUARDO PALLARES. “Diccionario de Derecho Procesal Civil”. Editorial Porrúa. Vigésima Primera Edición. México. 1994. Pág. 261.

Puede también calificarse el matrimonio como una institución social, porque tiene las características que se atribuyen a todas las instituciones, y que son las siguientes:

Un conjunto de normas jurídicas, debidamente unificadas, que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial. Es evidente que el matrimonio tiene las características mencionadas."⁷

Como acto está sujeto a las siguientes disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal: del artículo 146 al 161 en los cuales reglamenta los requisitos para contraer matrimonio.

El matrimonio como contrato y como institución está sujeto a las siguientes disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal: del artículo 162 al 234 en los cuales señala los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, así como las disposiciones generales del contrato de matrimonio con relación a los bienes; y la reglamentación del régimen sobre el cual contraerán matrimonio, es decir, si será bajo la sociedad conyugal o sobre separación de bienes. También nos estatuye las donaciones antenupciales y entre consortes.

Para complementar esta sección, creemos necesario entrar al estudio de la naturaleza del divorcio, pero partiendo de un divorcio por mutuo consentimiento, ya que es importante determinar que debemos entender por esta figura.

A este respecto la Maestra Sara Montero Duhalt lo define como "la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges."⁸

Por su parte el Maestro Carlos Arellano García señala que "el divorcio por mutuo consentimiento, también llamado divorcio voluntario, es la institución jurídica por medio de la cual, ambos cónyuges acuden ante autoridad competente a solicitar la disolución del vínculo que los une, previa la reunión de los requisitos que la ley establece"⁹

A continuación, trataremos de explicar los conceptos antes citados:

1) Consideramos que es correcto el término "autoridad competente" a que aluden los doctrinarios en cita, en virtud de que como sabemos el divorcio puede tramitarse ante autoridad judicial o ante autoridad administrativa.

⁷ Ibidem. Pág. 261.

⁸ Ob. Cit. SARA MONTERO DUHALT. "Derecho de Familia". Pág. 254.

⁹ CARLOS ARELLANO GARCÍA. "Procedimientos Civiles Especiales". Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1987. Pág. 323.

2) Es correcto advertir que se trata de una institución jurídica, pues existe un conjunto de relaciones de esa índole que deben quedar debidamente reguladas como son las que existen entre los cónyuges, entre éstos y sus hijos y respecto a los bienes, ya que de otra manera se podrían afectar derechos de los interesados y de sus hijos. Razón por la cual es importante destacar que cuando no se cumpla con los requisitos del artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, se debe acudir al divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial, en la que además se debe anexar a la solicitud de divorcio, el convenio a que se refiere el artículo 273 de la Ley en comento, en el que debe fijarse la situación de los solicitantes, de los hijos y bienes durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio.

3) En esta clase de divorcio, existe la voluntad de ambos consortes, de ahí que sean ellos quienes de manera conjunta inicien el procedimiento con la intención de disolver su matrimonio, pues de lo contrario tendrían que tramitarlo por la vía ordinaria civil, esto es, a través del procedimiento establecido para el divorcio necesario en donde obviamente no existe el acuerdo de voluntades.

4) Para obtener la disolución del vínculo matrimonial, es necesario también, que los solicitantes cumplan con los requisitos establecidos por la ley, en este caso, los consortes deben encontrarse en alguna de las hipótesis previstas por el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal que aplicado a contrario sensu sería: a) Que tengan hijos; b) Que los cónyuges sean menores o mayores de edad; y c) Que aún no hayan liquidado su sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, así como que exista la voluntad de ambos divorciantes de dar por terminado el vínculo matrimonial que los une y además, elaborar el convenio en el que queden satisfechos todos los aspectos a que se refiere el artículo 273 del ordenamiento en cita.

Es por ello, que acertadamente el Maestro Arellano García señala "previa la reunión de los requisitos procesales que la ley establece".

De lo anterior podemos concluir, que el divorcio por mutuo consentimiento es la disolución del vínculo matrimonial a solicitud de ambos consortes ante autoridad competente, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley.

Dentro de la doctrina existe polémica en cuanto a determinar si la naturaleza del divorcio por mutuo consentimiento ante autoridad judicial, encuadra dentro de los actos de jurisdicción voluntaria, o bien, si se trata de un verdadero juicio.

Para el Maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo la naturaleza del divorcio por mutuo consentimiento corresponde a la jurisdicción voluntaria, por tratarse de un proceso sin litigio. Para él esta clase de divorcio "no es más que una autocomposición judicialmente homologada, como consecuencia de hallarse en

juego intereses distintos y superiores a los egoístas de los cónyuges y también por efecto de la publicidad inherente a los actos del estado civil."¹⁰

El autor en cita agrega además que el divorcio en comento encuadra dentro de los actos de jurisdicción voluntaria porque no hay inobservancia del Derecho sino sólo voluntad convergente en disolver un matrimonio válido. Por lo tanto, al no haber conflicto entre partes, se está ante un negocio de jurisdicción voluntaria en el que se emplean formas procesales, no para resolver un litigio sino para confirmar y homologar el acuerdo de voluntades.

Por otro lado, el Código Civil Comentado para el Distrito Federal al referirse al contenido del artículo 272 nos indica que existen dos procedimientos: uno que se tramita ante autoridad administrativa y "otro procedimiento, que los cónyuges deben tramitar ante autoridad judicial, en vía de jurisdicción voluntaria."¹¹ Como vemos, de esto se desprende que le atribuye la naturaleza de una jurisdicción voluntaria.

b).- EL DIVORCIO EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

"Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentando sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre ambos códigos sólo existe una diferencia: el primero estatua mayores requisitos, audiencias y plazos, para que el Juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, reduciendo considerablemente los trámites del Código Civil de 1884; enumerándose en ambos códigos algunas de las que enumera el Código Civil vigente como causas de divorcio vincular."¹²

CODIGO CIVIL DE 1870.

"Hablar del Código Civil de 1870 es remontarse a los anales de una historia rica e interesante de nuestro país. Este ordenamiento jurídico, primero en su género en la República, vino a establecerse en una sociedad donde el cambio y la inseguridad jurídica reinaban en todo su esplendor. Buscando siempre el equilibrio y particularmente adecuar a la sociedad mexicana en la búsqueda de un camino institucional para la solución de sus diferentes problemáticas sociales, se expidió este Código en un momento donde a pesar de los esfuerzos por pacificar la Nación, ésta se encontraba una vez más en disputas regionales con cierta trascendencia."¹³

¹⁰ NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO. "Derecho Procesal Mexicano". Tomo I. Editorial Porrúa. 4^a Edición. México. 1989. Pág. 419.

¹¹ CODIGO CIVIL COMENTADO PARA EL DISTRITO FEDERAL. Libro Primero. De las Personas. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa. 1995. Pág. 201.

¹² RAFAEL ROJINA VILLEGAS. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Séptima Edición. México. 1987. Pág. 388.

¹³ CÓDIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO. Imprenta Imperial. México. 1866. Pág. 26.

El Capítulo V del Código Civil de 1870 regula lo relativo al divorcio, partiendo de la noción del matrimonio como unión indisoluble y no se admite el divorcio vincular. Se señalaron siete causas de divorcio (separación de cuerpos), de las cuales cuatro constituían delitos.

Artículo 240: "Son causas legítimas de divorcio:

- 1° El adulterio de uno de los cónyuges;
- 2° 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;
- 3° La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- 4° El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción;
- 5° El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años;
- 6° La sevicia del marido con su mujer o de ésta con aquél;
- 7° La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro."

En un análisis de las causales observamos que sobrevive la causal por excelencia del divorcio que es el "adulterio". En ésta, observamos que en cualquier caso donde se observen actos que encuadren dentro del tipo penal de adulterio llevados a cabo por cualquiera de los consortes, el inocente puede demandar la separación de cuerpos sin ningún problema, emanado de su sexo. Esto viene a colación porque en el artículo 153 del Código Del Imperio Mexicano, se observa un total predominio del espíritu machista en las leyes en cuestión. También el adulterio estaba dentro de las causas para demandar el divorcio, pero hacía la anotación que en el caso de que la mujer lo cometiera era siempre causal (artículo 241 del Código Civil de 1870); pero en relación al varón, tenía que concurrir alguna de las cuatro condiciones dadas por el Código antes citado para hacerlo procedente, tal y como lo establecía el artículo 242, que a la letra dice: "El adulterio del marido es causa de divorcio solamente cuando en él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- 1° Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;
- 2° Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

3° Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

4° 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.”

Esto fue importante porque esta figura se repetiría en el Código Civil de 1884, el cual analizaremos más adelante con detenimiento.

El artículo 239 del Código Civil de 1870 establecía que “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.”

“Este ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio una serie de trabas y formalidades. Se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de constituido. Este Código señalaba como condición sine qua non para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubiera transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción del divorcio era improcedente.”¹⁴

“Consideramos de importancia el artículo 260 del ordenamiento en consulta, ya que faculta a los cónyuges para dar por terminado el divorcio por separación de cuerpos, en cualquier etapa del juicio, aún cuando existiera sentencia definitiva que hubiese declarado el divorcio, con la simple cohabitación voluntaria y sin trámite judicial alguno, la misma quedaba sin efecto mostrándose de nuevo con el espíritu proteccionista del Código Civil de 1870 para con la institución de un matrimonio como vínculo indisoluble.”¹⁵

La reconciliación deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio, pone término al juicio si aún se está instruyendo; pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al Juez, sin que la omisión de ésta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliación (artículo 263). La ley presupone la reconciliación cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella, ha habido cohabitación de los cónyuges (artículo 264). Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos, aún cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente (artículo 275). Las audiencias en cuanto a los juicios de divorcio eran secretas, teniendo como parte al Ministerio Público (artículo 278).

¹⁴ Ob. Cit. RAFAEL ROJINA VILLEGAS. “Derecho Civil Mexicano”. Pág. 389.

¹⁵ Ibidem. Pág. 391.

CODIGO CIVIL DE 1884.

"El 14 de diciembre de 1883 el Presidente de la República, General Manuel González, reformó por decreto ejecutivo el Código Civil de 1870. Dicho ordenamiento jurídico entró en vigor al año siguiente y prácticamente lo que se buscaba era crear toda una nueva cultura del derecho basada en una nueva ideología. La porfirista.

Para 1876 el General José de la Cruz Porfirio Díaz Mori, asume por primera vez la máxima magistratura del país. Sus ambiciones políticas comenzaban a despuntar claramente; sólo que en esta ocasión tenía un impedimento para continuar con sus planes: La Constitución de 1857 prohibía la reelección inmediata. Así que decidió en 1880 al culminar su mandato, dejar en manos de su compadre, el General Manuel González la responsabilidad de la presidencia del país. Esta administración se distinguió por una continua reforma a las leyes existentes con el fin de preparar el camino al General Díaz para su ascensión al poder en 1884 y llevar a cabo todo un programa político-económico-social que el país necesitaba con urgencia."¹⁶

Así encontramos que el Código Civil de 1884 fue prácticamente una copia fiel al expedido con antelación en 1870. Las aportaciones que se hicieron fueron mínimas; siguió protegiendo al individuo más allá del interés colectivo, el cual no se iba a hacer presente sino hasta que se presentara un verdadero movimiento de masa emanado del pueblo, y que significara la reivindicación de sus condiciones sociales perdidas a lo largo del tiempo.

El Código Civil de 1884 no fue más que la continuación de la idea plasmada originalmente en la Ley del Matrimonio Civil de 1859, de donde el Código de 1870 tomó también su base jurídica.

En materia de divorcio el nuevo ordenamiento estableció lo mismo que el anterior, a excepción de dos modificaciones que fueron:

- a).- Prohibir al divorcio en matrimonios que tuvieran más de veinte años de haberse constituido legalmente, y;
- b).- Prohibir al divorcio cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad.

Esta última anotación es una copia del artículo 277 del Código Napoleónico, y en conjunto ambas prohibiciones lo son del artículo 161 del Código Civil del Imperio Mexicano de 1866.

Referente al primer punto, la prohibición obedece seguramente a una doble finalidad: por un lado perpetuar a la familia, protegerla y no permitir su

¹⁶ Ob. Cit. CÓDIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO. Pág. 37.

disgregación en un ambiente donde la represión moral y psicológica hacia los divorciados era mucho mayor que ahora; y en segundo lugar el hablar de matrimonios con más de veinte años de matrimonio, es hablar que los cónyuges están alrededor de una edad de entre treinta y ocho y cuarenta y cinco años en promedio, y que su vida reproductiva está por comenzar a tener un descenso importante y el unirse con una nueva pareja con el fin de formar una nueva familia, biológicamente podría tener consecuencias catastróficas para la descendencia por la edad de sus padres, tales como malformaciones congénitas, mayor riesgo tanto en el producto como en la madre, etc.

En lo que respecta a prohibir el divorcio a mujeres que tengan una edad igual o mayor de cuarenta y cinco años, obedece también a cumplir con el fin del matrimonio cabalmente, es decir, evitar se corran riesgos sobre la madre y el producto en caso de que se tuviera. Es sabido que la menopausia aparece normalmente después de los cuarenta y cinco años de edad, y esto viene a colación porque si se permitieran esos matrimonios, entonces es casi normal que la mujer ya no es fértil, y por lo tanto, uno de los fines de la institución matrimonial que es el de perpetuar la especie ya no se estaría cumpliendo. Por lo anterior, el legislador al matrimonio no lo observa desde una óptica de la decisión de compartir una vida en común, sino de un hecho que va más allá, el de asegurar la supervivencia de la especie humana y otorgar a la descendencia plena seguridad jurídica.

El Código en comento sigue con su lineamiento de indisolubilidad del matrimonio, e incluso y como ya habíamos hecho referencia, no cambia nada en lo que respecta a esta figura a lo señalado en 1870. La imitación es tal que cuando se refiere a las causales legítimas para demandar ante la autoridad competente la separación de cuerpos señala las siguientes:

I. El adulterio de uno de los cónyuges;

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

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 de 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;
- VII. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro;
- VIII. La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro;
- IX. La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley;
- X. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez;
- XI. Una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge;
- XII. La infracción de las capitulaciones matrimoniales, y;
- XIII. El mutuo consentimiento."

Como se observa, de los puntos uno al siete son prácticamente transcripciones del Código anterior, excepción hecha por el punto seis que señala como causal para demandar el divorcio, la ausencia por más de un año del otro cónyuge, y en la anterior legislación señalaba expresamente el término de dos años. Por lo demás ésta nueva legislación sólo agrega seis causales nuevas para poder demandar el divorcio y son de los puntos ocho al trece.

En la causal octava se refiere a lo que se conoce como "difamación de honor", ya que la acusación falsa debe presentarse ante autoridad judicial, no es sólo el acusar al cónyuge de algo que cometió, sino que esta acusación signifique un grave deterioro en su integridad moral que haga imposible la convivencia pacífica con su pareja.

Con relación a las enfermedades, ya no era obligatorio compartir el destino con la pareja cuando ésta había recurrido al dolo o a la mala fé para casarse, ocultándole de antemano su mal. Las enfermedades que se pudieran transmitir y más aún las que de alguna forma pudiesen significar un atentado a la vida de los cónyuges y su descendencia por ser contagiosas o incurables tenían el problema central de también atentar contra el espíritu del matrimonio, así como a sus fines, que es la perpetuación de la especie y que ésta sea totalmente sana.

"Aunque el Código Civil de 1884 reprodujo los preceptos del Código de 1870 en cuanto a la naturaleza, a los efectos y a las formalidades del divorcio, es

importante señalar que se redujeron notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio, ya que hizo más fácil la separación de cuerpos."¹⁷

El artículo 233 establecía que 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.

El artículo 234 decía: "Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición de cualquiera de los cónyuges, el juez citará a 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 refiere el artículo anterior."

"Salta a la vista pues el gran número de juntas o audiencias que hacía mención el Código de 1870, en donde quedaron reducidas a dos y el plazo de tres meses quedó reducido a un mes, además ya no se reprodujo el artículo 258 del Código Civil de 1870 en donde se duplicaban los plazos de tres meses señalados por los artículos 248 a 257. La diferencia radical entre ambos ordenamientos, es la de haber facilitado el divorcio por separación de cuerpos."¹⁸

En estos Códigos como se ha dicho sólo existió el divorcio por separación de cuerpos, bien por mutuo consentimiento, bien como divorcio necesario ante determinadas causas que implicaban delitos graves, hechos inmorales o incumplimiento de obligaciones conyugales. Este sistema por separación de cuerpos fue por primera vez abolido por el encargado del Poder Ejecutivo y además Jefe de la Revolución Mexicana en diciembre de 1914, al expedir una ley en el puerto de Veracruz que establecía por primera vez en México, tanto el divorcio vincular por mutuo consentimiento, como el divorcio vincular necesario, señalando dos causas:

a).- Cuando ya no se pudieran o fuera indebido realizar los fines del matrimonio, y;

b).- Cuando se cometiesen faltas graves por uno de los cónyuges que hicieran irreparables la desavenencia conyugal.

c).- EL DIVORCIO EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Antes de entrar al estudio de la Ley de Relaciones Familiares es importante señalar que "en 1914 Don Venustiano Carranza que en ese momento

¹⁷ Ob. Cit. RAFAEL ROJINA VILLEGAS. "Derecho Civil Mexicano". Pág. 392.

¹⁸ *Ibidem*. Pág. 392.

era jefe de una de las facciones en plena guerra civil, y para tratar de complacer a dos de sus ministros -Palavicini y Cabrera- que planeaban divorciarse de sus respectivas esposas, expidió sorpresivamente dos decretos: uno del 29 de diciembre de 1914 y el otro del 29 de enero de 1915, por los que introdujo en México el divorcio vincular y suprimió de una plumada del contrato de matrimonio civil, el primer elemento esencial que le había reconocido su autor el Presidente Benito Juárez. Esta intempestiva amputación de la indisolubilidad del matrimonio fue confirmada más tarde en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 en la que reglamenta el divorcio vincular como un logro definitivo de la Revolución hecha al gobierno.

Con base en éstas y otras argumentaciones semejantes, decreto prevenía lo siguiente:

Artículo 1º "Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la ley del 14 de diciembre de 1874 (que señala al matrimonio como indisoluble), reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal, decretada el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos":

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 celebrado, o en cualquier tiempo por causas que haga imposible o 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."

Artículo 2º. "Entre tanto se establece el orden constitucional de la República, los gobernadores de los Estados, quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación."¹⁹

Mas adelante, la Ley de Relaciones Familiares "fue expedida en el Puerto de Veracruz el 9 de abril de 1917 por Venustiano Carranza, y promulgada el día 12 siguiente. A partir de esta Ley se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble y que el divorcio sí daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados celebrar nuevas nupcias."²⁰

En su momento el Maestro Eduardo Pallares hizo un comentario que vale la pena señalar, por su profundo significado moral y la visión que de los problemas familiares se prevenían, así como lo que significaba esta Ley y lo importante del momento de su promulgación. "La nueva Ley de Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria y destructora del núcleo familiar. Sacude el edificio social en sus cimientos, y anuncia la agonía de un mundo y la

¹⁹ MANUEL F. CHÁVEZ ASENCIO. "La Familia en el Derecho". (Relaciones Jurídicas Conyugales). Editorial Porrúa. 3ª Edición. México. 1995. Págs. 443 y 444.

²⁰ Ob. Cit. RAFAEL ROJINA VILLEGAS. "Derecho Civil Mexicano". Pág. 392.

aurora de una nueva era. Es al mismo tiempo, obra de sinceridad y de valor. Sus autores no temieron desafiar la opinión pública, ni atraer sobre sí la ira y las censuras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con lógica implacable.”²¹

Los artículos de La Ley de Relaciones Familiares que tratan sobre el divorcio son del 75 al 106, sobresaliendo los siguientes:

El artículo 75 de dicha Ley establecía que “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”. El divorcio por separación de cuerpos se relegó a segundo término, quedando como excepción relativa a la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación del lecho y habitación.

El artículo 80 exigía, para que el divorcio se consumara, que fuera decretado por la autoridad judicial competente y en ningún momento bastaba la separación del hogar conyugal de común acuerdo. Las formalidades exigidas por la Ley de Relaciones Familiares para el divorcio voluntario se encuentran señaladas en los artículos 82 y 83; respectivamente; el primero establecía que: “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 avenirlos, se celebrarán 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.

El artículo 83 a su vez establecía que: “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.”

En caso de que el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento quedare en suspenso por más de seis meses, no podía reanudarse sino volviéndose a efectuar las publicaciones en las tablas de avisos a que hacía referencia el artículo 82. Una vez pedido el divorcio por mutuo consentimiento, los

²¹ EDUARDO PALLARES. “El Divorcio en México”. Editorial Porrúa. Sexta Edición. México. 1991. Pág. 35.

cónyuges podían reunirse en cualquier momento, pero no podían volver a solicitar su divorcio, sino pasado un año desde su reconciliación.

El artículo 88 disponía que: "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."

El artículo 93 establece que: "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras duren los procedimientos judiciales, las disposiciones siguientes:

I.- Separar a los cónyuges en todo caso;

II.- Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya;

III.- Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 94, 95 y 96;

IV.- Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre;

V.- Dictar las medidas conducentes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer, y;

VI.- Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que queden encintas."

El artículo 100 nos menciona que, una vez ejecutoriado el divorcio se procedería a la liquidación de la sociedad conyugal, en caso de que bajo ese régimen se hubiera celebrado el matrimonio, teniendo la obligación los padres de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayoría de edad, y de las hijas, hasta que contraigan matrimonio, aunque sean mayores de edad, siempre que vivan honestamente.

El artículo 101 hace referencia a que cuando la mujer no hubiere dado causa al divorcio, tenía derecho a recibir alimentos, mientras viviera honestamente y no contrajera nuevas nupcias. Si el marido fuere inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios con que subsistir.

Otro artículo que es importante señalar es el 102, ya que nos estatuye que: "Por virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140 y cuando el

divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio". Artículo 140: "La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados 300 días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo, desde que se interrumpió la cohabitación".

Para terminar con este capítulo creemos necesario señalar en que consiste el divorcio vincular y el divorcio no vincular a que hemos hecho referencia con anterioridad, y señalar sus diferencias.

El divorcio no vincular se refiere a la separación de cuerpos, por lo que en las legislaciones de 1870 y 1884 sólo suspendía "algunas de las obligaciones civiles que se consagran en los artículos relativos de este Código" (artículo 226 del Código Civil de 1884), pero no disolvían el vínculo del matrimonio.

En este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de otorgar alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente hacer vida marital.

Realmente la llamada separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ellas se crea simplemente una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial, no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten, con exclusión de la relativa a la vida en común.

En cambio, en el divorcio vincular la principal característica es la disolución del vínculo matrimonial, otorgando capacidad a los consortes para contraer nuevas nupcias e intentar una nueva unión lícita que podría prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida.

En este tipo de sistema encontramos el divorcio necesario y el divorcio voluntario, y éste a su vez se subdivide en divorcio de tipo administrativo, y el de tipo judicial (divorcio por mutuo consentimiento). Esto es, que existen tres clases de divorcio para la disolución del vínculo matrimonial, las cuales explicamos de la forma siguiente:

a) El divorcio administrativo: que se encuentra regulado por el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, en el cual señala la forma de tramitarlo. De las tres clases de divorcio contempladas por nuestra legislación, la tramitación de éste es el menos complicado, debemos tener presente que nos es opcional para los cónyuges a elegir entre uno u otro procedimiento, ya que sólo pueden obtener su divorcio a través de este procedimiento quienes cumplan con los requisitos marcados por el párrafo primero del artículo en cita, mismos que son:

- 1) Que los consortes convengan en divorciarse.
- 2) Que ambos sean mayores de edad.
- 3) Que no tengan hijos.
- 4) Que de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

Una vez satisfechos estos requisitos, los cónyuges deberán presentarse en forma personal ante el Juez (Oficial) del Registro Civil de su domicilio con las copias certificadas de acta de matrimonio y nacimiento.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si en esa nueva reunión los cónyuges ratifican su propósito de divorciarse, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

En caso de que los consortes no reúnan los requisitos antes señalados, el divorcio no producirá efectos.

b) Divorcio por mutuo consentimiento: esta clase de divorcio se encuentra contemplada tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimientos Civiles. Su tramitación se realiza ante el Juez de lo Familiar, conforme al procedimiento regulado por los artículos 674 al 682 de nuestra ley procesal adjetiva, mismo que se seguirá cuando falte alguno de los requisitos señalados para el divorcio administrativo (cuando los cónyuges independientemente de que sean menores o mayores de edad, tengan hijos, o bien no hayan liquidado la sociedad conyugal), siendo necesario además que tengan un año de casados.

Es indispensable que cuando se presente la solicitud de divorcio se anexe a la misma el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, así como las copias certificadas del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos menores, pues por medio de ellas se acreditará fehacientemente la fecha de celebración del matrimonio, así como la existencia de los hijos.

Una vez que se ha presentado la solicitud de divorcio, el Juez citará a los cónyuges y el representante del Ministerio Público a dos juntas de avenencia, en las que exhortará a los consortes a la reconciliación y sólo en el caso de que insistieren en divorciarse decretará la disolución del vínculo.

c) Divorcio necesario: en esta clase de divorcio a diferencia de las dos antes comentadas, es obvio que la voluntad de los cónyuges no existe para obtener la disolución del vínculo matrimonial, en consecuencia sólo se seguirá a través de un proceso, en el que el Juez decidirá si las causales de divorcio

invocadas quedaron plenamente probadas. Esto es, que el Juez después de haber valorado las pruebas ofrecidas por las partes y de haber tomado en cuenta todos los elementos que constituyeron el juicio, emitirá su fallo en el que quedarán definidas todas las cuestiones controvertidas durante el mismo.

Así pues, el divorcio necesario es el que se promueve por uno de los cónyuges en contra de su consorte, demandando la disolución del vínculo matrimonial a través de un juicio ordinario civil, invocando alguna de las causales contempladas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal vigente.

CAPITULO II.

EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO.

I.- DERECHO EUROPEO.

a) AUSTRIA.

"El derecho del matrimonio y de divorcio se rige por varias leyes que citamos a continuación: El Código Civil General (ABGB), según ordenanza imperial de primero de junio de 1811, en su versión actualmente en vigor (Ley Nr. 946); la EheG, ley de 6 de julio de 1938 relativa a la uniformidad de leyes sobre matrimonio y divorcio en vigor en Austria y en las otras partes del Reich; la ordenanza de 27 de julio de 1938 dirigida a la ejecución de la ley anterior; la ordenanza de 21 de octubre de 1944 que resuelve el problema del domicilio conyugal y del mobiliario cuando el divorcio es ya firme; entre otras.

El divorcio se basa siempre en circunstancias aparecidas después de la celebración del matrimonio; y entraña la disolución "ex nunc" del matrimonio, es decir, con la entrada en vigor de la sentencia. Hasta este momento el matrimonio es válido.

Conviene tener en cuenta el cambio de terminología jurídica que supuso la ley de 1938, dado que actualmente el derecho austriaco no reconoce la separación de cuerpos. En la medida en que los efectos del divorcio dependen de la atribución de las indemnizaciones, hay que estar a lo que en la materia dicte la sentencia de divorcio.

En cuanto a la atribución de las indemnizaciones en caso de divorcio, las sentencias podrán: no pronunciarse a este respecto; declarar que la indemnización corresponde exclusivamente o de modo predominante a un solo cónyuge; o bien que el divorcio se pronuncia con gastos recíprocos para los dos esposos".¹

A) Causas de Divorcio.

a) Divorcio Sanción.

Cualquier esposo puede pedir el divorcio:

¹ VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo), Editorial Tecnos. Madrid. España. 1973. Pág. 221.

1º Cuando el otro comete adulterio. Siempre que el demandante no lo haya consentido o lo haya hecho posible o coadyuvado con su comportamiento (art. 47).

2º Cuando un cónyuge rehusa obstinadamente la procreación o cuando emplea o deja emplear métodos anticonceptivos ilícitos (art. 48).

3º Cuando un cónyuge culpablemente, por falta grave o por conducta inmoral y deshonrosa, quebranta tan profundamente el matrimonio que no cabe esperar el restablecimiento de una vida común de esencia conyugal. En este caso no puede demandar quien a su vez haya cometido falta (art. 49).

b) Divorcio remedio.

Cualquier esposo puede pedir el divorcio:

1º Cuando el matrimonio sufre profundo quebranto a consecuencia del comportamiento de uno de los esposos, que no pueda considerarse como falta y se deba a un trastorno mental, de tal entidad que no pueda esperarse el restablecimiento de la vida conyugal común normal (art. 50).

2º Cuando un cónyuge sufre enfermedad mental que hace desaparecer la comunidad de espíritu entre los esposos (art. 51).

3º Cuando uno sufre una enfermedad grave, contagiosa o repugnante, sin que exista en plazo previsible esperanza de curación o no peligro de contagio (art. 52). En este caso, la demanda deberá justificarse moralmente atendiéndose a circunstancias del caso, duración del matrimonio, edad de los esposos y motivo de la enfermedad (art. 54).

4º Cuando media separación de hecho por más de tres años a consecuencia de un quebrantamiento profundo e irremediable del lazo conyugal y no cabe esperar se restablezca la vida común conforme al espíritu de la institución matrimonial. Si el demandante es culpable cabe oposición del otro que no prosperará a menos que se justifique moralmente la continuidad del matrimonio (art. 55).

B) Excepciones.

El derecho al divorcio se pierde por perdón y por prescripción. El esposo lesionado no puede pedir el divorcio cuando ha perdonado la falta o no la ha considerado como destructora del matrimonio (art. 56).

La prescripción de la acción tiene lugar a los seis meses de conocer la falta que justificaría la demanda. Este plazo no corre mientras se interrumpe la vida conyugal. En ningún caso procede el divorcio si han transcurrido diez años desde que se produjo la falta. A la demanda de divorcio equivale la demanda de

fijación de un plazo de conciliación o no presentar la de divorcio en los tres meses siguientes (art. 57).

C) Efectos del Divorcio.

a) Efectos personales.

1 Cesación de la vida común.- El derecho y la correspondiente obligación que tiene un cónyuge de reivindicar el matrimonio y la cohabitación con su consorte, acaba cuando la sentencia que pronuncia el divorcio adquiere fuerza de cosa juzgada; entre tanto, cuando sea necesario evitar actos de violencia, o daños morales y físicos irreversibles, podrá el tribunal, antes o durante el procedimiento de divorcio, acordar un domicilio separado para cada cónyuge.

Cuando los divorciados no quieran continuar viviendo juntos o no se pongan de acuerdo sobre cuál de los dos debe permanecer en el domicilio conyugal, podrán pedir al tribunal que dicte una sentencia, cuyo procedimiento y reglas de fondo se encuentran en la ordenanza cie 21 de octubre de 1944.

"El juez decide discrecionalmente en cada caso, considerando todas las circunstancias que intervienen y en particular las relativas a las causas de disolución del matrimonio y al bienestar de los hijos: podrá atribuir a un esposo un apartamento de que sea arrendatario el otro; podrá fijar un alquiler o determinar el tiempo en que el otro cónyuge volverá al apartamento; podrá rescindir el contrato de arrendamiento de uno de los cónyuges cuando los dos fueran titulares del mismo; deberá tomar las disposiciones que aseguren los derechos del arrendador; podrá decidir la división del apartamento y también determinar quién deba asumir los gastos del nuevo arrendamiento. También puede el juez modificar su decisión cuando cambien considerablemente las circunstancias".²

2 Disolución del vínculo conyugal.- El divorcio disuelve el vínculo conyugal. El cónyuge divorciado no se equipara totalmente a una persona soltera. En consecuencia adquiere, desde que la sentencia es firme, la condición de persona divorciada.

3. Apellido de la esposa divorciada.- La mujer casada toma el apellido de su esposo, y en principio lo conserva después del divorcio (art. 62. EheG). Si celebra segundas nupcias toma el apellido de su nuevo esposo.

Ello no obstante, la mujer divorciada queda facultada para recobrar su apellido de soltera sin más que una declaración escrita ante el Oficial del Estado Civil. Su firma al pie de la declaración debe ser aprobada por un Tribunal, un Notario o por el Oficial del Estado Civil (art. 63).

² AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO. "Manual de Derecho de Familia". Tomo III (Matrimonio-Divorcio). Editorial Depalma. Primera Edición. Argentina. 1979. Pág. 343.

Cuando el divorcio se dicta con costas exclusivas o preponderantes a cargo de la mujer, puede el marido prohibirle el uso de su apellido sin más que una declaración unilateral ante el Oficial del Estado Civil (art. 64). Si después del divorcio la mujer es culpable de alguna falta grave frente a su antiguo esposo, o lleva contra la voluntad de aquél una vida deshonrosa o inmoral, el marido puede (o muerto éste, sus próximos parientes) pedir al tribunal que se prohíba a la mujer el uso de su apellido (art. 65 EheG).

4 La pensión alimenticia.- El derecho de alimentos de la mujer se extingue cuando la sentencia de divorcio adquiere fuerza de cosa juzgada. Pero esta misma sentencia puede hacer nacer nuevos derechos a alimentos, bien sea a favor de la mujer o del marido.

"El cónyuge exclusiva o preponderantemente culpable debe garantizar al otro cónyuge una pensión alimenticia suficiente. En cualquier caso la pensión no podrá reivindicarse más que en la medida en que sea apropiada a la circunstancia respectiva del necesitado, sus rentas y capacidad. En la práctica esta disposición se ve afectada por cuanto regula el artículo 67, ya que el juez deberá tener siempre en cuenta las necesidades del deudor de los alimentos y de las personas a su cargo, determinando equitativamente las pretensiones de un cónyuge cuando los ingresos; del deudor no sean suficientes".³

Si las costas o indemnizaciones son recíprocas el juez podrá favorecer al cónyuge necesitado con alguna suma para su subsistencia, teniendo en cuenta la situación pecuniaria de los esposos y pudiendo limitar el plazo de la pensión, que en ningún caso se transferirá a los herederos del deudor (art. 68).

Cuando el divorcio lleva a una sentencia que no decide sobre la culpabilidad de los esposos, es el demandante quien debe una pensión alimenticia equitativa (art. 69).

El cónyuge que tenga derecho a una pensión alimenticia a consecuencia de una falta moral no puede pedir más que el mínimo estricto (art. 73).

El derecho a alimentos suele traducirse en principio por una renta en especie pagable todos los meses por anticipado (art. 70). La obligación alimenticia expira con el nuevo matrimonio del acreedor (art. 75), o cuando el que tiene derecho comete falta grave contra el deudor o lleva una vida deshonrosa o inmoral (art. 74), o cuando fallece el acreedor. La jurisprudencia estima que el derecho de alimentos debe quedar suspendido cuando el acreedor lleva vida común con otra persona. En principio cuando fallece el deudor la obligación alimenticia se transmite a los herederos (art. 78).

³ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 232.

Las disposiciones relativas al derecho de alimentos del esposo divorciado no implican derechos imperativos; en consecuencia los cónyuges pueden pactar sobre el monto, la naturaleza y la duración de las prestaciones alimenticias, e incluso renunciar a las mismas. Tales pactos pueden concluirse antes que la sentencia de divorcio tenga fuerza de cosa juzgada. Sin embargo, el pacto será nulo cuando el divorcio se obtiene en base a una causa ficticia o inexistente (art. 80).

5. Nacionalidad de la mujer divorciada.- El derecho de la nacionalidad actualmente en vigor en Austria está adaptado a la convención de las Naciones Unidas sobre nacionalidad de 20 de febrero de 1957. Después de primero de julio de 1966, la mujer que se casa con un austríaco no obtiene la nacionalidad austríaca automáticamente, pero puede adquirirla sin más que hacer una simple declaración de querer pertenecer a la República Austríaca como fiel ciudadana (art. 9 de la ley de 15 julio de 1965).

La mujer que haya perdido la nacionalidad austríaca por consecuencia del matrimonio, puede recuperarla haciendo una declaración dentro de los dos años siguientes a la disolución del matrimonio. Y obtendrá su petición a menos que haya sufrido ciertas condenas penales, que la naturalización sea contraria a los intereses de la República Austríaca, o que la mujer pretenda conservar intencionalmente la nacionalidad extranjera adquirida (art. 13 de la ley antes citada).

6. Plazo de espera.- La mujer no puede contraer nuevo matrimonio dentro de los diez meses siguientes a la disolución de su matrimonio, a menos que haya dado a luz con anterioridad; si bien puede obtener dispensas a este impedimento por intermedio del Oficial del Estado Civil ante el que debe celebrarse el nuevo matrimonio, o del Oficial de la Oficina Innere Stadt-Mariahilf en Viena, cuando el matrimonio deba celebrarse en el extranjero. La dispensa sólo se concederá cuando un médico de la Administración certifique que la mujer no está embarazada, o cuando haya cumplido los 45 años, o cuando pretenda casarse de nuevo con su antiguo esposo. La Autoridad Administrativa Superior puede en casos excepcionales eximir de la dispensa.

El impedimento de este plazo de espera es una pura disposición de orden; si el matrimonio no obstante la prohibición se celebra sin dispensa, será válido y no podrá ser anulado por violar esta norma.

El artículo 121 del Código Civil sanciona a la mujer que incumple el plazo de espera con la pérdida de las ventajas que le hubiere reconocido su anterior esposo en capitulaciones matrimoniales, pactos sucesorios, o por acuerdo subsiguiente a la separación.

7 Adulterio.- Cuando el divorcio tiene por causa el adulterio con indicación del cómplice culpable, las personas que lo hayan cometido no pueden casarse. A menos que el presidente del Tribunal de Primera Instancia que haya

conocido el divorcio (o el de Primera Instancia de Viena, cuando el divorcio tuvo lugar en el extranjero) dispense tal impedimento. La dispensa corresponde al Presidente del Tribunal de apelación cuando el matrimonio ya se ha celebrado no obstante la prohibición o cuando alguno de los cónyuges es extranjero (art. 9 EheG).

8 Los derechos hereditarios.- Cuando un esposo muere después que la sentencia de divorcio tiene fuerza de cosa juzgada, el otro no tiene ni el derecho hereditario legal ni el derecho de reivindicar los legados hechos como mejora (bienes mobiliarios que constituyan el patrimonio conyugal, art. 758 del Código Civil). Por el contrario cuando un cónyuge fallece después de iniciada la demanda, pero antes de que la sentencia tenga fuerza de cosa juzgada el supérstite no pierde los derechos sucesorios más que cuando es considerado culpable (art. 759 Código civil).

Las disposiciones de última voluntad en favor del divorciado no pierden efectividad ya que en Derecho Austríaco no existe ninguna presunción por la que tales disposiciones deban ser revocadas por el divorcio.

Como según el sistema austriaco los pactos sucesorios figuran entre los contratos de matrimonio, porque sólo pueden ser concluidos entre esposos o prometidos, hay que considerarlos sometidos a la regla general de los contratos de matrimonio: expiran con el divorcio.

9 Efectos en cuanto a los descendientes.- El divorcio no tiene ninguna incidencia sobre la capacidad contractual del hijo.

Los hijos legítimos conservan el apellido del padre incluso después del divorcio e independientemente del hecho de saber si es el padre o la madre los encargados de su mantenimiento y educación; los hijos legítimos del padre divorciado pueden ser adoptados por el nuevo esposo de su padre o madre en la medida en que cumpla las condiciones generales de la adopción.

"Después del divorcio los padres pueden pactar sobre el mantenimiento y educación del hijo menor. Para ser válido este acuerdo debe ser aprobado por el Tribunal de Tutelas llamado a salvaguardar los intereses del hijo. En todo caso el otro cónyuge conserva el derecho de mantener relaciones personales con el hijo; si los padres no se ponen de acuerdo sobre el derecho de visita, corresponde al Tribunal de Tutela regular su ejercicio, que puede incluso prohibirse si perjudica al bienestar del hijo. El mismo derecho tienen los abuelos".⁴ La jurisprudencia actual reconoce cierta beligerancia a la voluntad del hijo que ha cumplido catorce años.

El divorcio no modifica el derecho de alimentos de los hijos, que en principio corresponde al padre, aunque el hijo haya sido confiado a la madre o a

⁴ Ob. Cit. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO. "Manual de Derecho de Familia". Tomo III (Matrimonio-Divorcio). Pág. 358.

otra persona. Si el padre no es capaz de proporcionar la pensión recae la obligación sucesivamente sobre la madre, los abuelos paternos y los maternos. La obligación alimenticia no se limita por la edad del hijo y se prolonga por todo el tiempo que no es capaz de mantenerse por sí mismo, y recobra sus efectos cuando el hijo se encuentra en estado de necesidad (arts. 141 y 143 del Código Civil).

El divorcio no cambia en nada la patria potestad del padre legítimo. El es quien determina el oficio en que será formado el hijo, el que cuida su fortuna y el que sigue siendo su representante legal (arts. 148 a 152 del Código Civil). La patria potestad puede serle retirada en caso de incapacidad, abuso o negligencia de sus deberes, nombrándose un tutor (con preferencia, a la madre).

b) Efectos patrimoniales.

1. Regímenes matrimoniales pactados.- Hay que recordar que en Austria el régimen matrimonial legal es el de separación de bienes. Sin perjuicio de reconocer amplia libertad a los cónyuges para celebrar capitulaciones matrimoniales, que en la práctica son raras, pues sólo en ciertos medios rurales existe la comunidad de bienes, pactada antes del matrimonio o modificada después del mismo.

Los efectos del divorcio actúan por disposición de la ley y no es necesario distribuir el patrimonio por el Tribunal o por el Notario, ya que el acuerdo entre los esposos tiene primacía sobre la reglamentación legal.

Cuando nada se ha convenido, los contratos matrimoniales se extinguen y cesan los derechos adquiridos en razón al mismo.

Tratándose de la comunidad de bienes, cada esposo recupera lo aportado a la comunidad en la medida en que tales bienes existan.

Conforme al Código Civil, en caso de comunidad, el patrimonio debe dividirse como en caso de muerte. Esto puede implicar perjuicio al cónyuge no culpable cuando haya aportado a la comunidad más bienes que el culpable. Y por ello la doctrina y la jurisprudencia facultan al cónyuge inocente para que pida la partición o la restitución de su aportación (art. 1.266).

“Por lo que respecta a la dote, cuando las costas no se imponen exclusiva o preponderantemente a uno de los esposos, pasa de nuevo a propiedad de la mujer o de los terceros, y termina el usufructo del marido. Si el matrimonio se disuelve por falta exclusiva o preponderante de la mujer, o se hubiere convenido que la dote pasase al marido en caso de fallecimiento de la mujer a título perpetuo o definitivo, en propiedad o en usufructo, o que pudiera adquirirla por precio determinado, el marido conserva los mismos derechos reconocidos para el caso de fallecimiento de la esposa.

El mobiliario corre la misma suerte que los demás bienes, independientemente del régimen matrimonial legal o pactado.

La ordenanza de 21 de octubre de 1944 concede a cada esposo el derecho de pedir al juez que sea él quien parta el inmobiliario, estableciendo una serie de presunciones".⁵

2. Régimen matrimonial legal.- El régimen matrimonial legal prevé, como antes hemos dicho, la separación de bienes: que es válida y vigente en la medida en que las partes no han convenido otra cosa.

Con el divorcio el régimen matrimonial legal deja de existir automáticamente. El divorcio implica, tan solo en estos casos, nulidad de una serie de presunciones: que la mujer ha confiado la administración al marido; que los objetos y derechos adquiridos durante matrimonio pertenecen al marido; que las joyas se consideraran regalo en favor de la mujer.

Por fácil que sea la partición de bienes en caso de régimen matrimonial legal, siempre puede producirse alguna injusticia cuando se trata de bienes propiedad exclusiva de un esposo que han sido creados por el trabajo común de ambos (en tales supuestos se recurre a suponer la fundación tácita de una sociedad de hecho con derecho a una participación en sustancia, cuando se trata, por ejemplo, de una empresa que ha sido elevada con el trabajo común).

D) Separación de cuerpos.

El Derecho Austríaco no reconoce actualmente la separación de cuerpos. En cuanto a las pronunciadas antes de 1938 rigen las disposiciones transitorias (art. 115 EheG). En cuanto a los efectos vale lo dicho para el divorcio.

E) Separación de hecho.

Con la celebración del matrimonio los cónyuges austríacos quedan unidos en una comunidad, en principio indisoluble. La esposa debe seguir el domicilio del marido. Y los esposos deben acogerse recíprocamente a la comunidad doméstica. No puede renunciarse a los derechos que derivan de estas obligaciones. Por tanto, si los cónyuges se separan de hecho, su comportamiento no es ilegal, pero pueden ser obligados a reanudar la vida común.

El artículo 382 de la Ley de 27 de mayo de 1896 reconoce el derecho a la vida separada, cuando parece necesario un domicilio separado para evitar actos de violencia o daños irreparables. Pero se trata de una disposición provisional transitoria ilimitada en el tiempo que debe ser justificado en un procedimiento regular. Fuera de esta disposición la ley no prevé expresamente el derecho a la

⁵ GIOVANNI BRUNELLI. "Divorcio y nulidad del matrimonio en Europa". Editorial Giuffrè. Milán. Italia. 1970. Pág. 309.

vida separada. La doctrina y la jurisprudencia consideran que esta disposición no es más que una regla particular del principio general de derecho, según el cual una obligación no constriñe más que en la medida en que su ejecución puede ser equitativamente exigida.

Así, según la práctica corriente, un cónyuge podrá por un procedimiento de jurisdicción graciosa (en nuestro Derecho este tipo de procedimiento se equipara al de jurisdicción voluntaria), pedir que se le reconozca el derecho a tener un domicilio separado, cuando equitativamente no se le pueda exigir que continúe la vida en común.

Por lo que respecta a los efectos, si la separación es ilegal (abandono), puede pedirse el retorno del cónyuge por un procedimiento de jurisdicción graciosa. Sin embargo, la jurisprudencia reconoce como inejecutables las sentencias que condenan un retorno al hogar, porque no se concibe la idea de un matrimonio por la fuerza.

La negativa de un cónyuge a participar en la vida común constituye una conducta incompatible con la idea de matrimonio y es causa de divorcio si en razón de esta negativa el lazo conyugal queda tan dañado que no puede esperarse la reconstrucción de un auténtico hogar.

También se puede pedir el divorcio cuando median tres años de separación legal o ilegal que atenten profunda e irremediamente al lazo conyugal, si bien el cónyuge no culpable puede oponerse.

Cuando el cónyuge que tiene derecho a un domicilio separado quiere conservar el domicilio conyugal, deberá pedir al juez que condene equitativamente al otro a abandonarlo.

La separación de hecho no suspende la obligación del marido de mantener a su mujer a menos que haya abandono malicioso de ésta o que conviva con otro hombre.

El estado civil, el domicilio y la nacionalidad no se afectan por la separación de hecho, que tampoco incide sobre los derechos sucesorios.

La separación de hecho no influye sobre los derechos patrimoniales cualquiera que sea el régimen matrimonial pactado o legal. Sólo un acuerdo entre partes, o el divorcio, puede cambiar este estado de cosas.

COMENTARIOS PERSONALES.

Existe una gran diversidad de leyes para regular el matrimonio y el divorcio, así como para su ejecución, ante lo cual considero que debería existir una uniformidad de éstas para consolidarlas en una sola y así tener una

aplicabilidad más didáctica y versátil, evitando una disgregación de leyes y una difícil utilización de las mismas.

Por otra parte, y en relación al caso que nos ocupa, las causas de divorcio que se asemejan a las de nuestra legislación civil son: para el divorcio sanción son: el adulterio, la negativa de cumplir con las obligaciones del matrimonio; para el divorcio remedio son: el trastorno o enajenación mental incurable, padecer una enfermedad grave y contagiosa, y la separación de hecho (por más de tres años en Austria), aunque en nuestro país existen tres términos que son 6 meses, uno y dos años.

En relación al adulterio cabe hacer notar que en la legislación austriaca, las personas que lo hayan cometido no pueden contraer nupcias, dicho de otro modo, el cónyuge culpable y su amante no pueden casarse; a menos que el Presidente del Tribunal que haya conocido del divorcio dispense tal impedimento.

En cuanto a los efectos del divorcio, en Austria, también se regula la cesación de la vida en común, esto es, la separación provisional de los cónyuges en diferentes domicilios, para evitar actos de violencia familiar o algún daño físico o moral irreversibles. También regula el aseguramiento de los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a sus hijos (en caso de que los hubiere); lo que sí es necesario aclarar es que, en la legislación austriaca el derecho de alimentos de la mujer se extingue cuando la sentencia de divorcio adquiere fuerza de cosa juzgada, es decir, que sólo existe una pensión alimenticia provisional, pero se da la posibilidad de que con la misma sentencia se puedan ejercitar nuevos derechos a alimentos, ya sean a favor de la mujer o del marido divorciados, según las circunstancias, ante lo cual el juez deberá tener siempre en cuenta las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor para otorgarlos.

Este derecho a alimentos expira tal y como lo establece también nuestra legislación en relación a esta materia, mencionando algunos supuestos tales como: el nuevo matrimonio del acreedor, en caso de faltas graves contra el deudor, cuando fallece el acreedor, y también en caso de que el acreedor lleve vida en común con otra persona, es decir, cuando exista concubinato.

En relación a la pensión alimenticia para los hijos, ésta no se limita por la edad del hijo, esto es, que no necesariamente cesa con la mayoría de edad, sino que se prolonga por todo el tiempo que no es capaz de mantenerse por sí mismo, y recobra sus efectos cuando el hijo se encuentra en estado de necesidad.

Una diferencia que existe con nuestro Derecho es que en Austria el régimen matrimonial legal es el de separación de bienes, sin perjuicio de reconocer amplia libertad a los cónyuges para adoptar el régimen de sociedad conyugal, aunque en la práctica es poco frecuente. Otra diferencia es que el Derecho Austriaco actualmente no reconoce la separación de cuerpos.

En los que respecta a la separación de hecho, la ley austríaca reconoce el derecho de vida separada cuando existen actos de violencia o daños irreparables, pero esta separación sólo es provisional ya que los hechos deberán ser justificados en un procedimiento regular, y en caso de resultar perjudicial para los cónyuges el continuar con una vida en común, ésta puede constituir una conducta incompatible con los fines del matrimonio y por lo tanto, es causa de divorcio; aunque cabe señalar que la separación de hecho no suspende la obligación del marido de sostener a su mujer, tampoco afectan los derechos sucesorios u los derechos patrimoniales, sino hasta que se decreta el divorcio en caso de que así fuere.

Así pues, la regulación sobre el divorcio en Austria se asemeja mucho a la de nuestro país tanto en las causales como en los efectos, y aunque no se habla de un convenio que deben presentar los cónyuges al juzgado junto con la demanda de divorcio, si se le da plena facultad al juez para salvaguardar los derechos del cónyuge inocente, así como los derechos de los hijos, los alimentos y la manera de liquidar su régimen conyugal legal o pactado.

b) ALEMANIA.

"Al ser reinstaurado, hace cien años, el Reich Alemán, cada uno de los Estados Federales poseía una diversa regulación jurídica. El 1 de enero de 1900 entró en vigor el Código Civil que, redactado cuidadosamente, supuso entre otras cosas la unificación jurídica del Derecho Matrimonial y del divorcio para todo el territorio del Reich. En 1938 y por motivos políticos, pero también obedeciendo a la evolución de las condiciones sociales, se llegó a la promulgación de una Ley del Matrimonio que derogó a las correspondientes normas del anterior Código Civil. La ley número 16 del Consejo Control (EheG), promulgada para Alemania en 1946 por el Consejo Aliado de Control después de la segunda guerra mundial, abrogó aquellas normas que se inspiraban en la ideología nacional-socialista, pero respetó la concepción fundamental de la Ley del Matrimonio sin efectuar cambios notables. Esta ley es la que todavía está en vigencia en nuestros días".⁶

El Ministerio Federal de Justicia publicó en 1970, un "proyecto para someter a discusión un nuevo Derecho del Divorcio". En dicho proyecto la doctrina se distancia totalmente del principio de culpabilidad, para apoyarse exclusivamente en el hecho del relajamiento de la vida conyugal. Junto a esto, se abre el camino a un divorcio que se fundamenta en el deseo o acuerdo común de los cónyuges cuando están viviendo separados desde hace un año; con lo cual esta separación de hecho por periodo de doce meses se considera como indicio del relajamiento de la paz conyugal. Sorprendentemente, este proyecto ha encontrado poca oposición incluso en las iglesias católica y protestante.

⁶ HEINRICH LEHMANN. "Derecho de Familia". Traducción por José María Navas. Madrid. España. Revista de Derecho Privado. 1963. Pág. 47.

La ley del matrimonio no regula la separación judicial.

A) Causas de divorcio.

Por lo que respecta al divorcio, el Derecho Alemán se apoya en cuatro principios fundamentales: principio de culpabilidad, principio mixto de culpabilidad y relajamiento de la paz conyugal y principio puro del relajamiento de las relaciones matrimoniales.

a) El principio de culpabilidad encuentra su expresión en el artículo 42 de la EheG. En su virtud, uno de los cónyuges puede pedir el divorcio si el otro ha cometido adulterio culpable, sin que sea necesario probar que el adulterio cometido fue causa de la ruptura de la paz familiar.

El concepto deriva del artículo 172 del Código Penal y presupone objetivamente cohabitación con persona de sexo contrario y subjetivo dolo eventual. El adulterio es una causa absoluta de divorcio, es decir, lo desencadena, sin que precise probarse que ha perturbado objetivamente el matrimonio.

Sin embargo, se excluye el derecho de divorcio cuando el demandante ha consentido el adulterio, lo ha hecho posible o lo ha facilitado.

b) En la práctica, la mayor importancia la reviste el artículo 43 de la EheG; contiene éste una cláusula general que se apoya tanto en el hecho objetivo del relajamiento de la paz conyugal como en el originar culpablemente dicho relajamiento. Dice así: "Un cónyuge puede solicitar el divorcio cuando el otro, por una falta conyugal grave o por un comportamiento deshonroso o inmoral ha producido culpablemente una tal perturbación en las relaciones matrimoniales que no puede esperarse la reanudación de una vida en común digna. No se puede solicitar el divorcio cuando un cónyuge ha cometido una falta que, atendiendo a su naturaleza y sobre todo a causa de la conexión de la falta del otro cónyuge con su propia culpabilidad, no justifica la solicitud de divorcio que atienda debidamente a la dignidad de la institución matrimonial."

"La jurisprudencia ha reconocido como infracciones: cualquier infidelidad, aunque no suponga adulterio; malos tratos, amenazas, ofensas; también hacia los hijos o hijas; las denuncias infundadas; el revelar intimidades de la vida conyugal; trato sexual desconsiderado; incumplimiento del deber de alimentos, incluso si es respecto a los hijos; descuido de la educación de los hijos o de la administración doméstica; abandono malicioso, e incluso la negativa a la procreación".⁷

⁷ (ib. Cit. AL'GUSTO CÉSAR BELLUSCIO. "Manual de Derecho de Familia". Tomo III (Matrimonio-Divorcio). Pág. 502.

También concurre la grave infracción del matrimonio en la conducta deshonrosa o inmoral, prescindiendo de que se dirija contra el otro cónyuge, por ejemplo, embriaguez, vida inmoral o actos delictivos.

En el caso de que ambos cónyuges hayan contribuido culpablemente al relajamiento de la paz conyugal, deberá comprobarse y hacerse constar (en la solicitud de coexistencia de culpa o en la reconversión del cónyuge demandado) si predomina la culpabilidad de uno o del otro cónyuge. Los cónyuges pueden también, por su parte, renunciar a la ponderación de culpas por el Tribunal, cosa que ocurre frecuentemente en la práctica una vez aclarada la cuestión de la prestación de alimentos.

c) Junto al divorcio, según el artículo 43 de la EheG, en la práctica, juega el papel más importante la demanda que se funda en el artículo 48 de la misma ley, según el cual deberá pronunciarse el divorcio si la comunidad doméstica cesó hace por lo menos tres años y a causa de un profundo e insubsanable relajamiento de la paz conyugal no puede presumirse la reanudación de una vida en común digna.

Para evitar el abuso del derecho al divorcio que concede este artículo, el cónyuge demandado tiene el derecho de oposición en caso de que el demandante sea total o predominantemente culpable de la perturbación.

Finalmente, no han de atenderse los deseos de divorcio cuando, a tenor del mismo artículo, el interés de uno o varios hijos menores del matrimonio exija el mantenimiento de éstos.

d) Al lado de estas normas las demás causas del relajamiento de la paz conyugal juegan en la práctica un papel secundario. Entre ellas podemos citar las siguientes: enfermedad mental, conducta derivada de trastorno mental y enfermedad contagiosa o repulsiva (arts. 44 a 46).

En todos estos casos no procede pronunciar el divorcio en armonía con la cláusula general del artículo 47, cuando no esté justificado moralmente a pesar de que concurren los demás requisitos.

La ley sólo reconoce como enfermedad mental el trastorno grave, que excluya en tal grado la libre determinación, dando lugar a la incapacidad de gestión plena. Para operar como causa de divorcio es preciso que la perturbación impida la comunidad espiritual de los cónyuges, y que la enfermedad sea crónica, siendo imprevisible la reanudación de esa comunidad.

Mientras que el divorcio a causa de enfermedad mental no presupone perturbación del matrimonio, por el contrario, en el supuesto de conducta debida a trastorno mental, debe probarse que la conducta en cuestión ha perturbado de modo insubsanable el matrimonio.

Entre las causas de grave enfermedad contagiosa o repulsiva, que deben establecerse con criterio objetivo y no considerando la sensibilidad particular del cónyuge, la jurisprudencia admitió: la tuberculosis pulmonar, sífilis. La gravedad de la enfermedad debe ser tal que se oponga a una auténtica vida en común, y la curación o eliminación del contagio no debe ser previsible. No se exige que la curación sea totalmente imposible.

B) Procedimiento.

"El derecho de divorcio no es una pretensión de derecho privado, sino un derecho de transformación. Aunque la ley diga que el cónyuge puede pedir el divorcio, se hace con ello referencia a la pretensión pública dirigida a que se dicte la sentencia de divorcio, pretensión que se da si concurre alguna causa de divorcio.

Al carácter del matrimonio, responde la naturaleza personalísima del derecho de divorcio, por lo que es admisible su ejercicio por quien está limitado en su capacidad, sin que precise el consentimiento de su representante, por tener, de acuerdo con el artículo 612 ZPO, la legitimación procesal en cuestiones de divorcio. Sólo los incapaces necesitan la intervención de su representante, quien además precisa para entablar la demanda el consentimiento del tribunal de tutelas".⁸

Son exclusivamente competentes las Audiencias Provinciales (normalmente la correspondiente al domicilio del marido) para mejor garantizar la justa resolución y hacer posible en todo caso la revisión (art. 606 ZPO).

A la demanda debe preceder siempre un intento de conciliación ante el tribunal de primera instancia, debiendo comparecer personalmente ambas partes, y pudiendo rechazar la asistencia (art. 610).

Para mejor averiguar la verdad material, está derogado el principio de libre disposición de las partes en el proceso, siendo por tanto inadmisibles la sentencia dictada por allanamiento o en rebeldía del demandado. No debe tomarse en consideración la confesión de un hecho que sea causa de divorcio, por ejemplo, los malos tratos (art. 617).

Los artículos 619 y 622 ZPO confieren amplias facultades a los tribunales para que éstos ordenen la comparecencia personal de las partes bajo sanciones de multa o detención, pudiendo tomar en consideración para conservar el matrimonio hechos y pruebas que las partes no hayan alegado.

El fiscal está facultado para intervenir como defensor del matrimonio, sin que pueda alegar ningún hecho en apoyo del divorcio, en contra de la oposición del cónyuge que lo exige (art. 607 ZPO).

⁸ Ibidem. Pág. 509.

A instancia del demandante el tribunal puede suspender de oficio el procedimiento durante un año, cuando parezca conveniente obtener una conciliación (art. 620 ZPO).

El demandante puede retirar la demanda en cualquier momento del procedimiento hasta que vaya a dictarse sentencia, lo que provoca la caducidad de la instancia (art. 614 ZPO).

El artículo 627 ZPO regula las medidas cautelares de las causas matrimoniales. Mientras dura el proceso, el tribunal puede, a instancia de un cónyuge, autorizar provisionalmente la vida separada de los cónyuges, ordenar su deber recíproco de alimentos, obligar ciertos anticipos para costas procesales, dictar medidas para el cuidado de los hijos menores y su derecho de alimentos.

“Para evitar la multiplicación de juicios de divorcio el ZPO permite al demandante la alegación en un solo procedimiento de cuantos fundamentos tenga en contra del mantenimiento del matrimonio. El artículo 614 autoriza al demandante, hasta la terminación de la última actuación oral, la alegación de nuevas causas de divorcio; y el artículo 616 extiende los efectos de la desestimación firme de una demanda de divorcio a aquellos hechos que el demandante hubiera podido hacer valer en el juicio anterior, así como a hechos sobre los que el demandado hubiera podido plantear la reconvencción”.⁹

Como el divorcio se pronuncia por sentencia, el demandado que pida también el divorcio debe entablar la reconvencción, porque de lo contrario la desestimación de la demanda basada en las razones del demandante, daría lugar al mantenimiento del matrimonio. De ahí que normalmente el demandado no se limite a pedir la desestimación de la demanda sino que por vía de reconvencción suele pedir el divorcio basándose en determinadas causas, que debe alegar para evitar los efectos consultivos del artículo 616 ZPO.

El derecho al divorcio se extingue: cuando se trata de causa de divorcio fundada en conducta culpable, por el perdón, por la renuncia y por el transcurso de plazo (seis meses a contar del conocimiento de la causa de divorcio, que se extingue a los diez años de haberse producido, artículo 50 ley matrimonial); y cuando se trata de todas las causas de divorcio en general, por su ejercicio, por disolución o anulación del matrimonio antes del divorcio y por caducidad procesal.

C) Efectos del divorcio

Los efectos del divorcio se producen desde que la sentencia es firme, aunque no de modo inmediato. La anotación marginal del divorcio en el libro de familia (art. 12, Ley del Estado Civil) produce sólo efecto de publicidad. Se trata por tanto de una sentencia de transformación, que disuelve el matrimonio para el

⁹ MANFRED KALLENBORN. “Divorcio”. Editorial Carl Heymanns. Köln. Alemania. 1968. Pág. 89.

futuro y carece de efectos retroactivos, al contrario de lo que acontece con la impugnación.

Firme la sentencia desaparecen, en principio, los efectos del matrimonio: queda suprimida la comunidad conyugal, lo mismo que el régimen de bienes; la mujer pierde el domicilio del marido; y ambos cónyuges pueden volver a casarse.

a) Efectos entre los cónyuges.

1. Los efectos jurídicos cuentan desde el momento en que la sentencia adquiere fuerza de ley, lo que sucede en el plazo de un mes a contar desde el momento de la notificación hecha por el tribunal, y en todo caso, lo más tarde a los seis meses de su publicación (art. 516 ZPO).

2. Al entrar en vigor la sentencia, desaparece automáticamente el carácter de esposos de las dos partes, equiparándose el cónyuge divorciado al soltero.

3. Después del divorcio la mujer sigue conservando el apellido del marido (art. 54 EheG), aunque puede solicitar por declaración ante el Registro Civil el derecho a recuperar su apellido de soltera (art. 55). Cuando la mujer hubiese sido declarada culpable única o principal del divorcio, el marido puede solicitar ante el Registro Civil que se prohíba a la mujer el uso de su apellido (art. 56).

4. El divorcio no produce ningún efecto inmediato en cuanto a la nacionalidad de los cónyuges. Si se trata de una extranjera hay que notar que en principio no adquiere automáticamente la nacionalidad alemana por simple hecho de contraer matrimonio con un súbdito alemán, aunque puede concedérsele si lo solicita expresamente (arts. 3, 8 y 9 de la Ley de 22 de julio de 1913), y una vez adquirida la nacionalidad alemana no se pierde automáticamente por un divorcio posterior.

Si se trata de una alemana que se casa con un extranjero, hay que recordar que sólo adquiere la nacionalidad de éste cuando lo solicita expresamente. Si así lo hace, pierde la nacionalidad alemana que podrá recuperar previa solicitud después del divorcio (arts. 8 y 13 de la Ley de 1913, antes citada).

5. La mujer no puede contraer segundas nupcias hasta que hayan transcurrido diez meses desde la fecha de disolución del matrimonio, a menos que antes de este tiempo haya dado a luz. El Registro Civil puede dispensar de esta norma en todo caso, excepto cuando el funcionario del Registro Civil sepa que la mujer está encinta de su anterior marido (art. 8 de la Ley del Matrimonio, y art. 7 de la Ley Sobre el Estado Civil de las Personas de 8 de agosto de 1957).

6. Cuando la sentencia de divorcio adquiere fuerza de ley, los cónyuges no tienen ya ningún derecho a la sucesión legal entre sí.

b) Efectos en cuanto a los descendientes.

1. El tribunal de la tutela deferirá la patria potestad a uno de los cónyuges del matrimonio disuelto, quien deberá encargarse de la educación y custodia de los hijos.

2. Los hijos conservan el apellido del padre después del divorcio (art. 1.616 BGB). Si uno de los progenitores pasa a segundas nupcias, el nuevo cónyuge puede adoptar a los hijos, siempre y cuando medie consentimiento de ambos progenitores (art. 1.747 BGB) y se den las demás condiciones requeridas para la adopción. Los hijos reciben en este caso el apellido del adoptante (art. 1.758 BGB).

3. El cónyuge a quien se concede la patria potestad es quien decide sobre el futuro profesional del hijo, así como su lugar de residencia, con la obligación de respetar el derecho del otro progenitor al trato personal de los hijos.

Tanto el padre como la madre tienen la obligación de proveer al mantenimiento y a los gastos de formación profesional de los hijos de acuerdo con los ingresos y situación económica de cada uno (arts. 1.601, 1.602, 1.606 y 1.610 BGB). Al elegir una profesión el titular de la patria potestad deberá tener en cuenta la situación de su antiguo consorte cuando pretenda hacerle contribuir a sufragar los gastos de dicha formación.

Para hacer valer el derecho de alimentos es necesario que, después que la sentencia tenga fuerza de ley, se nombre un curador hasta que la patria potestad se conceda a uno de los padres (art. 1.909 BGB).

"El Tribunal de la Tutela concede la patria potestad a aquel de los cónyuges que ellos mismos hayan convenido, siempre que no implique un peligro al bien del hijo. A falta de acuerdo entre los padres en un plazo de dos meses, o cuando el tribunal no admite su propuesta, adopta la solución más favorable a los hijos. Cuando uno de los padres ha sido declarado único culpable y no hay razones de peso para, a pesar de ello, deferirle la patria potestad, el Tribunal de la Tutela suele concederla a la parte inocente. En la práctica, los tribunales suelen conceder a la madre la patria potestad de los hijos que no están en edad escolar".¹⁰

El Tribunal de Tutela puede conceder el cuidado de la persona y bienes de los menores a un tutor o curador, cuando ello es necesario para evitar peligros

¹⁰ Ob. cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 223.

espirituales, corporales o patrimoniales a los hijos; pudiendo modificar su decisión si cambian las circunstancias (art. 1.671 BGB).

El padre o madre que no comparte el cuidado de los hijos está autorizado al trato personal con ellos (art. 1.634 BGB), decidiendo los tribunales, si los padres no llegan a un acuerdo. En la práctica se suele permitir que el padre a quien no se ha confiado la custodia tenga trato con el hijo una o dos veces al mes, y durante parte de las vacaciones escolares (generalmente tres semanas).

3. Efectos patrimoniales.

1. Cuando se trata del régimen de separación de bienes, los patrimonios del marido y la mujer permanecen completamente separados.

La disolución del matrimonio no cambia para nada esta situación jurídica. Por tanto no es preciso ningún acuerdo especial sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la disolución del vínculo. Sólo con respecto a los enseres domésticos se da una cierta excepción. A tenor del artículo 2º del Sexto Reglamento para la aplicación de la Ley de Matrimonio de 21 de octubre de 1944, los enseres domésticos adquiridos durante el matrimonio y destinados a la vivienda común se consideran también de propiedad común, a no ser que conste claramente que son propiedad privativa de uno de los esposos. Si no se destruye la presunción en contrario, el juez repartirá los enseres con la mayor equidad posible.

2. Cuando rige el sistema de comunidad de bienes, el patrimonio del marido y el de la mujer pasan a ser patrimonio común, mientras algunos bienes no pertenecan al grupo de bienes especiales o se consideren bienes privativos de uno de ellos (arts. 1.416a 1.418 BGB).

La comunidad de bienes queda disuelta por la sentencia de divorcio, a menos que la disolución haya tenido lugar a tenor de normas diversas.

La disolución de la comunidad de bienes no implica la reversión automática de los bienes aportados al patrimonio común de los cónyuges, sino que, salvo acuerdo contrario de los esposos, una vez saldadas las obligaciones que gravaban el patrimonio común, deberá repartirse el sobrante a partes iguales entre ellos (art. 1.476 BGB).

Cuando el matrimonio fue disuelto con culpabilidad total o predominante de uno de los cónyuges, el cónyuge inocente, o menos culpable, puede optar porque se devuelva a cada uno el valor (no los enseres) de lo que se aportó a la comunidad de bienes; en cuyo caso el valor de lo aportado se determina a tenor del tiempo en que se hizo la aportación (art. 1.478 BGB). Cuando el valor del caudal común no es bastante, cada uno de los cónyuges deberá poner la mitad de lo que falta; y si hay "superávit", se repartirá también a partes iguales.

El caudal común no debe reservarse para la manutención de los hijos, ya que ésta recae con carácter personal sobre los padres divorciados.

3. Cuando los cónyuges no otorgan capitulaciones matrimoniales, se entienden casados bajo el régimen legal llamado de nivelación de ganancias, que es en realidad un régimen de separación con participación en las ganancias, que el artículo 1.363 BGB regula así: "El patrimonio de la mujer y el patrimonio del marido no se convierte en patrimonio común de los cónyuges; ni tampoco pasa al caudal común el patrimonio que un cónyuge adquiere después de la celebración del matrimonio. Sin embargo, las ganancias que los cónyuges alcancen durante el matrimonio serán compensadas en el caso de que la comunidad se disuelva."

El régimen legal de bienes termina, entre otras causas, por el divorcio, haciendo el cálculo de las ganancias tomando como punto de partida el momento en que se ejercita la acción de divorcio (art. 1.384 BGB).

Dado que cada uno de los esposos administra su patrimonio con autonomía y sólo puede actuar o negociar en nombre propio, responde cada cónyuge por separado, una vez disuelto el matrimonio, de las obligaciones que cada uno contrajo. Otra cosa es cuando se trata de los negocios realizados por la mujer dentro de su esfera de actuación como ama de casa respecto de los cuales también adquiere el marido los derechos y obligaciones que de los mismos se deriven (art. 1.357 BGB).

4. El marido declarado culpable único o principal debe prestar alimentos a la esposa después del divorcio, proporcionalmente al nivel de vida de los cónyuges y en tanto no sean suficientes los ingresos de la mujer.

La mujer declarada culpable única o principal debe prestar alimentos al marido que no esté en condiciones de alimentarse por sí mismo.

Con la muerte de la parte obligada a prestar alimentos se transmite esta obligación a sus herederos con carácter sucesorio (art. 70 EheG).

D) Separación de hecho.

El derecho alemán contiene una regulación bastante amplia de las consecuencias jurídicas que se derivan de la separación de hecho de los cónyuges.

En principio los cónyuges están obligados a vivir en comunidad matrimonial. Pero si el deseo de un cónyuge de reanudar la vida en común representa un abuso de su derecho, el otro cónyuge no tiene obligación de acceder al deseo de aquél. Esto vale en especial para el caso de que el otro cónyuge esté facultado para presentar demanda de divorcio. Con todo, si el derecho al divorcio se ha extinguido por condonación o por haber transcurrido el

plazo previsto para presentar la demanda, se extingue también el derecho a la separación (art. 1.353 BGB y art. 76 EheG).

Depende mucho de las circunstancias concretas, sobre todo de la duración de la separación de hecho, el que el domicilio conyugal común sea disuelto o no.

Si los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre quién de ellos podrá utilizar el domicilio familiar, decide el juez a solicitud de las partes, pudiendo también decidir que el contrato de alquiler firmado un día por ambos sea ahora continuado por uno solo de ellos (arts. 3 a 7 del sexto Reglamento para la Aplicación de la Ley del Matrimonio).

Cada uno de los cónyuges puede exigir del otro la entrega de aquellos enseres que le pertenecen privativamente. Pero existe la obligación de ceder su uso al cónyuge cuando es necesario para el gobierno separado de la casa y la cesión responde a la equidad del caso. Los enseres domésticos que pertenecen en común a los dos cónyuges, se reparten atendiendo al principio de equidad, sin que en ello se dé translación de la propiedad. Cuando los cónyuges no se ponen de acuerdo, decide el juez (art. 1.361 BGB).

“Cuando los cónyuges viven separados, pueden exigirse los alimentos en cuanto corresponda a la equidad. Para ello habrá que considerar ante todo las razones que han conducido a la separación, así como sus necesidades y sus ingresos procedentes de su patrimonio personal o del ejercicio de una actividad remunerada. No tiene derecho a alimentos el cónyuge que contra la voluntad del otro se niegue a reanudar la vida en común sin poder justificar su negativa”.¹¹

La separación de hecho no modifica en modo alguno el estado de las personas ni la nacionalidad de los cónyuges. Cada uno puede, sin embargo, elegir nuevo domicilio con plena autonomía.

Por lo que se refiere al derecho sucesorio, la separación de hecho no produce ningún efecto hasta que se ejercite la acción de divorcio.

En lo referente al domicilio de los hijos, a la guarda de su persona, a su alimentación y a su formación personal, vale cuanto antes dijimos a propósito del divorcio.

La separación de hecho no lleva consigo ninguna modificación del régimen de separación de bienes. Si existe comunidad de bienes los cónyuges pueden disolverla de común acuerdo (art.1.474 BGB). La partición de bienes que constituye el patrimonio de ambos es posible en todo momento, mediante acuerdo contractual. El régimen legal de bienes puede ser anulado o modificado mediante contrato autorizado notarialmente.

¹¹ *Ibidem*. Pág. 239.

Cuando los cónyuges viven separados de hecho desde hace más de tres años, el cónyuge que esté autorizado a vivir separado, puede ejercitar la acción de partición anticipada de las ganancias (se exceptúa esta posibilidad cuando el otro cónyuge también está obligado a vivir separado).

COMENTARIOS PERSONALES.

Las causas de divorcio que regula el Derecho Alemán se basan en cuatro principios fundamentales, en los cuales, más que citar las diversas causas que pueden existir para ejercitar la acción de divorcio, menciona los grados predominantes de culpabilidad de uno o ambos cónyuges para entablar una demanda de divorcio, esto es, que el juzgador se hará llegar de los medios necesarios para probar el grado de culpabilidad de un cónyuge, o si por el contrario, si ambos cónyuges contribuyeron culpablemente a una desavenencia conyugal, la cual deberá probarse y hacerse constar para estar en la posibilidad de que el juzgador declare el predominio de culpabilidad de uno o del otro cónyuge, y así estar con la certeza de dictar las medidas necesarias para decretar el divorcio y salvaguardar los derechos que cada cónyuge tiene, así como los derechos de los hijos.

Las diferentes causas que se estudian para decretar el grado de culpabilidad son las siguientes:

a) El adulterio: cualquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio por esta causa, sin que sea necesario probar que el adulterio cometido originó la ruptura de la paz familiar (en nuestro Derecho sí es necesario probar esta causal, ya que el artículo 267, en su fracción I del Código Civil para el Distrito Federal menciona lo siguiente: Son causas de divorcio: I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges).

b) El relajamiento de la paz conyugal, esto es, que un cónyuge puede pedir el divorcio cuando el otro comete una falta grave o un comportamiento deshonesto o inmoral, y que influyen de manera en las relaciones matrimoniales, sin que pueda esperarse la reanudación de una vida en común digna. Estas infracciones pueden ser: infidelidad, malos tratos, amenazas, incumplimiento de los deberes matrimoniales, embriaguez, actos delictivos, entre otros (nuestro Código Civil también regula estas causas pero de una forma separada, con el fin de encuadrar cada una de estas conductas en una causal plenamente determinada, y así proceder de una manera clara y objetiva a la solución de este conflicto.

Al lado de estas causas de relajamiento de la paz conyugal, existen otras que al criterio de la jurisprudencia alemana juegan un papel secundario, pero que de igual forma perturban la convivencia espiritual de los cónyuges, y éstas son: el trastorno mental, las enfermedades contagiosas o repulsivas; de la primera es necesario que ésta sea crónica y que por lo tanto sea imposible una reanudación

de vida en común sana; en el caso de las segundas, éstas deben establecerse con criterio objetivo y no considerando la sensibilidad particular del cónyuge (tuberculosis pulmonar, sífilis).

En cuanto al procedimiento existen similitudes con nuestro Derecho, ya que en ambas legislaciones al presentar la demanda debe preceder siempre un intento de conciliación entre los cónyuges, también se autoriza provisionalmente la vida separada de los cónyuges, se ordena el deber recíproco de alimentos y se dictan las medidas necesarias para el cuidado de los hijos menores y su derecho a alimentos. Es importante señalar que en el Derecho Alemán es inadmisibles la sentencia dictada por allanamiento o rebeldía del demandado, por lo que una vez interpuesta la demanda se debe llevar hasta sus últimas consecuencias, excepción hecha cuando el demandante retira la demanda antes de que se dicte sentencia o surja la reconciliación. Otra distinción es que aún después de presentada la demanda se pueden alegar otras nuevas causas para decretar el divorcio, esto con el fin de evitar la multiplicación de juicios de divorcio.

En los que se refiere a los efectos del divorcio, son los mismos que los de nuestra legislación, existiendo pequeñas diferencias en cuanto a plazos, como por ejemplo: en Alemania la mujer no puede contraer nuevas nupcias hasta que hayan transcurrido diez meses desde la fecha de disolución del matrimonio, en México el cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio, y para los que se divorcien voluntariamente deberá transcurrir un año.

c) ESPAÑA.

La disolución del matrimonio en el Derecho Español se analiza desde tres perspectivas, las cuales son:

- 1) La separación.
- 2) El divorcio.
- 3) La nulidad matrimonial.

En este capítulo sólo se entrará al estudio de la separación judicial y del divorcio, ya que es el caso que nos ocupa; por lo tanto, sólo mencionaremos que la nulidad matrimonial es un medio más para disolver el vínculo matrimonial.

LA SEPARACIÓN.

El artículo 81 del Código Civil nos menciona que, "Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

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

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

2° A petición de uno de los cónyuges, cuando el otro incurra en causal legal de separación.”

Asimismo el artículo 82 del citado ordenamiento nos establece las causas de separación, mismas que explicaremos a continuación y que son:

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

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

A continuación explicaremos cada uno de los supuestos a que se refiere esta primera causal de separación:

a) El abandono injustificado del hogar.- Aquí el cónyuge que promueve la demanda de separación es el abandonado: frente al que abandona se presenta la demanda. Porque si la demanda la presenta el que abandona, entonces será regido por los numerales 5° y 6° del propio artículo 82 del Código Civil.

La palabra “hogar” plantea el problema de que no se ha acomodado esta redacción a la del artículo 70, la cual dice, “los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”. El empleo de las palabras “domicilio conyugal” en la redacción del artículo 70 y de “abandono del hogar” en el artículo 82, plantea la duda si es una misma realidad la que pretenden regular o de la que deducir consecuencias estos preceptos, o son dos realidades distintas.

Quizá sea aceptable la interpretación de un concepto más jurídico y técnico para el artículo 70, que pretende fijar una sede estable para la familia, al margen de los domicilios singulares que pueden tener los cónyuges, y un concepto más realista. Aquí puede servir de noción de hogar cualquier residencia mínimamente estable, que no presupone ni residencia habitual ni domicilio establecido. Una es la realidad prevista como sede del matrimonio por el artículo 70 y otra la realidad (existencial y no jurídica) que se abandona en el artículo 82, inciso 1° del Código Civil.

“El abandono debe ser injustificado. Porque puede darse el caso de que un cónyuge fuerce al otro (por su conducta absolutamente insufrible) a abandonar el hogar conyugal. Cuando aquél alegue alguna causa de separación frente al que sale del hogar (infidelidad supuesta de éste, o la propia causa de abandono), el cónyuge que ha salido del hogar conyugal puede: en el primero de los

supuestos, excepcionar que la separación de hecho ha sido impuesta por el cónyuge que alega la infidelidad, y por lo tanto, procede la excusa absolutoria penal legal para el otro cónyuge. En el segundo supuesto, la demostración de una causa justificada, debe bastar para debilitar la acción de separación, pues no es causa de separación cualquier salida del hogar conyugal, sino su abandono "injustificado".

Asimismo el cónyuge que sale del domicilio conyugal no se entiende que consiente libremente el cese efectivo de la convivencia conyugal que, si dura más de seis meses, es asimismo causa de separación sino después de los requerimientos que previene el segundo párrafo de la causa 5ª del mismo artículo 82 del Código Civil".¹²

b) La infidelidad conyugal.- "Se ha pretendido sustituir la cruda y carnal noción de adulterio por una noción más espiritual: abarcaría no sólo esta noción sino la falta de disponibilidad de un cónyuge hacia el otro originada por notorios galanteos con tercera persona o relaciones profundas, aun no carnales, con la misma. A la infidelidad conyugal heterosexual debe asimilarse la homosexualidad y en general cualesquiera otras conductas sexuales incompatibles con la recíproca disponibilidad afectiva de los cónyuges entre sí.

En todo caso, si estas conductas no encajan plenamente en la noción de infidelidad en sentido estricto, sí deberían considerarse como una conducta injuriosa o vejatoria".¹³

Sin embargo, la simple negativa a la relación sexual con el cónyuge no es causa de separación, por lo mismo que no hay un "débito conyugal", exigible según la doctrina canónica, pero inadmisibles en la nueva regulación estatal de derechos y deberes de los cónyuges, que no lo establece. Tampoco lo es la "no consumación" del matrimonio precisamente porque el Código Civil no lo regula como un requisito de eficacia del mismo; al no existir una obligación conyugal, ni de relación sexual, ni de consumación del matrimonio, no puede fundamentarse en una supuesta infracción de tales deberes conyugales la separación por demanda de uno de los esposos.

El consentir o facilitar la infidelidad conyugal no es causa tampoco de extinción de la acción de separación por infidelidad conyugal, por no estar regulados como tal en el Código Civil.

c) La conducta injuriosa o vejatoria.- Tal comportamiento respecto del otro cónyuge admite múltiples matices. No es preciso que técnicamente se plasme en delito, de injuria o malos tratos. Por supuesto, la igualdad de los cónyuges (art. 66 del Código Civil) y el deber de respeto y ayuda mutua (art.67 del Código Civil). En

¹² JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO. "Matrimonio y Divorcio". Editorial Civitas. Madrid. España. 1982. Pág. 463.

¹³ *Ibidem*. Pág. 469.

la conducta injuriosa o vejatoria deberá incluirse, necesariamente, la relación sexual con el cónyuge, más frecuentemente la esposa, obtenida por la fuerza. Si la relación sexual pertenece a la esfera de la libertad y dignidad de la persona, obtenerla por un medio que no sea el consentimiento del cónyuge significa una conducta injuriosa y vejatoria, y debe dar lugar a la separación.

d) Cualquier violación grave o reiterada de los deberes conyugales.- La calificación consiste en exigirse que la infracción sea "grave" o "reiterada"; aunque la jurisprudencia admite la separación por una violación reiterada de deberes conyugales, de la asistencia mutua o la fidelidad "espiritual" que propugna la redacción del precepto y del deber de fidelidad del artículo 67 aun no grave, que hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común, como preceptúa el artículo 242 del Código Civil.

"Esta lectura abierta del precepto permitiría instaurar en España en materia de separación un sistema muy próximo al del "fracaso irremediable del matrimonio" que propugna el Consejo de Europa como causa fundamental de divorcio. En tal caso, es indispensable que pudiera ser alegada tal causa de separación por cualquiera de los cónyuges, con independencia de quién ha dado lugar a tal fracaso del matrimonio".¹⁴

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

A este respecto, Manuel Pons califica el precepto de oportuno pues "la prole es el factor familiar que está más necesitado de cuidado y protección, tanto en su integridad física y moral, como en su desarrollo psíquico y espiritual. El desenvolvimiento armónico e íntegro de la persona, sobre todo en estados tan decisivos como la infancia y la adolescencia incumbe directamente a los padres y aconseja que el Derecho tome medidas adecuadas para garantizar el interés de los hijos. Una de ellas es la separación de los cónyuges que operará cuando alguno de ellos viole de manera grave o reiterada los deberes que consigna el artículo 154".¹⁵

Las condiciones legales de disputa de esta causa de separación son, la gravedad del hecho o su reiteración en el caso de que la falta no tuviera por sí misma excesiva consideración. Por tanto, se utiliza para medir los deberes respecto de los hijos el mismo parámetro que respecto de los cónyuges.

¹⁴ ENRIQUE FOSAR BENLLOCH. "La separación y el divorcio en el Derecho Español vigente". (Tomo II, Volumen I). Editorial Bosch. Barcelona. España. 1982. Págs. 52 y 53.

¹⁵ MANUEL PONS GONZÁLEZ. "Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial" (Régimen Jurídico). Editorial Comares. Granada. España. 1985. Pág. 69.

El texto de la norma es bastante amplio, ya que involucra no solamente a los hijos comunes, sino a los que por divorcio o vuidedad de cualquiera de ellos estuvieren conviviendo en el hogar familiar.

3" La condena o pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

Para configurar esta causa de separación no se atiende a penas selectivas correspondientes a delitos relacionados con la defensa del interés familiar, de los cónyuges y de los hijos, sino que se tiene en cuenta exclusivamente la naturaleza de la pena (privación de libertad) y la cuantía de la misma (gravedad). Se considera que el cónyuge sancionado con pena superior a seis años de privación de libertad, queda descalificado socialmente y ante el otro cónyuge en términos tales que es suficiente por sí sola como situación que daña el honor matrimonial, injuria al otro cónyuge, impide el cumplimiento de los deberes familiares y puede contribuir a la ruptura de la comunidad conyugal.

Son requisitos legales para que pueda proceder esta causa de separación:

- a) Que se trate de una condena por sentencia firme (por tanto, mientras no exista dicha firmeza, no puede apreciarse la causa).
- b) Que la condena sea a pena de privación de libertad (es decir, prisión mayor y reclusión menor y mayor).
- c) Que la condena lo sea por tiempo superior a seis años y un día, equivalente a prisión o presidio mayor.

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

A continuación explicaremos cada uno de los supuestos a que se refiere esta causal de separación:

- a) Separación por alcoholismo.- La inclusión del alcoholismo como causa de separación supone una novedad de la legislación de reforma sensible a la dificultad de convivencia que en tales supuestos puede llegar a alcanzarse entre los esposos y al hecho, de que, dentro de las soluciones normativas hasta ahora vigentes, sólo se podía dar lugar a la separación por actos específicos eventualmente derivados de estas situaciones psicológicas pero no por la existencia de las mismas. Es decir, se preveía y se tenía en cuenta el efecto, pero no la causa.

Sin embargo, el acogimiento por el Juez de esta causa de separación tiene establecido el citado límite legal: de que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

Y es que, si los cónyuges se deben ayuda y socorro mutuos (arts. 67 y 68 del Código Civil), tal deber debe exigirse precisamente en las situaciones de necesidad como son, en principio el estado de alcoholismo del otro cónyuge.

En efecto, como dice Manuel Pons "nadie como el otro cónyuge para intentar la curación de un alcohólico; pero si los intentos no llegan a tener éxito y se pone en peligro la salud o la integridad física de un consorte, o la misma vida familiar, no habrá más remedio que autorizar la interrupción de la convivencia. Corresponde al Juez determinar en cada caso lo que exige el interés familiar, es no sólo el del otro cónyuge y el de los hijos, sino hasta el del propio enfermo que rectamente entendido puede aconsejar la separación, en aras de un mejor tratamiento terapéutico, por ejemplo".¹⁶

Por ello, en todos estos casos se debe exigir examen pericial para comprobar que el alcoholismo ha arraigado como auténtica enfermedad. Dicha comprobación pericial debe ser conjugada por el Juez con el referido interés del otro cónyuge o de los miembros familiares de modo que quede establecido sin ningún género de dudas que la suspensión de la convivencia es absolutamente necesaria.

La Organización Mundial de la Salud nos da una definición sobre las personas alcohólicas, y nos dice que "Son alcohólicos los que beben en exceso y cuya dependencia respecto del alcohol ha alcanzado un grado tal que determina la aparición de visibles perturbaciones mentales o cierta interferencia en la salud física, en relaciones interpersonales; o los que muestran signos podrómicos (malestar previo a una enfermedad) a dichos fenómenos".

b) Separación por toxicomanía.- La toxicomanía (como el alcoholismo) es también un estado en el que la persona está condicionada a ingerir o tomar drogas; es preferentemente una perturbación de la conducta que en sus fases más agudas puede originar la muerte del sujeto y, en todo caso, a partir de cierto grado de intoxicación, incapacitarle para el desenvolvimiento normal de las relaciones conyugales.

"En forma simple, se podría afirmar que son "toxicómanos los que toman drogas en cantidad excesiva y cuya dependencia de la droga ha alcanzado tal grado que determina la aparición de visibles perturbaciones mentales o cierta interferencia en la salud, física o psíquica, en las relaciones interpersonales y en el adecuado funcionamiento social y económico"; y por lo tanto, puede volver intolerable la convivencia y provocar grave perjuicio a la educación de los hijos, dando lugar con ello a alguna de las restantes causas previstas en el Código Civil, como pueden ser, la conducta injuriosa o vejatoria o cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales".¹⁷

c) Separación por perturbaciones mentales.- Del mismo modo que el alcoholismo y la toxicomanía, las perturbaciones mentales son causa de

¹⁶ Ibidem. Pág. 74.

¹⁷ MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO. "Nulidad, separación y divorcio". Editorial Montevorvo. S.A. Madrid. España. 1985. Pág. 198.

separación conyugal cuando causen una especie de exigencia o necesidad de ruptura de la convivencia en interés del otro cónyuge o de la familia. No basta, por tanto, con aducir la existencia de los trastornos o perturbaciones mentales; habrá que probar su existencia y su influencia en la familia o en el otro cónyuge.

Al igual que los actos descalificantes, (el alcoholismo y la toxicomania) esta causa de separación tiene también una limitación: sólo se puede invocar, como queda expresado, cuando "el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia".

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

6º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.

A continuación se explicarán las dos causales antes transcritas, iniciando primero en una separación de hecho consentida, y posteriormente en una separación de hecho no consentida.

a) Separación de hecho consentida.- Si los dos cónyuges deciden suspender la convivencia conyugal, para que se pueda solicitar la separación por la presente causa, se necesita además el requisito específico del transcurso del plazo de seis meses. Es decir, que la separación de hecho consentida unida al citado plazo son las condiciones válidas para constituir una causa de separación.

Destaca la doctrina cómo el consentimiento de los cónyuges al cese de su convivencia conyugal puede ser expreso o tácito y aún presunto. "Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndolo expresamente de las consecuencias de ellos, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento" (art. 82, causal 5ª del Código Civil).

En consecuencia dicho consentimiento se prueba con cualquiera de los medios admitidos en Derecho, aunque es lógico, como afirma Enrique Fosar, que "dada la naturaleza del objeto de la prueba, la prueba normal será la documental, pública o privada, la testimonial y la de presunciones de hecho. A estos efectos, se entiende libremente consentida la ruptura de la convivencia conyugal:

a) Cuando exista un acuerdo privado, verbal o escrito, en el que así lo convengan los esposos, que sería la situación más normal.

b) Cuando uno de los esposos requiere fehacientemente al otro para manifestar su consentimiento al cese de la convivencia; en este caso, se debe prevenir al otro cónyuge en forma expresa de las consecuencias del consentimiento prestado o de la negativa al mismo".¹⁸

Se establece, que el cónyuge que pretenda demandar la separación fundado en esta causal del artículo 82, haga una intimación (acción provocatoria, en términos procesales) al otro para que preste el consentimiento.

Por tanto, como apunta Manuel Pons, "esta compleja situación exige que se den a su vez los siguientes requisitos:

a) Por tratarse de una presunción, ha de entenderse en forma restringida, debiendo darse rigurosamente los requisitos exigidos por la ley.

b) Que haya un requerimiento fehaciente por parte del cónyuge que pretende obtener el consentimiento del otro para la separación; por tanto, el requerimiento debe hacerse por vía judicial o notarial, puesto que ambos son los sistemas que procuran la fehaciencia.

c) Ha de apreciarse al otro cónyuge de las consecuencias del requerimiento.

d) Que el cónyuge requerido no se oponga; el silencio se estima como aprobatorio de la separación".¹⁹

En conclusión, transcurridos seis meses del acuerdo en suspender la convivencia conyugal, o de su presunción, cualquiera de los cónyuges puede acudir al juzgado para que lo acordado en forma privada tenga plenos efectos jurídicos.

b) La separación de hecho no consentida.- Aunque no medie consentimiento expreso, tácito, ni presunto, del otro cónyuge (abandonado o expulsado) porque no lo exteriorizó y no medió requerimiento, o porque exteriorizó su desacuerdo, el cese efectivo de la convivencia conyugal sigue siendo causa, aunque más diferida, de separación judicial, pues la causal 6ª del artículo 82 establece como supuesto legal de separación, "el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años".

Es decir, que en estos casos no se exige causa en que se fundamente la separación; es la pura ruptura de la convivencia durante esos tres años fundamento legal de la solicitud.

En los casos a que se refiere el presente apartado, no hace falta, como queda consignado el consentimiento del otro cónyuge, por eso el plazo de seis

¹⁸ Ob. Cit. ENRIQUE FOSAR BENLLOCH. "La separación y el divorcio en el Derecho Español vigente". (Tomo II, Volumen I). Pág. 71.

¹⁹ Ob. Cit. MANUEL PONS GONZALEZ. "Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial" (Régimen Jurídico). Pág. 82

meses que fija la causal 5ª de la norma, cuando hay separación de hecho consensual, se eleva a tres años. En estos eventos puede haber abandono o simple cese efectivo de la convivencia, ya que para distinguir una situación de otra es preciso una manifestación de voluntad del cónyuge no desertor.

El plazo de tres años fijado al efecto es intermedio del de cinco años para pedir el divorcio (causa 5ª del art. 86), y del anterior de seis meses para solicitar la separación.

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

Esta remisión desvirtúa la naturaleza de las causas de separación, que no son siempre, ni tienen porque ser necesariamente, la antesala del divorcio, y envuelven una clara invitación al divorcio.

A juicio de Manuel Pons, "este apartado no supone sino una reiteración inútil en el cuadro de causas de separación, si se estudian las causas de referencia se ve que, por una parte, se alargan los plazos de la posible separación consensual hasta dos años (causal 3ª del art. 86) y el ataque contra la vida del cónyuge es el más típico caso de vejación incluido en el número 1º del art. 82. Por lo tanto, no parece que esta causa pueda ser utilizada con frecuencia, al no aportar nada a lo anteriormente dicho".²⁰

En consecuencia, se da la posibilidad de elegir por el sistema de la acción de divorcio o de separación; presupone, por tanto, que se regula primero en el pensamiento del legislador, el divorcio como institución que disuelve el vínculo, y luego de haber delineado el cuadro legal de la disolución, se define el de la separación, se prevé que las mismas causas de divorcio sean causas de separación, y se concede la opción al cónyuge o cónyuges legitimados en cada caso para ello, según el sistema sea divorcio sanción, por falta o por mutuo consentimiento.

EFFECTOS ESPECÍFICOS DE LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN JUDICIAL.

Las sentencias recaídas en los procesos de nulidad, separación y divorcio producen unos "efectos comunes" los cuales se encuentran establecidos en el artículo 90 del Código Civil, mismos que a continuación se describen.

Capítulo IX.- De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.

Artículo 90.- "El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

²⁰ Ibidem. Pág. 88.

A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta, y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

B) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

E) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer en su caso, a uno de los cónyuges".

"Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias".²¹

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio".

Además, cada uno de los citados procesos al ser culminados por una sentencia favorable a la pretensión, producen unos "efectos específicos": la declaración de la nulidad constatada procesalmente, la suspensión de la vida en común o la disolución el vínculo conyugal.

Recoge el art. 83 los efectos típicos de la separación al declarar que "la sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica".

Determina dos efectos específicos de la sentencia de separación:

a) En el ámbito personal, la suspensión de la vida común de los esposos; y

²¹ Ob. Cit. MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO. "Nulidad, separación y divorcio". Pág. 261.

b) En el ámbito de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, cesa también la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

La Ley habla sólo de suspensión; es decir, el deber de convivencia está en una situación de latencia mientras dure la separación y que, por ende puede renacer en cualquier momento por la reconciliación de los cónyuges (art. 84). Claro es que si la separación se transforma en divorcio, la suspensión se transformará en extinción definitiva.

El Código Civil expresa que con la sentencia de separación los derechos y deberes interconyugales pasan de tener carácter civil a tener carácter natural. Esto es, que subsiste el deber de socorro o ayuda mutua, que se traduce en una pensión cuando la separación produzca desequilibrio económico (art. 97 y 99); que subsiste el deber de actuar en interés de la familia (art. 110); y que subsiste, a juicio de algunos autores, el deber de fidelidad y de respeto, su incumplimiento seguirá siendo causa de desheredación (art. 855, fracción 1ª).

A su vez, los efectos que establecen los citados preceptos del Código Civil en la sentencia de separación no incluyen otros consecuentes a éstos, los cuales son: decae la presunción de paternidad del marido (art. 116); determina el ejercicio individual de la patria potestad (art. 156, apartado 5); como de igual modo, que los hijos menores de siete años queden al cuidado de la madre (art.159).

EL DIVORCIO.

El artículo 86 del Código Civil nos menciona las causas de divorcio, las cuales citamos a continuación:

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

2º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiera formulado reconvencción conforme a lo establecido en el art. 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

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

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

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

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

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

A continuación daremos una explicación de cada una de las causales señaladas con anterioridad.

Causal 1ª.

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

La lectura de la norma revela que la demanda de divorcio por esta causa se apoya en la ruptura de la vida en común y en la previa interposición de la demanda de separación. Es decir, que basta con estar iniciado el procedimiento, sin que, por tanto, sea preciso esperar resolución judicial otorgando la separación conyugal.

“No hay divorcio por mutuo acuerdo, sino por ruptura de la comunidad de vida conyugal, manifestada por la separación durante el año que tiene de haber transcurrido desde la presentación de la demanda de separación y confirmada por el acuerdo de los cónyuges de separarse. Esto es, que nos encontramos ante una causa de divorcio que tiene por base una separación consensual homologada, a semejanza del Derecho Italiano que admite también, dicha causa de divorcio. Y si bien, en el ordenamiento jurídico Español no se admite el divorcio por consentimiento mutuo de los cónyuges, indirectamente se puede llegar al mismo por medio de una separación consensual que, a tenor de los anterior, es perfectamente factible convertir en divorcio”.²²

Causal 2ª.

“El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiera formulado reconvencción conforme a lo

²² Ob. Cit. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO. “Matrimonio y Divorcio”. Pág. 612.

establecido en el art. 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia”.

En esta causa, a diferencia de la anterior, no interviene la voluntad concorde de los cónyuges, sino que el proceso se inicia por demanda formulada por uno de ellos y con posibilidad de reconvencción por alguna de las causas del art. 82 del Código Civil. Una vez transcurrido dicho plazo, puede interponer demanda de divorcio, tanto el demandante en el proceso de separación como el que reconvinó, haya recaído o no sentencia de separación en la primera instancia. Así, es indiferente que la acción de separación se ejercitará por vía reconvenccional, pero es condición de la regla que la resolución estimatoria de la demanda haya ganado firmeza.

A diferencia del apartado anterior en que la separación era consensual y judicialmente homologada, esta causa contempla una previa separación personal en virtud del ejercicio de una acción judicial, fundada en las causas prevenidas en el repetido artículo 82.

Mientras en la causa 1ª de dicho artículo son elementos decisivos la separación consensual y el cese efectivo de la convivencia en conexión, en la hipótesis 2ª del mismo artículo se tiene en cuenta la separación causal y la ruptura de la vida en común, en relación con el art. 82.

También como en el caso del divorcio que se funda en la separación judicial consensual, este otro que se funda en la separación sin consentimiento se ha impuesto el plazo de un año por tratarse de divorcios promovidos sobre la base de un mismo presupuesto jurídico, que es la separación judicial. Porque los plazos se aumentan sobre manera cuando lo que la Ley toma en cuenta la separación de hecho, o lo que es lo mismo, el divorcio intentado directamente, sin pasar por el trámite judicial de la separación.

El texto presenta dificultades de aplicación porque, de un lado, el legislador dispone que la sentencia de divorcio se apoye en una previa sentencia firme estimatoria de la separación y, de otro, permite que se presente la demanda de divorcio cuando ha transcurrido un año desde la presentación de la demanda de separación, aunque no hubiere recaído todavía en la primera instancia sentencia de separación, o aunque dictada ésta, aún no fuera firme. Si durante la tramitación del proceso de divorcio hay sentencia firme de separación que el Juez la tendrá en cuenta, para resolver sobre el divorcio. Por el contrario, si en el momento de dictar sentencia no cuenta con dicho presupuesto, queda planteada una cuestión prejudicial y, por analogía con lo que dispone el art. 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se suspenderá el fallo hasta la terminación por sentencia firme de separación.

Causal 3ª.

“El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

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

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

Con un requisito temporal único (dos años al menos de cese ininterrumpido de la convivencia conyugal), el apartado a) del precepto comprende tres supuestos originadores del divorcio mediante la petición de cualquiera de los consortes:

1º La separación de hecho consentida libremente por los dos cónyuges.

2º La firmeza de la resolución judicial.

3º La declaración de ausencia legal de alguno de los esposos.

Además, y también con exigencia del mismo plazo, el apartado b) de la regla facilita el divorcio a petición de uno de los cónyuges cuando se acredite la existencia de una de separación al inicio de la disolución real.

Regula las causas de divorcio sustentadas en la mera separación de hecho durante el plazo de dos años cuando, hay acuerdo de separación; y cuando no hay acuerdo de separación, pero se ha declarado la ausencia legal de uno de los cónyuges y cuando quien pide el divorcio demuestre que el otro cónyuge estaba incurso en causa de separación legal al iniciarse la separación de hecho.

La separación de hecho consentida durante dos años ininterrumpidos contados a partir de aquel consenso, es la primera causa de divorcio que a petición de cualquiera de los consortes, admite el apartado a) del precepto.

“Si los cónyuges se separaron de hecho por libre consentimiento, es decir, por la llamada separación “amistosa”, también por el libre consentimiento pueden obtener el divorcio cuando transcurran dos años sin convivir desde que acordaron separarse; y nada podrá hacer el Juez para impedirlo, se constata el libre acuerdo de separación real y supervivencia durante el periodo señalado.

Hay, por tanto, una perseverancia consensual para separarse y divorciarse; o siempre, aparece consagrado el divorcio consensual, sin obstáculos probatorios o judiciales que impidan su curso favorable”.²³

Causal 4ª.

²³ Ob. Cit. MANUEL PONS GONZALEZ. “Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial” (Régimen Jurídico). Pág. 127.

“El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges”.

Es ésta una causa de divorcio apoyada fundamentalmente en el desarrollo temporal del lapso marcado. Pasados cinco años de la omisión del trato matrimonial, por su exclusivo hecho cabe la facultad de romper el vínculo, haya sido o no aceptada voluntariamente la situación.

El divorcio es procedente sin invocación de causa ni necesidad de interponer siquiera una demanda precisa de separación. Basta con romper la convivencia conyugal cuidando de dejar constancia del inicio del plazo de los cinco años. Es la consagración legal, lisa y llana, del moderno repudio que puede instarse por cualquiera de los cónyuges.

En el mismo sentido se manifiesta Manuel Pons, al puntualizar que “con ello se admite una causa de divorcio que se asimila en mucho a lo que se denomina repudio conyugal; esto es, la posibilidad de obtener el divorcio sin la expresión de una causa de conducta que haya de probarse y sin necesidad de contar con la voluntad del otro cónyuge”.²⁴

También en el Congreso de los Diputados se cuestionó esta causa de divorcio, solicitándose su eliminación del texto legal, por presentar la consagración legal de una cierta forma de repudio.

Causal 5ª.

“La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes”.

Esta causa de divorcio estaba ya incluida en la Ley de 1932, si bien con un alcance más limitado, al prever tan sólo “el atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos”.

Supone que un cónyuge ha atentado contra la vida del otro, por supuesto, sin haber logrado consumir sus propósitos, pues en otro caso el matrimonio se hubiera disuelto por la muerte.

Aquí debe ser probada una conducta reprochable del otro cónyuge contra quien irá dirigida la demanda, lo mismo que acontece con el apartado b) de la causal 3ª del art. 86, donde el que pide el divorcio debe acreditar una separación de hecho durante la cual el demandado estaba incurso en alguna de las causas de separación que están previstas en el art. 82.

²⁴ Ibidem. Pág.133.

La diferencia consiste en que la causal 3ª debe ser probada en el propio juicio de divorcio, en tanto que la causal 5ª debe ser probada en juicio penal, cuya acción siempre será perjudicial respecto de la acción civil; porque lo que debe traerse al juicio civil de divorcio no es la prueba del hecho del atentado contra la vida, sino una certificación autenticada de la condena pasada en autoridad de cosa juzgada.

En consecuencia, la condena del esposo culpable en sentencia firme, es requisito ineludible para constituir la acción. Si no existe tal sentencia o no es ésta firme, no se puede alegar esta causa sino sólo demandar la separación del cónyuge por conducta vejatoria o injuriosa. La condena debe serlo por delito doloso, pues la palabra "atentar" entraña una malicia específica, incompatible con la simple culpa o negligencia.

EFFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

El efecto pretendido por el accionante en divorcio (la ruptura del vínculo) sólo puede lograrse mediante la sentencia que "producirá efectos a partir de su firmeza" (art.89 del Código Civil); si bien, "no perjudicará a terceros de buena fe, sino a partir de su inscripción en el Registro Civil" (art. 89). Es decir, que sus efectos (los de la sentencia) no afectarán perjudicialmente a terceros.

En virtud de la sentencia estimatoria de divorcio, los cónyuges pierden el estado matrimonial que en su día adquirieron ipso iure, con la celebración del matrimonio. Los cónyuges dejan de serlo, y pueden, por tanto, contraer nuevo matrimonio, sea con tercero, sea de nuevo con el otro cónyuge; sin necesidad, por parte de la mujer de dejar transcurrir periodo alguno, pero, de nacer un hijo dentro de los 300 días siguientes a su disolución jugará la presunción del art. 116 del Código Civil a la que podrá añadirse la del art. 117 si naciese dentro de los 180 días siguientes a la celebración de las nuevas nupcias

En el ámbito personal, cesa el deber de convivencia y el de guardarse fidelidad; permanece el derecho a ayudarse mutuamente (art. 87), si bien limitado a la cuantía de los alimentos, si se establece la pensión del art. 97 en base al desequilibrio económico producido por la disolución del vínculo.

En el ámbito patrimonial, la sentencia firme de divorcio produce la disolución del régimen económico matrimonial (art. 95). En el régimen sucesorio, el cónyuge divorciado no sucede ab intestato a su exconsorte.

MEDIDAS PROVISIONALES.

En opinión de Enrique Fosar "se llaman medidas provisionales a aquellas que se solicitan al mismo tiempo que se interpone la demanda de nulidad, separación o divorcio, o con posterioridad una vez admitida la referida demanda, con una duración temporal, dado que su finalidad es la de proveer el cuidado de

los hijos, uso de la vivienda, relación de inventarios de bienes, etc., por el tiempo que dure la sustanciación de la causa".²⁵

El autor en cita destaca su carácter unitario que, se refleja en ser medidas comunes para tres procesos diferentes en su objeto y alcance (nulidad, separación, divorcio). Como de igual modo, la amplia autonomía que se concede a ambos cónyuges en la determinación de esas medidas, y el valor prominente del acuerdo de ambos, que desplaza a las mediadas judiciales, sólo en defecto de aquél (art. 103). Se concede, pues, a los esposos amplia facultad para configurar el estatuto jurídico de su matrimonio durante la etapa procesal; de tal forma que, como a continuación se expresa, las medidas judiciales sólo se adoptarán a falta de acuerdo de ambos cónyuges, aprobado judicialmente.

Artículo 103.- "Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1º Determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código, y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona, y de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.

2º Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

3º Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas, si procede la "litis expensas", establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por éstos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

²⁵ Ob. Cit. ENRIQUE FOSAR BENLLOCH. "La separación y el divorcio en el Derecho Español vigente". (Tomo II, Volumen I). Pág. 192.

4º Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deben observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

5º Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio”.

EFFECTOS DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.

Efectos que se producen por ministerio de la Ley.

A diferencia de las medidas provisionales que se prevén a instancia de parte interesada, los efectos provisionales por ministerio de ley entran en vigor de forma automática con la presentación de la demanda, sea de nulidad, de separación o de divorcio.

Señala el art. 102 que, “admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

1º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica”.

Tales efectos se producen automáticamente con la simple admisión de la demanda, sin que los cónyuges deban solicitar su adopción al Juez, como sucede con las medidas judiciales del art. 103.

a) Cesación del deber de convivencia.- Admitida la demanda (de nulidad, separación o divorcio), “los cónyuges podrán vivir separados” (art. 102, inciso 1º, del Código Civil).

“El primer efecto legal que se produce con la presentación de la demanda es, la facultad que tienen los cónyuges para separar sus vidas. La separación de los cónyuges deja de ser una medida a establecer, en todo caso por el Juez, para convertirse en una facultad legal de los mismos, es decir, si los cónyuges así lo desean y resuelven”.²⁶

²⁶ Ob. Cit. MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO. “Nulidad, separación y divorcio”. Pág. 379.

Se trata, por tanto, de una posibilidad cuya realización deja a la libre voluntad de los esposos, o si se quiere, de un efecto que se deja a la libre determinación de ellos.

b) Cesación de la presunción de convivencia conyugal.- El segundo efecto legal de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, es el de la extinción o cese de la presunción de convivencia conyugal.

En otros términos, la presunción del art. 69 de que los cónyuges viven juntos, salvo prueba en contrario, queda destruida con la presentación de la demanda, es decir, que ésta constituye una prueba en contrario a la presunción que establece el citado artículo.

Si la presunción en cuestión se entiende como vida en común de los esposos y como cohabitación sexual, el cese de la vigencia de esa presunción debe también tener un doble alcance: cesará la presunción de que viven bajo el mismo techo, en el mismo domicilio, y no podrá presumirse ya que hay relaciones sexuales entre los esposos.

c) La revocación de poderes y consentimientos.- Otro de los efectos es el señalado en el art. 102, inciso 2º del Código Civil, a cuyo tenor "quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro".

Piensa Enrique Fosar que "esta medida de revocación, hay que entenderla como no definitiva, ya que de lo contrario, no tendría razón de ser lo dictado en el art. 106, inciso 2º, que determina que, las sentencias de nulidad, separación matrimonial y divorcio suponen una revocación definitiva de los consentimientos y poderes".²⁷

d) Efectos sobre la potestad doméstica.- Por el simple hecho de interponerse la demanda de tipo matrimonial, "salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica" (art.102. párrafo 3º del Código Civil).

La admisión de la demanda tiene como finalidad, la transparencia de actuación de los sujetos del matrimonio, una vez interpuesta dicha demanda, con el fin de evitar fraude de tipo patrimonial, aprovechando la situación en que se encuentra el matrimonio durante la tramitación de un proceso tendiente a su nulidad, separación definitiva o divorcio. Todo lo cual desemboca en que, como consecuencia de esta norma, un cónyuge que trate de obligar o vincular un bien privativo del otro, necesite un poder o consentimiento especial del otro cónyuge, en este sentido.

²⁷ Ob. Cit. ENRIQUE FOSAR BENLLOCH. "La separación y el divorcio en el Derecho Español vigente". (Tomo II, Volumen I). Pág. 223.

c) Publicidad registral de las demandas de nulidad, separación y divorcio.- El último párrafo del art. 102, establece que "A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil".

La anotación a que se refiere este precepto es, evidentemente, la de la demanda de nulidad, separación o divorcio. Se trata de una norma que trata de dar publicidad a la situación matrimonial con respecto a terceros, que pudieran tener o que tiene relaciones con el matrimonio.

El acuerdo sobre medidas provisionales.

A juicio de Manuel Pons, "es evidente que el acuerdo de ambos cónyuges del art. 103 tiene ciertas diferencias con el convenio del art. 90 y el acuerdo del art. 91: aquél es provisional y sólo durará lo que el proceso matrimonial, mientras que éstos son definitivos; el primero pretende proveer de un estatuto jurídico al matrimonio durante el pleito, en función de la crisis matrimonial y confianza que el mismo comporta, y los otros buscan una solución a algo que ha terminado y abre un nuevo capítulo a nivel personal y jurídico. En relación a los bienes, el primero presenta un marcado carácter conservativo, en tanto que el segundo es claramente liquidatorio".²⁸

Adopción de medidas provisionales por parte del Juez.

a) En relación a los hijos.- La situación post-matrimonial de los hijos es, sin duda, el problema más grave que plantean los procesos conyugales. Ello justifica que se dedique a este tema la primera de las normas que se contiene en el art. 103 del Código Civil.

El Juez, como primera medida, podrá "determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona, y de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez".

Para determinar cuál será el interés del hijo hay que tener en cuenta el derecho de los hijos, sancionado por el art. 154, inciso 1º del Código Civil, y 39 de la Constitución, a recibir de sus padres una formación integral en orden al más adecuado desarrollo de sus aptitudes morales, intelectuales y físicas. Sólo

²⁸ Ob. Cit. MANUEL PONS GONZALEZ. "Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial" (Régimen Jurídico). Págs. 262 y 263.

quedará satisfecho el interés del hijo cuando las medidas que se adopten sean las más idóneas a conseguir esa formación integral.

Por ello, se exige que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos sean adoptadas "tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años" (párrafo 2º, del art. 92).

Aunque no es muy explícito el texto legal, se puede afirmar que estas medidas provisionales no afectan al ejercicio de la patria potestad, se limitan a determinar a qué cónyuge quedará encomendada la guarda y custodia de dichos hijos. Lo único que se concede al cónyuge con quien quedan los hijos es su guarda jurídica, sin que ello afecte, en principio, a la titularidad de la patria potestad, que no puede ser modificada, suspendida o privada, sino en los casos y formas que la Ley prevé (arts. 156 y 170).

Tampoco se descarta la posibilidad de que la guarda y custodia de los hijos menores se reparta entre los padres; si bien se admite como medida excepcional, dado que, en principio, se debe procurar en no separar a los hermanos. Existe También la posibilidad, también con carácter excepcional, de que los hijos menores o incapacitados puedan quedarse bajo la guarda y custodia de terceras personas.

b) En relación al uso de la vivienda y ajuar familiares.- Se refiere a estas medidas la regla 2ª del art. 103, que ordena al Juez proveer sobre el uso de la vivienda familiar y de los bienes y objetos del ajuar de ésta; medida provisional que es coherente y guarda relación con el art. 96, que regula el destino de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella en el caso de sentencia ejecutoria.

Dice literalmente dicha norma que: "Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

2º Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno".

Tres cuestiones abordan la citada regla 2ª del art. 103, a saber: la determinación de qué cónyuge quedará en la vivienda u hogar conyugal; la del ajuar doméstico; y las medidas cautelares que puedan adoptarse para salvaguarda de los derechos de cada consorte sobre la vivienda y sobre el ajuar doméstico.

Para la primera cuestión, el criterio fundamental para la asignación de la vivienda familiar "es el interés familiar más necesitado de protección".

En cuanto al ajuar, hay que separar, previo inventario, los bienes y objetos que deben continuar en la casa y los que se ha de llevar el otro cónyuge. Quedarán en la vivienda "los objetos de uso ordinario", como establece el art.96, y se entregarán al cónyuge que haya de salir de aquélla los objetos de uso personal. Las medidas cautelares tendientes a conservar el derecho de cada uno de los esposos, es una previsión que guarda íntima relación con la titularidad de la vivienda que constituye el hogar familiar cuando su uso se asigna al cónyuge no titular.

c) Tendentes a determinar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio.- Esta clase de medidas, están especificadas en la regla 3ª del art. 103, al declarar que admitida la demanda, el Juez a falta de acuerdo de ambos cónyuges, ha de "fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio...".

No fija criterios para la adopción de esta medida, pero señala que se establecerán "las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por éstos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro".

Admitida la demanda, y mientras no recaiga sentencia (de nulidad, separación o divorcio) hay todavía matrimonio y, por ende, continúa subsistente la obligación de ambos consortes de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, por ser dicho deber de orden público, haya o no hijos y, por ello, hay que establecer las previsiones adecuadas al respecto; mientras que en los arts. 93 y 97, al regular las consecuencias de la sentencia declarando la nulidad, separación o divorcio, se fijan ya los alimentos debidos a los hijos y, en su caso, la pensión que deba corresponder a alguno de los esposos.

d) En relación a los hijos.- Dispone la medida 4ª del art. 103 que se deben "señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deben observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo".

Esta medida, que como todas las anteriores, se fija judicialmente a falta de acuerdo entre los, supone, una situación de régimen matrimonial de sociedad de gananciales, y tienden a fijar la administración provisional de los mismos, para lo cual se individualizarán todos los bienes, y se entregarán a uno u otro cónyuge para su administración concreta.

La regla 5ª del art. 103 se refiere al régimen de los bienes privativos afectados a las cargas del matrimonio, ordenando al Juez "determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que

por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio”.

Los bienes privativos especialmente afectados a las cargas, pueden tratarse de dos clases: por un lado, los dotales, en cuanto institucionalmente destinados a ese fin; y por otra parte, los afectados voluntariamente por los cónyuges por cualquier motivo o mecanismo jurídico.

COMENTARIOS PERSONALES.

En el Derecho Español, las causas enumeradas para la separación, así como las enumeradas para el divorcio son muy similares, sólo existen pequeñas diferencias en cuanto a los plazos que se piden cuando deja de existir la convivencia conyugal y por lo tanto, ya no existe seguridad de poder llevar una vida en común entre ambos consortes; aunque es necesario aclarar que en la mayoría de las causales de divorcio tienen como requisito una previa interposición de la demanda de separación, ya sea que ésta se encuentre en procedimiento o sea preciso esperar la resolución judicial otorgando la separación conyugal.

Dentro de las causales que se asemejan a las de nuestro Derecho están, las siguientes: (independientemente de que en España sean causas de separación o de divorcio).

ESPAÑA.

- 1.- El abandono injustificado del hogar.
- 2.- La infidelidad conyugal.
- 3.-La conducta injuriosa o vejatoria, o cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.
- 4.- La condena o pena de privación de la libertad.
- 5.- El alcoholismo y la toxicomania.
- 6.-Perturbaciones mentales.

MÉXICO.

- 1.- Separación de la casa conyugal sin causa justificada.
- 2.- Adulterio.
- 3.-Sevicia, amenazas o las injurias graves.
- 4.-Haber cometido uno de los cónyuges un delito, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.
- 5.- Hábitos de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes.
- 6.- Padecer enajenación mental incurable.

Un aspecto que es muy importante señalar es que, en la legislación de España y en la legislación de México coinciden en que presentada la demanda necesariamente ha de acompañarse un convenio, en el cuál se fijarán los siguientes puntos:

- + Designación de la persona a quien serán confiados los hijos.
- + La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.
- + La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como la forma de garantizarlos.
- + La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- + La pensión alimenticia que correspondiere satisfacer en su caso, a uno de los cónyuges.

En cuanto a las medidas provisionales, son las misma que las de nuestro país, es decir, se decreta provisionalmente la separación de los cónyuges, se señalan y aseguran los alimentos al cónyuge acreedor y a los hijos, y en general se prevé lo necesario para el cuidado de los hijos, uso de la vivienda, relación de inventario de bienes, etc.

En general, todo el procedimiento es similar al de nuestro país y en cuanto a las causales, considero que son muy repetitivas, variando sólo en los lapsos de tiempo que deben concurrir para encuadrarse en determinada causal, por lo tanto, opino que las causales señaladas en la legislación española no abarca todas las posibles fricciones que pueden ocurrir en un matrimonio y que pueden llegar de cierta manera a romper la armonía conyugal.

Para finalizar, hago notar que el abandono injustificado del hogar, el adulterio, el alcoholismo, la toxicomanía, las perturbaciones mentales, entre otras, no son causa de divorcio, sino de separación y por lo tanto primero debe presentarse la demanda de separación para posteriormente ejercitar la demanda de divorcio, ante lo cual considero que no es correcto ya que todas estas causales se presuponen peligros graves, y la sola separación o cese de la convivencia conyugal no implica resolución alguna, ya que estas conductas rompen con la armonía conyugal y difícilmente se puede lograr una reanudación de la vida en común entre los cónyuges.

d) ITALIA.

Tipos de separación.

El sistema legislativo italiano conoce dos tipos principales de separación: la culpable y la consensual homologada judicialmente. No disciplina de modo expreso la separación de hecho sin homologación, a cuya admisión podría

oponerse el artículo 158 del Código Civil, si bien existen separaciones de hecho respecto de las que es aventurado decir que no producen efecto.

En la terminología legal, con el nombre de separación personal se alude a la separación por culpa y con el nombre de separación consensual se alude a la separación voluntaria por mutuo consentimiento; ambas, consecuencia de un trámite judicial que para la primera es la sentencia del tribunal que la pronuncia y para la segunda el decreto del tribunal que la homologa.

A) SEPARACIÓN CONTENCIOSA.

a) Causas.

Los artículos 151, 152 y 153 regulan con carácter taxativo las causas de separación, que son: adulterio, abandono voluntario, excesos, sevicias, amenazas o injurias graves, condena a prisión o reclusión por tiempo superior a cinco años.

La jurisprudencia tiene el mérito de haber dado agilidad a la rigidez del sistema, interpretando las categorías de imputación culpable; ya que ofrece al intérprete una considerable variedad de hechos en los que aparecen las hipótesis de injurias graves, de violencias y de sevicias, aunque los comportamientos deducidos, en estricto rigor, no pudieran encuadrarse en las clásicas manifestaciones de tales conceptos.

Así, las injurias graves comprenden los comportamientos que integran una ofensa al honor y al decoro de un cónyuge y también aquéllos que concretan una lesión de deberes jurídicos y morales derivados del matrimonio. Algo parecido sucede con los excesos o violencias, en cuyo concepto se integran los comportamientos que desbordan los confines de la ética familiar, bastando el nacimiento de una situación valorada por el juez como propicia para hacer intolerable la ulterior comunidad de vida y para turbar irremediabilmente la paz doméstica.

También en cuanto a las sevicias operan criterios de valoración más amplios de los consentidos por la correspondiente norma penal.

b) Procedimiento.

Se contiene en los artículos 706 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Excepto el adulterio y la condena penal, los demás supuestos quedan a la apreciación discrecional del juez. En cuanto al adulterio hay que tener en cuenta que el Código mantiene la menor relevancia del causado por el marido, al que sólo se considera como tal cuando concurren circunstancias que constituyen una injuria.

No siendo posible la reconciliación, la sentencia debe decidir sobre la suerte de los hijos, y regular las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

"El legislador italiano ha demostrado claramente su reconocimiento hacia la superación de las crisis conyugales y por la reanudación de las relaciones anteriores, dedicando algunas normas al Instituto de la reconciliación: el artículo 154 del Código Civil precisa que la reconciliación extingue el derecho de pedir la separación, e implica el abandono de la demanda ya interpuesta; y el artículo 157 advierte que los cónyuges pueden, de común acuerdo, hacer cesar los efectos de la sentencia de separación con una declaración expresa o con el simple hecho de la cohabitación, sin que sea necesaria la intervención de la autoridad judicial".²⁹

c) Efectos.

1.- En cuanto al cónyuge.- El artículo 156 del Código Civil regula los efectos de la separación, estableciendo con carácter general que el cónyuge no culpable de la separación personal conserva los derechos inherentes a su calidad de cónyuge, que sean compatibles con el estado de separación. El cónyuge culpable sólo tiene derecho a alimentos. Y pierde todos los derechos que el otro cónyuge le haya concedido en el contrato matrimonial, aunque se hayan pactado con reciprocidad. Además, el tribunal puede privarle, en todo o en parte, del usufructo legal que le corresponde sobre los bienes de los hijos menores. Cuando la sentencia de separación se pronuncia por culpa de ambos cónyuges, ambos incurrir en la pérdida antes dicha, pudiendo el tribunal, según las circunstancias, dictar las oportunas disposiciones sobre el usufructo legal. El tribunal puede también, según las circunstancias, prohibir el uso del apellido del marido.

2.- En cuanto a los hijos.- El artículo 155 del Código Civil dispone, con carácter general, que el tribunal que pronuncia la separación, declara cuál de los dos cónyuges debe tener el cuidado de los hijos, su mantenimiento, su educación y su instrucción; pudiendo por motivos graves disponer que los hijos sean colocados en un Instituto de Educación o bajo la tutela de una tercera persona, sin perjuicio del derecho de vigilancia sobre su educación que sigue correspondiendo a ambos padres.

B) SEPARACION CONSENSUAL.

El Código Civil se limita a mencionar la separación consensual en el artículo 158, disponiendo que aunque medie consentimiento no produce efecto sin la homologación del tribunal, en la forma que regula el Código de Procedimiento Civil.

a) Efectos.

El principal efecto que procede en este tipo de separación es la recíproca y voluntaria terminación de la obligación de convivencia. Tal terminación podría

²⁹ RAFFAELE COPPOLA. "Introducción al divorcio y sus consecuencias en Italia". Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Ciencias Jurídicas. 1980. Pág. 35.

constituir el único objeto del acuerdo de separación cuando se trate de matrimonios sin hijos y económicamente independientes.

Cuando hay hijos, se imponen otras exigencias particulares para sistematizar económica y patrimonialmente la autonomía de los cónyuges, relativamente a la custodia de los mismos, su mantenimiento, educación e instrucción, así como todas las relaciones patrimoniales que den estabilidad a la nueva situación y sean coherentes con la vida separada.

Para resumir la situación determinada por la separación consensual, hay que decir que los cónyuges conservan todos los derechos inherentes a su cualidad y compatibilidad con su nuevo estado. Tiene particular relieve la autonomía de la voluntad de los cónyuges, ampliamente favorecida aunque exista la homologación y control de los tribunales para salvaguardar el interés superior de la familia, de los hijos y de los mismos cónyuges.

En orden al domicilio hay que señalar que la separación consensual implica que la mujer pueda adquirir libremente domicilio o residencia propia.

C) SEPARACION DE HECHO.

Algunos autores opinan que la institución de la separación de hecho es ignorada por ley, mientras otros consideran que esto no es del todo exacto, ya que el legislador ha entrevisto, al menos implícitamente, su existencia, cuando en el artículo 158 se refiere a la separación consensual no homologada aunque sea para negarle los efectos de la homologada; cuando en el artículo 151 se refiere al abandono injustificado entre las causas de separación por culpa, consintiendo al intérprete apreciar, como revelación de causa de separación de hecho derivada del abandono justificado; y cuando se deduce del artículo 146 que la obligación de mantenimiento que pesa sobre el marido no se suspende aunque la mujer se haya alejado del domicilio conyugal por causa justa.

"La separación de hecho puede tener las siguientes modalidades: separación de tipo consensual; separación por abandono justificado, voluntario; separación por abandono impuesto por el otro cónyuge; separación que sigue a la no admisión de la demanda de separación culpable, cuando los cónyuges no reanudan la convivencia; y separación consiguiente a la interrupción del proceso de separación por renuncia de uno de los dos esposos.

Generalmente se admite que este tipo de separación no interrumpe las obligaciones ni los derechos derivados del vínculo matrimonial, de tal modo que cada cónyuge continúa sujeto a sus obligaciones y tiene el goce de los derechos inherentes a su estado".³⁰

³⁰ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág.306.

En cuanto a la custodia de los hijos, la jurisprudencia, a falta de norma legal, considera que el Tribunal de Menores es el más idóneo para resolver el conflicto.

D) DIVORCIO.

"La Ley de primero de diciembre de 1970 introdujo en Italia el divorcio. Aunque es conveniente tener presente que el ordenamiento jurídico italiano reconoce tres tipos de matrimonio: el matrimonio civil celebrado ante la autoridad competente; el matrimonio religioso católico celebrado según las normas del derecho canónico y transcrito en los registros del estado civil (matrimonio concordatorio); y el matrimonio religioso acatólico, debidamente transcrito, celebrado ante el Ministro de alguno de los cultos admitidos en el Estado. Todos ellos producen los mismos efectos civiles.

La citada ley, refiriéndose al matrimonio civil y al acatólico habla de sentencia de disolución del matrimonio, mientras que al referirse al matrimonio concordatorio habla de pronunciamiento judicial de la cesación de los efectos civiles consiguientes a su transcripción en los registros del estado civil.

La sentencia que dispone la cesación de los efectos civiles del matrimonio concordatorio es para la iglesia una solución sin ningún valor porque el matrimonio celebrado según sus ritos continúa vigente por y para siempre mientras vivan ambos esposos".³¹

a) Causas.

El artículo 3º de la citada ley enumera las causas para la disolución del vínculo matrimonial, las cuales comentamos a continuación:

1ª causa.- La condena penal.- Cuando la sentencia ha sido pronunciada después de la celebración del matrimonio, aunque sea por hechos cometidos anteriormente, y con fuerza ya de cosa juzgada.

La sentencia definitiva de condena es válida como causa justificadora del divorcio, cuando la pena impuesta al culpable se refiere a determinados delitos o tiene ciertos límites cuantitativos, según los casos que vemos a continuación.

La condena a presidio.- La gravedad de esta condena que destruye en la práctica la comunidad familiar ha sido admitida como causa de divorcio porque no parece justo que el cónyuge inocente se vea privado de la posibilidad de reconstruir una familia y pague así por culpa de otro. Este tipo de condena también implica la pérdida de la patria potestad.

³¹ Ibidem. Pág. 307.

La condena a cualquier pena de detención por el delito de incesto.- Este tipo de delito se encuentra previsto en el artículo 564 del Código Penal.

La condena a cualquier pena de detención por los delitos enumerados en los artículos 519, 521, 523 y 524 del Código Penal cometidos contra un descendiente o hijo adoptivo.- Los delitos a que se refiere este apartado son: la violencia carnal; los actos de lujuria violentos; el rapto con fines lujuriosos; y el rapto de personas menores de catorce años o enfermos, con fines lujuriosos o de matrimonio.

El homicidio voluntario contra un descendiente o hijo adoptivo.

La tentativa de homicidio contra el cónyuge, descendiente o hijo adoptivo.

2ª Causa.- Las violaciones de la obligación de asistencia.- Prevista y sancionada en el artículo 570 del Código Penal, consistente en el hecho de quien, abandonando el domicilio, o generalmente observando una conducta contraria al orden y a la moral de la familia, se sustrae a las obligaciones de asistencia inherentes a la patria potestad, a la tutela legal o a la cualidad de cónyuge.

3ª Causa.- Los malos tratos.- Sancionados y previstos en el artículo 572 del Código Penal y consistentes en una serie de actos lesivos a la integridad física, la libertad o el decoro del sujeto pasivo. La jurisprudencia ha individualizado el delito en comportamientos autoritarios y despreciativos; actos y palabras ofensivas al decoro y a la dignidad de la persona; privaciones de la libertad; negativa o falta de suministro de los medios necesarios para la subsistencia o cuidado, o violaciones capaces de producir sensaciones dolorosas como los golpes, aunque no dejen señal.

4ª Causa.- Lesiones gravísimas.- Son aquéllas que conforme a los artículos 582 y 583 del Código Penal, determinan: una enfermedad cierta y probablemente insanable; la pérdida de un sentido; la pérdida de un miembro o la mutilación que haga el miembro inservible, o la pérdida del uso de un órgano o una permanente y grave dificultad del lenguaje; la deformación o señalamientos permanentes de la cara; y el aborto de la persona ofendida.

5ª Causa.- Cuando el procedimiento penal por incesto ha terminado con sentencia absolutoria que declare el hecho no punible por falta de escándalo público.

6ª Causa.- El hecho de que el otro cónyuge, como ciudadano extranjero, haya obtenido en el extranjero, la anulación o la disolución del matrimonio y haya contraído también en el exterior nuevo matrimonio.

b) Procedimiento.

El artículo 4º determina las modalidades del procedimiento, de acuerdo con el párrafo 1º, la demanda se propone con un escrito conteniendo la

exposición de los hechos en que se funda, al tribunal del lugar donde el cónyuge demandado tiene la residencia.

En el escrito debe indicarse la existencia de hijos legítimos o adoptivos por ambos cónyuges durante el matrimonio. Siendo ésta una indicación muy útil porque permite al Presidente del Tribunal conocer durante la sustanciación del procedimiento, la consistencia del núcleo familiar.

El siguiente párrafo introduce una novedad importante al consentir que el Presidente del Tribunal pueda nombrar un curador especial cuando el demandado es enfermo mental o jurídicamente incapaz. La prueba de la existencia de estas condiciones debe ser evidentemente documental, y no puede imaginarse que en los actos preliminares del juicio puedan desenvolverse pruebas sobre el estado mental o de capacidad del demandado.

Los cónyuges deben comparecer ante el Presidente del Tribunal, personalmente, salvo que medien motivos graves y comprobados.

La finalidad de la tentativa de conciliación es idéntica a la del procedimiento de separación y consiste en evitar en lo posible la disgregación del organismo familiar.

Comparecidos ambos cónyuges puede suceder que se concilien y el cónyuge demandante declare no querer proseguir la demanda, que es considerada como una declaración de renuncia a la acción.

"Si el demandado no comparece o si fracasa el intento de conciliación, el presidente, después de haber oído, si hay oportunidad, a los hijos menores dispone de oficio las medidas temporales y urgentes en interés de los cónyuges y de los propios hijos. Tales provisiones deberán tener el carácter de urgentes porque tienden a evitar un perjuicio irreparable; y temporales, porque en su día serán sustituidas por la decisión definitiva.

Estas medidas provisionales suelen referirse en la práctica a: la autorización de vida separada; la atribución de una asignación mensual para los gastos de mantenimiento a cargo o a favor del cónyuge que presuntamente tenga derecho y la custodia de los hijos encomendada al cónyuge que mejores condiciones parezca ofrecer, o la colocación en un Instituto de Educación o en una tercera persona. No entran en la competencia presidencial aquellas medidas que tenga carácter definitivo como, por ejemplo, la privación del apellido marital o la pérdida de las ganancias adquiridas durante el matrimonio. La ordenanza del presidente puede ser revocada o modificada por el juez instructor, según el artículo 147 del Código de Procedimiento Civil".³²

³² Ob. Cit. RAFFAELE COPPOLA. "Introducción al divorcio y sus consecuencias en Italia". Pág. 79.

El Presidente del Tribunal cuando crea, por los datos obtenidos de la audiencia personal, que subsisten posibilidades concretas de reconciliación entre los cónyuges, en particular por la presencia de hijos, a los que el divorcio podría ocasionar daños materiales y morales, fija la comparecencia ante el juez instructor en un término amplio aunque no superior a un año, indicando las razones por las que no fija la Audiencia en un plazo más breve.

Con ello se pretende que el Presidente del Tribunal, en presencia de motivos fundados que puedan llevar a la reconciliación, ofrezca a las partes un periodo de meditación y de reflexión, fijando la comparecencia ante el juez instructor a una razonable distancia de la Audiencia ante él.

Con las medidas urgentes, el nombramiento del juez instructor y la fijación de la comparecencia ante él, concluye la fase inicial y preliminar del procedimiento de divorcio.

Por último, el artículo 4º reconoce al juez instructor la facultad de disponer de oficio los medios instructores necesarios, como pueden ser el interrogatorio, la prueba testifical o el dictamen técnico.

Con la sentencia definitiva, el tribunal, comprobada la existencia de alguna de las causas reconocidas en el artículo 3º, declara la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles, según la modalidad celebrada. Y en ambos casos ordena al oficial del estado civil del lugar donde se transcribió el matrimonio la anotación de la disolución o de la cesación de los efectos (art. 5º párrafo 1º).

El párrafo 3º del artículo 5º dispone que la sentencia puede ser impugnada por las partes y por el Ministerio Público (sólo en cuanto a los intereses patrimoniales de los hijos menores o legalmente incapaces).

c) Efectos en cuanto a los cónyuges.

1.- Apellido de la mujer divorciada.- El párrafo 2º del artículo 5º establece que a consecuencia de la sentencia de divorcio la mujer readquiere el apellido que tenía antes del matrimonio. Quizá hubiese sido más exacto decir que la mujer no puede usar el apellido del marido, que se adquiere a consecuencia del matrimonio.

2.- Relaciones patrimoniales.- La regulación de las relaciones matrimoniales entre los cónyuges esta prevista en el párrafo 4º del artículo 5º : con la sentencia que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio; el tribunal dispone, teniendo en cuenta las condiciones económicas de los cónyuges y de las razones de la decisión, la obligación para uno de los cónyuges de suministrar a favor del otro periódicamente una asignación proporcional a sus bienes y rentas. El tribunal tiene en cuenta para determinar tal asignación la contribución personal y económica dada por cada cónyuge a la formación del

patrimonio común y al mantenimiento familiar. Si ambas partes lo acuerdan puede llegarse a la solución única de retribución anual. La obligación de pago cesa con el paso a nuevas nupcias.

3.- Garantías.- El tribunal que pronuncia el divorcio puede imponer al obligado la prestación de garantías reales o personales si existe el peligro de que pueda sustraerse al cumplimiento de las obligaciones antes dichas. La sentencia constituye título para la inscripción de la hipoteca judicial conforme al artículo 2.818 del Código Civil. El tribunal puede ordenar con sucesivas providencias en Cámara de Consejo que una cuota de las rentas o remuneraciones del trabajo del obligado se aplique directamente a quienes tienen derecho a las prestaciones.

Las garantías reales típicas son la prenda y la hipoteca. Las garantías personales pueden consistir en una fianza de tercero o un mandato de crédito de instituciones bancarias.

4.- Otros efectos.- El artículo 12 de la Ley de Divorcio declara aplicable el artículo 156 del Código Civil que hemos transcrito y comentado a propósito de la separación personal. Pero es evidente que hay que hacer algunas consideraciones especiales porque la referencia genérica no es del todo exacta.

El párrafo 1º del artículo 156 es inaplicable al divorcio ya que es inconcebible que con la disolución del matrimonio permanezca el "status" conyugal tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales.

Derecho incompatible es también el de la cohabitación, el deber de fidelidad, así como la obligación de asistencia recíproca.

Por el contrario, si es aplicable al divorcio la segunda parte del párrafo 2º del artículo 156 que dispone la pérdida de todas las ventajas que un cónyuge haya concedido al otro en contrato matrimonial, aunque se hayan estipulado recíprocamente.

d) Efectos en cuanto a los hijos.

El artículo 6º regula las relaciones entre los cónyuges divorciados y sus hijos legítimos y adoptivos.

La obligación de mantener, educar e instruir a los hijos nacidos o adoptados durante el matrimonio, subsiste, también en el caso de nuevas nupcias de uno o de ambos padres, en la forma que indican los artículos 147 y 148 del Código Civil.

La disolución del matrimonio es evidente que no puede alterar ni anular las relaciones que derivan del derecho natural y que más que relaciones jurídicas, son humanas y sociales.

El tribunal que declara la disolución dispone a qué cónyuge pueden confiarse los hijos.

"La anormalidad de las situaciones familiares que vienen a determinar la completa ruptura del vínculo conyugal impone a los jueces, en esta delicada materia, el decidir con la mayor ponderación lo relativo a la custodia de los hijos. El juez deberá tener en cuenta la responsabilidad de los hechos que hayan dado lugar a la demanda de divorcio, así como la edad y el sexo de los hijos. Deberá valorar en todo caso cuál de los padres ofrece mayores garantías para la satisfacción de los intereses materiales y morales de los hijos, prescindiendo de la patria potestad y teniendo en cuenta las condiciones económicas, ambientales y culturales, así como la personalidad moral de los padres. Cuando los hijos son varios no hay obstáculo para que la custodia se distribuya entre los padres según la edad y el sexo del modo más conveniente a las respectivas exigencias físicas y educativas".³³

La custodia de los hijos menores se somete a vigilancia del juez tutelar. Con esta disposición el legislador a querido confiar a la autoridad judicial el control del ejercicio de las obligaciones que corresponden a los padres en cuanto al mantenimiento educación e instrucción de los hijos.

Cuando medien graves motivos, el tribunal puede proceder de otra manera en la custodia de los hijos. La amplia facultad discrecional reconocida al juez comprende incluso el poder sustraer los hijos al cuidado de ambos padres.

Los grandes motivos justificativos de este rigor deberán consistir en la comprobada deficiencia moral de los padres o en la falta de idoneidad para la custodia y educación de los hijos, mediante un escrupuloso examen de las situaciones económicas, vitales y ambientales de los cónyuges.

Sin embargo, como no pueden olvidarse las razones afectivas, la ley reserva siempre a los padres el derecho y la obligación de vigilar la educación de los hijos.

El párrafo 4º del artículo 6º aclara y resuelve expresamente una cuestión que planteaba dudas a propósito de la separación personal, es decir, la de si el cónyuge que tiene la custodia debería soportar íntegramente la carga económica del mantenimiento, educación e instrucción. El tribunal debe establecer la medida y el modo en que el otro cónyuge debe sufragar esta carga, teniendo en cuenta sus condiciones económicas y posibilidades patrimoniales.

La disposición es muy oportuna porque de este modo el cónyuge a quién se encomienda la custodia adquiere frente al otro, con la sentencia definitiva, un derecho de crédito inmediatamente exigible.

³³ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 319.

El artículo 11 establece que después de la disolución o cesación de efectos civiles, si el tribunal no dispone otra cosa, cada padre ejercita la patria potestad sobre los hijos confiados, y administra sus bienes con obligación de rendir cuentas anuales al juez tutelar, y tiene el usufructo mientras no pase a nuevas nupcias. El otro padre conserva el derecho de vigilar y el deber de colaborar a la educación y a la instrucción de los hijos.

COMENTARIOS PERSONALES.

La separación en Italia se puede otorgar de dos formas: la primera es la separación contenciosa y bajo cualquiera de las siguientes causas: adulterio, abandono voluntario, sevicias, amenazas o injurias graves, entre otras; y para decretar esta separación es necesaria la sentencia dictada por el tribunal competente. La segunda forma de separación es la consensual, es decir, una separación por mutuo consentimiento, cabe aclarar que, aunque medie consentimiento la separación no produce efecto sin la homologación del tribunal competente.

Ambos tipos de separación no interrumpen las obligaciones ni los derechos derivados del vínculo matrimonial, de tal modo que cada cónyuge continúa sujeto a las obligaciones y sigue teniendo el goce de los derechos inherentes a su estado.

En cuanto al divorcio, la mayoría de las causales son consideradas como delitos, ya que el Código Penal así lo establece y algunas de ellas son: incesto, actos de lujuria violentos, raptó, tentativa de homicidio, los malos tratos, lesiones gravísimas, entre otras.

Considero que deberían existir otras causales, no sólo que se ocupen de daños físicos, sino que también contemplen el daño moral o psicológico, el abandono del hogar conyugal o el incumplimiento de las obligaciones que el matrimonio y cualesquiera otras causas que traigan consigo una ruptura de la paz familiar.

En lo que respecta al procedimiento, también existe la posibilidad de conciliación entre los cónyuges, se adoptan las mismas medidas provisionales que las de nuestro país. En cuanto a la pensión alimenticia del cónyuge, ésta se puede dar por acuerdo mutuo con un pago único anual y la obligación cesa con el paso de las nuevas nupcias; por otro lado también se tiene la obligación de mantener, educar e instruir a los hijos y el Juez decide con la mayor ponderación lo relativo a la custodia de los hijos tomando en cuenta las condiciones económicas, ambientales y culturales, así como la personalidad moral de los padres.

e) FRANCIA.

"Hasta que la ley Naquet admitió el divorcio en Francia el 27 de julio de 1884, tan sólo la separación de cuerpos (8 mayo 1816) se admitía como sistema de relajación del vínculo conyugal. Admitido el divorcio por esta ley, las sucesivas han abierto la puerta de modo progresivo a esta posibilidad. La ley de 15 de diciembre de 1904 ha autorizado al cónyuge adúltero a casarse con su cómplice. La ley de 6 de junio de 1908 autorizó la conversión de la separación en divorcio a petición del esposo culpable después de un plazo de tres años, reducido a dos en 1939 y fijado de nuevo en tres en 1941. De esta forma la separación de cuerpos llamada también divorcio de los católicos no tiene razón de ser, ya que puede ser transformada en divorcio a pesar de la voluntad del esposo en cuestión.

El mariscal Petain, por ley de 2 de abril de 1941, a fin de disminuir el número de divorcios, para conseguir una mayor reflexión de los esposos, impuso un plazo de tres años durante el cual el divorcio no podía pedirse.

Después de la ley Naquet, la Jurisprudencia ha acentuado las facilidades dadas por el legislador, al interpretar los textos más extensamente. De tal forma que mientras la población ha aumentado en dos quintas partes, los divorcios se han multiplicado por 4,5 entre 1900 y 1967. Los desistimientos han aumentado ligeramente, mientras que las demandas rechazadas son mínimas. En 1900 se admitieron 7,450 demandas de divorcio mientras que en 1967 fueron 35,200".³⁴

Algunos piensan que la separación de cuerpos es más fácil de obtener que el divorcio, pero los resultados estadísticos no lo confirman. La separación de cuerpos no representa más que el 8.8 por 100 de las peticiones de disolución del vínculo conyugal, mientras que la conversión de separación en divorcio no afecta más que al 38 por 100, de las demandas de separación.

A) Divorcio

a) Causas.

De acuerdo con los artículos 229 al 232 existen tres causas de divorcio: adulterio, condena a una pena aflictiva e infamante, y los excesos, sevicias o injurias. Las dos primeras son perentorias, es decir, que aportada la prueba material el tribunal pronuncia el divorcio automáticamente mientras que la última es facultativa, concediéndose al tribunal un amplio poder de apreciación.

1. Adulterio.- No hay diferencia entre la consecuencia del cometido por la mujer o por el marido. Es preciso que exista consumación ya que no basta la simple familiaridad o intimidad. Hay dos modos de aportar la prueba: la

³⁴ CLAUDE GOURDON. "Estudios de las causas de divorcio". Editorial L.G.D.J. París. Francia. 1973. Pág. 53.

constatación material del adulterio, bien sea a través del Procurador de la República o a través del Presidente del Tribunal, que por medio de un agente y del comisario de policía tratará de sorprender a la pareja infiel o también por medio de cartas de amor cuando sus términos no permitan duda sobre las relaciones íntimas que unen a los que se escriben.

El cónyuge infiel tiene la posibilidad de pedir al tribunal que se compruebe que también lo es el otro o que al menos es responsable por su comportamiento de la situación denunciada.

2. La condena a una pena aflictiva e infamante.- Tales penas están enumeradas de forma limitada en el artículo 7 del Código Penal: la muerte, la reclusión y la detención criminal a perpetuidad, la reclusión y la detención criminal durante cierto tiempo.

Para probarlo basta un certificado de la sentencia de condena que concede de oficio el tribunal.

Existen otras condenas menos graves que también pueden servir de causa al divorcio. Este es el caso de las condenas por inducción al vicio del marido o de la mujer.

Si se trata de condena por delitos políticos la jurisprudencia está muy dividida, aunque parece criterio uniforme que no procede el divorcio si ambos esposos son culpables de los mismos hechos políticos.

3. Excesos, sevicias e injurias.- La jurisprudencia mantiene la tendencia a interpretar de modo cada vez más amplio el artículo 232 del Código Civil que autoriza los divorcios por causa de excesos, sevicias e injurias graves a pesar de que la ley de 1941 ha exigido que estos hechos constituyan una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones, y que hagan intolerable la continuidad del vínculo conyugal.

La jurisprudencia admite cada vez con mayor elasticidad las injurias graves, incluso las admite cuando el esposo que pide el divorcio por adulterio no puede probarlo, lo que supone una injuria para el presunto culpable.

“Si no de derecho sí al menos de hecho, dos esposos que quieran divorciarse basta que representen una pequeña comedia ante testigos prefabricándose la prueba.

La lista de motivos que se aplican a esta causa es muy numerosa: injurias verbales o escritas; malos tratamientos; embriaguez; falta de consumación del matrimonio; faltas en las relaciones sexuales; falta al deber de fidelidad; falta a la

obligación de cohabitar; vejaciones de orden patrimonial, religioso o moral, como la crueldad mental; la pasión del juego; ciertas condenas penales".³⁵

b) Procedimiento.

Es competente el tribunal del domicilio conyugal, es decir, del marido, que juzga en Cámara de Consejo, a puerta cerrada, sin presencia de público. El procedimiento se puede dividir en tres partes: presentación de la demanda, tentativa de conciliación e instancia ante el tribunal. De todo ello se ocupan los artículos 234 y 235 del Código Civil, 875 a 881 y 252 a 280 del Código de Procedimiento Civil.

1. Presentación de la demanda.- Debe presentarse en persona al Presidente del Tribunal; en caso de imposibilidad, el propio magistrado se traslada al domicilio del esposo demandante. En caso de intervención legal resultante de una condena, la demanda debe ser presentada por el tutor.

El juez hace las observaciones que cree convenientes sobre la residencia separada de los esposos.

"El procedimiento francés tiene algunas reglas particulares para el caso en que el destinatario de un acto de procedimiento resida en el extranjero; y consiste en dar comisiones rogatorias para recibir la demanda a los cónsules de Francia en el extranjero o a las autoridades judiciales extranjeras. El esposo demandante presenta al Presidente del Tribunal de Instancia competente una demanda para que se dispense de la obligación de hacerlo personalmente. Si el tribunal admite las razones invocadas (lejanía, indigencia, estado de salud), da una ordenanza autorizando la presentación de la demanda en el país de la residencia del demandado".³⁶

2. Tentativa de conciliación.- En el día y hora indicados, el presidente recibe a ambos esposos para escuchar sus explicaciones. Esta comparecencia ha de ser personal, salvo el caso antes citado de Audiencia por comisión rogatoria.

Según las circunstancias del caso, y ordenando las medidas provisionales necesarias, puede aplazarse la conciliación por un plazo de seis meses, y renovarse hasta un máximo de un año.

Cuando la conciliación no es posible, el asunto se remite al tribunal. Las medidas provisionales suelen referirse a la residencia de los esposos, a la custodia de los hijos y al derecho de visita y la pensión alimenticia.

³⁵ Ibidem, Pág. 71.

³⁶ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 265.

3. La instancia ante el tribunal.- Esta fase se desarrolla sin intervención de los interesados, y en base a sus respectivos escritos.

La encuesta permite, por la audiencia de testigos, aportar la prueba de la realidad de las causas invocadas. El tribunal después de la encuesta llega a una decisión que puede ser simplemente preparatoria cuando ordena alguna investigación o encuesta especial; definitiva con costas recíprocas o similares; o negativa si la encuesta revela la inexistencia o insuficiencia de las causas alegadas; y sentencia mixta definitiva para uno de los esposos y preparatoria en cuanto al otro.

Cabe apelación ante el tribunal competente, bien sea de las Ordenanzas del juez o de las sentencias del tribunal.

c) Efectos personales.

1. El nombre.- El artículo 299 del Código Civil dispone en su párrafo segundo que por efecto del divorcio, cada uno de los esposos recupera el uso de su nombre. Se admite, sin embargo, que la mujer pueda ser autorizada por el ex marido a conservar el uso de su nombre. Es frecuente, sin embargo, que la mujer desee conservarlo por razones religiosas, sociales o comerciales.

El artículo 299 del mismo ordenamiento nos dice al respecto que, no es de orden público, por lo que queda a discreción de los interesados el derecho de ejercer la facultad de prohibir al otro el uso del nombre y que la autorización dada por un esposo para continuar el uso del patronímico sólo puede revestir un carácter precario y en todo caso revocable.

2. La nacionalidad.- El divorcio no influye directamente sobre la nacionalidad. La persona extranjera que se hizo francesa por el matrimonio puede seguir ostentando esa nacionalidad.

3. La capacidad.- Cada esposo recupera su plena capacidad. Tan solo subsisten algunas incapacidades en cuanto a la posibilidad de nuevas nupcias que se prohíben a los divorciados con los hermanos, hermanas y descendientes del otro, salvo dispensa del Presidente de la República.

4. Cesación de los deberes conyugales.- Los esposos quedan desligados de los deberes que les impone el artículo 212. Desaparece el deber de fidelidad. El marido puede volver a casarse en seguida; y la mujer al expirar el plazo de viudedad que comienza a correr desde el día en que se dicta la ordenanza de residencia separada. El plazo de viudedad puede ser recortado por el Presidente del Tribunal Civil donde deba celebrarse el nuevo matrimonio, cuando resulta por evidentes circunstancias que en los 300 días anteriores el marido no ha cohabitado con su mujer. La sanción por inobservancia de este plazo no es la nulidad, aunque sí cabe la oposición al nuevo matrimonio.

También cesa el deber de asistencia desde el día de la Ordenanza de residencia separada.

El domicilio que se crea con la residencia separada es más bien de carácter provisional. Si bien el domicilio conyugal continúa siendo único hasta que se pronuncie el divorcio. La crisis de alojamiento ha dado lugar a algunas sentencias curiosas, tales las que separan a los esposos bajo el mismo techo (lo que complicaría los problemas de viudedad o desconocimiento de la paternidad).

En caso de que los ex esposos quieran unirse nuevamente es preciso la celebración de nuevo matrimonio (art. 295 del Código Civil modificado por ley de 4 de enero de 1930).

5. Derecho sucesorio.- Sean inocentes o culpables, como el divorcio hace a los esposos extraños entre sí, pierden toda vocación sucesoria de uno frente a otro.

(l) Los efectos en cuanto a los descendientes.

1. Custodia de los hijos.- Los hijos legítimos son confiados en principio al esposo que ha obtenido el divorcio (art. 302, modificado por la Ordenanza de 12 de abril de 1945), aunque puede decidirse otra cosa si así lo exige el bienestar de los mismos. Por regla general los hijos más pequeños se confían a la madre y los mayores varones al padre y hembras a la madre cuando ambos son culpables.

El derecho de custodia en caso de fallecimiento de uno de los esposos pasa al otro, salvo que el juez decida otra cosa.

2. La autoridad parental.- La patria potestad, después de la ley de 4 de junio de 1970, ha sido transformada en Francia en "autoridad parental".

La autoridad parental se ejerce indistintamente por ambos esposos. El derecho de custodia entraña la autoridad parental, con la que forma un todo único.

En la actualidad los presidentes de cada Tribunal tienen facultad de especializar magistrados en problemas familiares. Así, en algunos tribunales, a título de experiencia han creado algunas Cámaras especializadas llamadas "chambres de famille".

La autoridad parental consiste en los derechos y deberes de custodia, vigilancia y educación.

El párrafo segundo del artículo 373, estipula que en caso de divorcio o de separación, la autoridad parental se atribuye al padre o madre a quien el tribunal ha confiado la custodia del hijo. El esposo que tiene el derecho de custodia puede consentir la emancipación del hijo que ha sido confiado.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA REPRODUCCION

"El juez puede imponer que el hijo frecuente un determinado establecimiento o que ejerza una actividad profesional. También puede decidir confiarla al esposo que no tenga custodia, a otro miembro de la familia o a terceros dignos de confianza, al Servicio Departamental de ayuda a la infancia o a un establecimiento. De acuerdo con el artículo 375 estas medidas sólo pueden tomarse cuando las nuevas circunstancias reveladas después de la concesión de la custodia pueden entrañar un daño para los hijos.

En todo momento puede el juez modificar las medidas anteriores. Si el hijo tiene 18 años, deberá ser consultado y su elección será determinante para el juez".³⁷

El artículo 376 precisa que el tribunal debe atender a los pactos que el padre y la madre hayan establecido al objeto de delegar la autoridad parental.

En general puede decirse que la reforma de la autoridad parental gira exclusivamente en torno a la defensa del niño, y el juez dispone de poderes bastantes para conseguir esta defensa.

El artículo 382 precisa que el goce legal de los bienes de los hijos corresponde al padre o madre a quien se confía su custodia.

3. Reconocimiento de hijos adulterinos.- La ley de 14 de septiembre de 1941 permite el reconocimiento de todos los hijos adulterinos; se conoce con el nombre de ley del jardinero porque parece ser fue promulgada para permitir al jardinero del jefe del Estado que reconociera a sus hijos adulterinos.

La doctrina se muestra dividida sobre esta disposición, por entender unos que es una incitación al divorcio y un atentado a la familia legítima y, otros, por el contrario que es una ventaja para reconstruir el nuevo hogar.

c) Efectos patrimoniales.

El divorcio pone fin a las relaciones pecuniarias de los esposos, planteando una serie de problemas en cuanto a la liquidación de los intereses anteriores y en cuanto a sus relaciones futuras. Desde un punto de vista práctico es indispensable analizar el régimen matrimonial que el divorcio ha disuelto distinguiendo entre unas reglas aplicables a todos los casos y otras particulares de cada uno de ellos, haciendo referencia entre las primeras al derecho de arrendamiento, a las liberalidades y a las pensiones.

³⁷ PETER BENJAMIN. "El divorcio y la separación conyugal". Editorial L.G.D.J. Paris. Francia. 1969. Pág. 163.

1. Derecho de arrendamiento y vivienda.- Anteriormente, el derecho de arrendamiento de vivienda se negaba al esposo no signatario de contrato. De tal forma que el propietario podía expulsar al esposo no firmante.

El artículo 1.751 del Código Civil establece que, en caso de divorcio o de separación el derecho de arrendamiento del local que sirve de habitación a los dos esposos (cualquiera que sea el régimen de bienes, la fecha, y el esposo signatario), podrá atribuirse por la sentencia a cualquiera de los dos esposos en atención a los intereses sociales y familiares en causa, sin perjuicio de los derechos de compensación o indemnización a favor del otro esposo.

Cuando no haya arrendamiento, el juez tiene plenas facultades para mantener a cualquier esposo en el hogar conyugal.

2. Liberalidades.- Conforme al artículo 299, el esposo contra el que se dicta el divorcio pierde todas las ventajas que le haya hecho el otro, bien sea en capitulaciones matrimoniales, bien después del matrimonio. Por el contrario, el esposo inocente conserva todas estas ventajas. Si el divorcio se dicta con culpas recíprocas, las liberalidades decaen para ambos. Las reglas de uso se conservan cuando no son desproporcionadas con la fortuna de los interesados.

3. Las pensiones.- Son de muchas clases: la pensión del artículo 212, del Código Civil, basada sobre el deber de asistencia; la del párrafo primero del artículo 301, que es indemnizatoria y alimenticia; la del párrafo segundo del mismo artículo, también indemnizatoria en base a un capital; la pensión jurisprudencial que permite al esposo que no tiene recursos, vivir hasta la liquidación de los intereses comunes; y la pensión debida a los hijos.

La pensión que deriva del artículo 212 es una consecuencia de la obligación de asistencia que entre sí tienen los esposos; durante la instancia de divorcio los esposos continúan con sus respectivas obligaciones, debiendo el marido mantener a la esposa y a los hijos.

El párrafo primero del artículo 301 estipula que si los recursos del esposo inocente son insuficientes, el tribunal puede acordarle una pensión alimenticia, y como tal, proporcionada a las necesidades del acreedor y a las rentas del deudor, sin que pueda exceder de una tercera parte de las mismas. Las bases de esta pensión deben precisarse por el tribunal.

"La pensión puede ser pedida después del divorcio, pero debe tener su causa en una razón anterior al divorcio. Así, por ejemplo, no tendrá derecho a reclamar la pensión el esposo que haya perdido sus medios de subsistencia a consecuencia de su mala gestión. Es preciso, pues, que se establezca un lazo de unión entre el perjuicio causado por el divorcio y la pensión alimenticia establecida. Los esposos no pueden pactar sobre esta pensión antes o durante el procedimiento; todo acuerdo en este sentido es nulo. Si el beneficiario de tal pensión transige o renuncia, este acuerdo será siempre revisable.

La pensión desaparece en caso de nuevo matrimonio. Y puede ser suprimida cuando deja de ser necesaria. El tribunal puede además fijarla por un tiempo determinado”.³⁸

La muerte del acreedor supone la extinción de la deuda, mientras que, por el contrario, dado su carácter indemnizatorio, la muerte del deudor transmite la deuda a sus herederos, con posibilidad de que sea reducida en proporción a los beneficios de la sucesión. La quiebra o liquidación judicial del deudor puede entrañar el cese del pago de la pensión. Desgraciadamente este sistema suele ser empleado por deudores de pensión poco escrupulosos.

La falta de pago de la pensión suele ser un problema grave. Los Tribunales pueden obligar al deudor a que bloquee un capital o que preste alguna garantía; pero estos medios suelen emplearse raramente. También se utiliza raramente la sanción penal, o sea la efectividad de la amenaza de denunciar el abandono de familia que implica la falta de pago de la pensión de dos meses consecutivos.

El párrafo segundo del artículo 301 prevé una indemnización de daños y perjuicios a favor del cónyuge que obtiene el divorcio por los perjuicios materiales y morales que el divorcio le ha podido ocasionar. La jurisprudencia negaba esta indemnización en caso de separación de cuerpos, pero la ley de 29 de mayo de 1948 ha afirmado lo contrario, añadiendo un párrafo al artículo 311, en los mismos términos que el del 301. La indemnización de daños y perjuicios puede ser independiente de la pensión alimenticia.

Entre la sentencia de divorcio y la liquidación de intereses entre los esposos puede pasar un tiempo relativamente largo; para evitar este inconveniente la jurisprudencia ha creado una pensión de origen puramente precautorio que dura hasta que se produzca la liquidación de los intereses materiales entre los esposos.

El artículo 303 precisa que el padre y la madre conservarán el derecho de vigilar el mantenimiento y la educación de los hijos y estarán obligados a contribuir a los mismos en proporción a sus facultades. Se trata de una pensión alimenticia que como tal está sujeta a las reglas de las pensiones antes estudiadas y que se calcula en función de las necesidades y recursos del acreedor y del deudor. Puede establecerse por acuerdo común o por el juez.

4. Los seguros sociales.- La Seguridad Social no reconoce ningún capital a la muerte del esposo si está separado de hecho o de derecho, ni tampoco al divorciado (art. 364 del Código de Seguridad Social). En caso de fallecimiento por

³⁸ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. “Divorcio y separación” (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 273.

accidente de trabajo la indemnización salarial sólo corresponde al esposo no divorciado ni separado.

Si el esposo superviviente ha obtenido una pensión alimenticia (siendo divorciado o separado) la renta vitalicia que se le debe no puede sobrepasar un 20 por 100.

En caso de nuevas nupcias el ex esposo beneficiario de una renta de seguridad social pierde los derechos a la misma aunque recibe una indemnización de tres anualidades, en forma global, cuando no hay hijos. Si existen hijos la renta se obtiene hasta que el más joven cumple los 16 años (art. 454 Código de Seguridad Social).

C) Separación de cuerpos.

a) Causas.

Son las mismas que las que dan lugar al divorcio (art. 306 Código Civil).

b) Procedimiento.

Conforme al artículo 307 del Código Civil la separación será iniciada, instruida y juzgada de igual modo que cualquier otra acción civil, siendo aplicables los artículos 236 y 244, sin que pueda tener lugar por consentimiento mutuo de los esposos. El tutor de la persona judicialmente interdicta necesita autorización del Consejo de Familia.

Cuando la separación de cuerpos dura tres años, la sentencia se convierte automáticamente en divorcio a petición de cualquiera de los esposos. Los gastos de esta demanda serán a cargo del culpable o de ambos si la separación fue con costas recíprocas. Las pensiones alimenticias conservan su efecto anterior.

Es tribunal competente para la conversión el del domicilio del demandado, aunque no sea el que dictara la separación. La cuestión se debatirá en Cámara de Consejo, nombrándose un juez relator y comunicándose al Ministerio Público, fijando el día de la comparecencia (art. 310).

c) Los efectos.

Los efectos de la separación consisten únicamente en relajar las obligaciones de cohabitación y entañar la separación de bienes. Los demás efectos personales del divorcio no se producen ya que los esposos mantienen uno frente a otro sus deberes de celibato aunque no vivan juntos.

La mujer puede pedir que se le conceda el derecho a volver a usar su nombre; el juez puede prohibirle que continúe utilizando el del marido.

El plazo de viudedad cuenta desde el día de la Ordenanza que autoriza la residencia separada; así pues, la mujer puede volverse a casar cuando el divorcio es definitivo después de haber sido antes ya separada de cuerpos.

Los efectos patrimoniales son los mismos que los antes estudiados. La esposa puede obtener una pensión alimenticia y está también prevista una indemnización.

La separación de cuerpos entraña la separación de bienes y la liquidación de los intereses comunes existentes entre los esposos. Se nombra un Notario para liquidar tales intereses. El esposo culpable pierde las ventajas consentidas por el contrato de matrimonio, como en materia de divorcio.

D) Separación de hecho.

La separación de hecho fue siempre condenada por la jurisprudencia francesa que veía en ella un modo de divorciarse los católicos.

a) Relaciones personales.

“Es cierto que los deberes de fidelidad, asistencia y auxilio permanecen, pero parece que la nueva redacción del párrafo tercero del artículo 215 de 4 de junio de 1970 abre nuevas vías a los magistrados: en todo caso, si la residencia elegida por el marido presenta para la familia graves inconvenientes, la mujer puede ser autorizada por el tribunal para tener una residencia distinta. El tribunal decide sobre la residencia de los hijos, en tanto que el párrafo primero del artículo 200, modificado por la ley de 13 de julio, estipuló que si uno de los esposos falta gravemente a sus deberes y pone en peligro los intereses de la familia puede el Presidente del Tribunal prescribir las medidas urgentes que aquellos requieran. El esposo inocente no debe abandonar el domicilio conyugal sin autorización del juez o sin que el otro esposo, por escrito, constate que de común acuerdo el domicilio conyugal sea transferido a otro lugar”.³⁹

Así pues, por las mismas causas que las de la separación de cuerpos o del divorcio uno de los esposos puede obtener el derecho a la residencia separada y a la custodia de los hijos, concretando legalmente una separación de hecho.

El artículo 372 da al Juez la posibilidad de decidir la suerte de los hijos en caso de desacuerdo entre los esposos en tanto que la sección segunda del título noveno al organizar la asistencia educativa le permite actuar según convenga al interés de los hijos.

b) Derecho de custodia.

³⁹ Ob. Cit. PETER BENJAMIN. “El divorcio y la separación conyugal”. Pág. 211.

La separación de hecho desde el punto de vista de los hijos puede ser organizada gracias a la legislación sobre la autoridad parental. Si los esposos están de acuerdo se aplica el nuevo artículo 372. Y es prudente que el esposo inocente haga constatar el acuerdo por escrito. El poder dado al juez en esta materia es tal que puede neutralizar perfectamente la acción de los padres que no se dirigiera a procurar el bien de los hijos.

COMENTARIOS PERSONALES.

El adulterio una vez más sigue siendo la causa por excelencia para pedir el divorcio, las demás causales son resultado de un delito o de un maltrato físico, y al igual que la legislación de Italia en materia de divorcio, nuevamente considero que deberían existir otras causas que no impliquen necesariamente un maltrato físico, sino que constituyan una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio, y que hagan intolerable la continuidad del vínculo conyugal.

El procedimiento para el divorcio se divide en tres partes: la presentación de la demanda, la tentativa de conciliación y la instancia ante el tribunal; la conciliación puede aplazarse por un lapso de seis meses y si ésta no es posible, el asunto se remite al tribunal tomándose las medidas provisionales que suelen referirse a la residencia de los esposos, a la custodia de los hijos y a la pensión alimenticia.

Una vez decretado el divorcio cada esposo recupera su plena capacidad para contraer nuevas nupcias, desaparece el deber de fidelidad, el deber de asistencia, pierden toda vocación sucesoria de uno frente al otro. El juez tiene amplia facultad para decidir a quien será confiada la custodia de los hijos, es decir, la patria potestad (en Francia se le denomina "autoridad parental") y ésta será otorgada al cónyuge que, a criterio del juez, ofrezca mejores garantías para la satisfacción de los intereses materiales y morales de los hijos.

La falta de pago de la pensión alimenticia puede provocar un grave problema, ya que el Tribunal puede obligar al deudor a que preste una garantía e incluso llegar a una sanción penal, esto es, la amenaza de denunciar el abandono de la familia por el hecho de faltar al pago de la pensión de dos meses consecutivos.

2.- DERECHO AMERICANO.

a) CANADA.

En virtud de la Constitución Canadiense el Derecho Civil depende de cada uno de los Estados provinciales salvo algunas excepciones entre las que se

cuenta la disolución del matrimonio. En 1968 se dictó una Ley Federal General para el divorcio, que obligó al cambio del artículo 185 del Código Civil de Quebec, reconociendo esta forma de disolución del matrimonio. Subsisten, sin embargo, las diferencias en cuanto a la separación de cuerpos en las diversas provincias.

A) DIVORCIO.

El primero de febrero de 1968, el Gobierno Federal dictó una ley admitiendo el divorcio en todas las provincias, que entró en vigor el primero de julio del mismo año.

a) Causas de divorcio.

La ley es muy liberal y flexible en el enunciado de las causas (arts. 3 y 4): adulterio, sodomia (trato carnal entre personas de un mismo sexo), bestialidad, violación, homosexualidad, bigamia, crueldad física o mental, la separación física durante tres años, la prisión durante dos años cuando el esposo ha sido condenado a pena de prisión perpetua o superior a diez años, el alcoholismo o la costumbre de estupefacientes durante tres años, la falta de consumación del matrimonio durante un año y el abandono por un período de cinco años.

“La noción de crueldad mental está aún poco definida en la jurisprudencia, si bien no parece ser necesario que exista un acto preciso. Así la sentencia *Gosselin vs. Pelletier*, de 1969, estimó que las miradas, palabras, gestos, negativas y amenazas, pueden constituir en su conjunto una situación intolerable equivalente a la crueldad mental. Esta misma causa es derivada por algunas sentencias de la falta de relaciones sexuales durante cierto tiempo”.⁴⁰

El motivo invocado con más frecuencia es el del adulterio.

b) Procedimiento.

La ley concede gran flexibilidad al juez en materia de procedimiento. El tribunal debe investigar a los esposos a fin de determinar si es posible una reconciliación, a cuyo fin puede deferir la audiencia y nombrar un conciliador. El tribunal debe, sin embargo, continuar la causa a petición de uno de los cónyuges una vez que hayan transcurrido catorce días.

El tribunal procura la máxima discreción para acordar o denegar el divorcio, según la prueba establecida y las circunstancias, teniendo en cuenta fundamentalmente la esperanza razonable de la reanudación de la cohabitación y el perjuicio que el divorcio podría causar a los hijos (art. 9).

De modo general la ley regula algunas medidas provisionales durante el procedimiento como, por ejemplo, disponer una pensión alimenticia o relevar al

⁴⁰ JEAN PINEAU. “Separación y divorcio”. Universidad de Montreal. Canadá. 1976. Pág. 117.

cónyuge de la obligación de cohabitación (art. 10). También puede el tribunal adoptar las medidas que estime necesarias en cuanto a la custodia y educación de los hijos.

La sentencia de divorcio es, en principio, condicional, quizá porque la ley piensa que, en todo caso, es posible la reconciliación de los cónyuges. Por ello el artículo 13 de la ley establece que toda sentencia de divorcio debe ser una sentencia condicional que no será irrevocable antes de los tres meses siguientes a su pronunciamiento, ni antes que el tribunal tenga la convicción de que se han agotado todos los plazos de apelación de la sentencia condicional, lo que sucede a los tres meses de haberse dictado la sentencia, es decir, que las partes tienen un plazo adicional de noventa días para recapacitar sobre su divorcio.

El artículo 9 no permite pronunciar el divorcio por el solo consentimiento de los esposos, ni por simple confesión; también debe asegurarse el tribunal de que no ha mediado perdón del esposo ofendido.

c) Efectos.

La sentencia de divorcio disuelve el vínculo matrimonial y permite a los antiguos esposos el volverse a casar (art. 16).

“En cuanto a los bienes, todo depende de su régimen matrimonial existente al momento de su divorcio. En efecto, si estaban casados bajo el régimen de separación de bienes no se produce ningún cambio; si estaban casados bajo regímenes de comunidad es preciso hacer la partición de bienes, siendo posible cuando la partición de inmuebles sea difícil que, previo acuerdo, quede un inmueble propiedad de uno solo de los esposos con garantía hipotecaria a favor del otro por el importe que le corresponda.

En cuanto a los hijos, la custodia suele confiarse habitualmente al esposo que tiene más posibilidades de ocuparse de aquéllos y que generalmente no es responsable del divorcio. Sin embargo, la jurisprudencia suele conceder a la mujer la custodia de los hijos con el derecho de vista a favor del padre y aunque aquélla haya sido la culpable del divorcio.

Los hijos conservan el apellido del padre, sin embargo, a tenor del artículo 7 de la Ley Sobre la Adopción, pueden ser adoptados por el segundo esposo, siempre que lo consienta la otra parte del matrimonio precedente, si aún vive.

La patria potestad no queda afectada en principio, aunque se restringe considerablemente en la práctica cuando el tribunal concede la custodia de los hijos comunes a uno solo de los esposos, ya que entonces aunque ambos ex cónyuges conservan el goce de su derecho, sólo lo ejercita el que tiene su ejercicio. Sólo desaparece casi totalmente la patria potestad en caso de segundas nupcias o de adopción por el nuevo cónyuge.

El esposo que tiene la custodia de los hijos es el que paga normalmente su mantenimiento e instrucción, para lo que suele recibir una pensión alimenticia del otro esposo. Por regla general en la mayoría de hogares divorciados es el padre quien, tenga o no la custodia de los hijos, paga los gastos de su mantenimiento e instrucción.

No se modifican en absoluto los derechos sucesorios de los hijos que, en todo caso, heredan como si el divorcio no se hubiese producido".⁴¹

B) SEPARACIÓN DE CUERPOS.

a) Quebec.

No obstante la Ley del Divorcio, el Código Civil conserva las disposiciones sobre la separación de cuerpos, siendo principio fundamental que sólo puede obtenerse por sentencia y nunca por consentimiento mutuo (art. 186).

1. Causas.- Las causas de separación se regulan en los artículos 187 y siguientes del Código Civil, y son las siguientes: adulterio de cualquiera de los esposos, excesos, sevicias e injurias graves, negativa del marido de recibir a su mujer y de proporcionarle las cosas necesarias para la vida según su estado, su condición y sus facultades.

Las causas quedan a la apreciación de los tribunales, a quienes corresponde calibrar la gravedad de los hechos que constituyen cada causa (generalmente, que hagan la vida imposible).

La palabra injuria debe entenderse no sólo en el sentido de difamación escrita o verbal, sino también en el de ofensa o herida, es decir, parecido al sentido inglés de la palabra ("injury").

El artículo 190 dispone que los tribunales, para apreciar la gravedad de los hechos, deben tener en cuenta el estado, la condición de los esposos y las demás circunstancias.

2. Procedimiento.- Es competente el tribunal del esposo demandante o el del último domicilio del esposo notificado (art. 813, Código de Procedimiento Civil). La demanda se instruye como cualquier otra acción civil.

Cada esposo puede, antes de la sentencia, hacer trabar los bienes muebles que le pertenezcan y estén en manos del otro cónyuge (art. 814). Además el tribunal puede ordenar que uno de los esposos pague al otro una pensión alimenticia durante el procedimiento.

⁴¹ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Págs. 466 y 467.

Iniciada la demanda, no puede el marido contraer obligaciones a cargo de la comunidad, ni enajenar inmuebles en fraude de los derechos de su mujer (art. 205 Código Civil).

El tribunal, según las circunstancias, puede confiar la custodia de los hijos al cónyuge que designe, teniendo en cuenta el interés de los hijos.

3. Efectos.- La sentencia no disuelve el matrimonio. El marido no está obligado a recibir a su mujer, no tiene obligación de cohabitar, y la esposa puede adquirir un domicilio separado.

La separación entraña la disolución del régimen matrimonial, e implica la separación de bienes.

El esposo que no tenga recursos suficientes puede pedir que se condene al otro a pagarle una pensión alimenticia cuyo monto será fijado en función de las necesidades y de los recursos de cada cónyuge (art. 2.123 Código Civil).

La jurisprudencia suele declarar que el esposo causante de la separación debe perder las ventajas que el otro le hubiere hecho en el contrato matrimonial, mientras que el cónyuge inocente las conserva.

Tal y como lo menciona Cesar Belluscio, la separación de cuerpos entraña la separación de bienes, cualquiera que sea el régimen matrimonial existente, debiendo hacerse la oportuna división cuando el régimen en cuestión fuese la comunidad universal de bienes, la sociedad de ganancias o la comunidad de muebles y adquisiciones. Cuando los esposos explotaban en conjunto un comercio, las deudas del mismo seguirán siendo de responsabilidad común frente a terceros, aunque hayan sido contraídas por uno solo de ellos. Hecha y registrada la partición queda solo responsable el cónyuge que conserve el comercio".⁴²

Una vez separados los esposos, son totalmente capaces para disponer lo que les corresponda sin la intervención del otro.

La sentencia de separación de cuerpos no es preciso que se registre en la correspondiente Oficina del Distrito del domicilio, quedando depositada en el Tribunal Superior del mismo. Sin embargo, cuando hay inmuebles, el cónyuge a quien se adjudique la partición, debe registrar su título para poderlo hacer valer contra terceros.

Como la separación no disuelve el matrimonio, no es posible contraer nuevo matrimonio. Si un cónyuge vive en concubinato con otra persona, ésta no

⁴² Ob. Cit. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO. "Manual de Derecho de Familia" Tomo III (Matrimonio-Divorcio). Pág. 679.

tiene ningún derecho sucesorio, salvo por disposición testamentaria (art. 768 Código Civil).

En cuanto a los hijos, se confían al cónyuge inocente por regla general, siendo amplio el poder discrecional de los tribunales; ambos padres continúan teniendo la obligación de velar por los hijos y contribuir a su mantenimiento. Desde el punto de vista patrimonial los hijos no deben sufrir en absoluto la situación de separación, conservando, por tanto, las ventajas pecuniarias que se les hayan reconocido en las capitulaciones matrimoniales, las cuales les serán diferidas cuando corresponda, del mismo modo que si no hubiera separación.

b) Ontario.

“Se ha discutido siempre si los tribunales de Ontario tienen competencia para pronunciar la separación de cuerpos judicial. La dificultad proviene de que la jurisprudencia suele sostener que en la provincia de Ontario la Ley del Divorcio de 1930 que introdujo el Derecho Inglés, en vigor hasta 1970, no concedió competencia a los tribunales de Ontario para decidir sobre la separación de cuerpos, como hizo, por ejemplo, con las provincias de Alberta, Manitoba y Columbia. La ley de 1930 no hace alusión a la separación, mientras que está prevista en las leyes de Alberta, Manitoba, Columbia y Saskatchewan”.⁴³

La separación de cuerpos se establece, en Ontario mediante una convención entre las partes llamada “deed of separatio”, a las que los tribunales puede reconocer efectos. Dicho convenio de separación no es obstáculo para pedir el divorcio.

El convenio de separación no disuelve ni anula el matrimonio, siendo por tanto imposibles las segundas nupcias. Dicha convención debe prever todo lo necesario al mantenimiento de la esposa y de los hijos, y a la custodia de los mismos.

c) Otras provincias.

La separación de cuerpos es reconocida en Columbia, Manitoba, Alberta y Saskatchewan. En Terranova el Tribunal Supremo tiene jurisdicción para entender la separación de cuerpos.

“Las causas de separación admitidas en la mayoría de provincias son: el adulterio, la crueldad mental y el abandono sin causa legítima por más de dos años. En Alberta la ley de 1942 añade la sodomía (trato carnal entre personas de un mismo sexo), la bestialidad y la tentativa de las mismas. También en Saskatchewan se reconocen como causas la sodomía y la bestialidad”.⁴⁴

⁴³ COMISIÓN PARA REFORMAR LAS LEYES DE ONTARIO. “Estudio del Derecho Familiar”. Toronto, Canadá, 1977. 4 volúmenes. Pág. 849.

⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 867.

El convenio amistoso de separación no es obstáculo para que cualquiera de los esposos pueda hacerse culpable de abandono conforme a la Ley del Divorcio. El abandono consiste en sustraerse a las obligaciones nacidas del estatuto marital, lo que permite comprender que pueda ser causa de separación incluso cuando ambos esposos habitan sobre el mismo techo.

En conjunto, la jurisprudencia de los Tribunales Canadienses Ingleses sigue la orientación de los tribunales de Inglaterra, admitiendo que la separación sólo puede pronunciarse cuando hay justa causa o motivo razonable que la haya motivado, sin haber mediado reconciliación.

Varias leyes existen a propósito de la pensión alimenticia en Alberta, Columbia, Manitoba, Nueva Brunswik, Nueva Escocia y Saskatchewan. El principio general es que la obligación de mantenimiento que pesa sobre el marido no debe considerarse como una obligación de carácter privado sino más bien de orden público, por lo que no entraña que el monto lo fije el juez a su libre arbitrio, teniendo en cuenta el medio social, el grado de educación de los interesados, su tren de vida y su conducta. No es obstáculo para la condena del marido el hecho de que la mujer tenga fortuna bastante o pueda ganarse la vida.

Otro principio reconocido por el Derecho Canadiense Inglés es el de que la obligación de mantenimiento de los hijos debe estar prevista por leyes especiales, ya que, según el "common law", el padre o la madre no tienen más que una simple obligación moral. De este modo todas las leyes provinciales del Canadá Inglés prevén expresamente la obligación civil de mantener a los hijos.

COMENTARIOS PERSONALES.

Las causas de divorcio en Canadá son muy similares a las que regula el Código Civil de nuestro país, algunas de ellas exigen un lapso de tiempo de espera mayor para poderla ejercitar, tal es el caso del abandono del hogar conyugal el cual debe ser por un periodo de cinco años, también el alcoholismo y el consumo de estupefacientes exigen un periodo de tiempo que es de tres años.

En cuanto a las medidas provisionales que se dictan durante el procedimiento, se encuentran las siguientes: disponer de una pensión alimenticia, se otorga la separación de cuerpos, es decir, se suspende el deber de cohabitación, y en general se adoptan las medidas que se estimen necesarias en cuanto a la custodia y educación de los hijos.

Una cuestión que es importante mencionar es que, la sentencia de divorcio en Canadá es, en principio, condicional, la cuál no podrá ser irrevocable antes de los tres meses siguientes a su pronunciamiento, quizá porque se piensa que es posible la reconciliación de los cónyuges, ante lo cual, las partes tienen un plazo adicional de noventa días para recapacitar sobre su divorcio.

En lo que respecta a la separación de cuerpos, las causas admitidas son: el adulterio, la crueldad mental, el abandono sin causa legítima por más de dos años, sevicias e injurias graves. El juez puede ordenar que uno de los esposos pague al otro una pensión alimenticia durante el procedimiento, cuyo monto será fijado en función de las necesidades y de los recursos de cada cónyuge.

Como la separación no disuelve el matrimonio, no es posible contraer nuevas nupcias. En cuanto a los hijos, éstos se confían por regla general al cónyuge inocente, pero ambos padres continúan teniendo la obligación de velar por los hijos y contribuir a su mantenimiento.

b) ESTADOS UNIDOS.

A) Causas del divorcio.

Todos los Estados americanos autorizan el divorcio, si bien la reglamentación de la materia es muy variable. Así, el Estado de Nueva York hasta la entrada en vigor de la ley de 1967, sólo admitía como causa de divorcio el adulterio, lo que conducía a menudo a divorcios convenidos por acuerdo de las partes o a fugas a otros territorios menos exigentes: Alabama, Idaho, Nevada y Nuevo México.

1) El adulterio.

Es causa de divorcio en todos los Estados, aunque suele invocarse rara vez, y suele extenderse a los actos de homosexualismo. El problema principal es el de la prueba, que puede fundarse en presunciones de hecho.

En Kentucky, basta la mala conducta de la mujer; en Texas, para que lo cometa el marido, es necesario que viva en concubinato.

No se concede el divorcio cuando ha mediado perdón del inocente, ni cuando el adulterio es recíproco, ni cuando el adulterio se ha cometido con el consentimiento del otro esposo precisamente para conseguir el divorcio, ni cuando el inocente ha sido negligente en presentar la demanda transcurrido cierto plazo desde que conoció el adulterio (Alaska, dos años; Arkansas, cinco años; California, dos años; Dakota del Norte, un tiempo razonable; Kentucky, cinco años; Indiana, dos años; Minnesota, tres años; Montana, dos años; Nebraska, cinco años; Nueva York, cinco años; Virginia, cinco años; Washington, un año, y Virginia del Oeste, tres años).

2) El abandono.

Es causa de separación en todos los Estados menos en Carolina del Norte. La mayoría de las leyes exigen que el abandono dure un determinado

periodo de tiempo; en Rhode-Island se exigen cinco años o menos, a discreción del tribunal; en Connecticut, Georgia, Maine, Nuevo Hampshire, Texas y Vermont, tres años; en Delaware, Columbia, Indiana, Iowa, Michigan, Nebraska, Nueva Jersey, Pennsylvania, Tennessee, Virginia y Virginia del Oeste, dos años; en Maryland, dieciocho meses, y en todos los demás Estados, un año. Se trata de un abandono total y continuo sin razón válida. Algunos Estados admiten el abandono tácito cuando la vida común acaba a consecuencia de la conducta reprensible de uno de los esposos; por ejemplo, en el caso de negativa a mantener relaciones sexuales.

En Tennessee, se admite el divorcio cuando la mujer se niega a habitar en este Estado y está ausente dos años.

3) Falta por el marido en cuanto al mantenimiento de la mujer y de sus hijos, por negligencia, pereza, libertinaje o disipación (conducta viciosa o depravada).

Esta causa se admite sin exigencia de plazo en California, Delaware, Maine, Massachusetts, Michigan, Nebraska, Nuevo México, Utah, Vermont y Washington. En Alaska e Indiana se admite cuando la negligencia dura dos años; y en Colorado, Nevada, Rhode-Island y Wyoming, cuando dura uno.

4) Crueldad y sevicias.

"Se estima que alrededor del 60 por ciento de los divorcios pronunciados en Estados Unidos, lo son precisamente por motivo de crueldad; todos los Estados reconocen esta causa, excepto Maryland, Carolina del Norte y Virginia. En Kentucky se exige que las sevicias duren más de seis meses, y en Montana más de un año. En Alabama sólo caben sevicias sobre la mujer".⁴⁵

Con frecuencia la ley exige una crueldad extrema o intolerable. Como definición característica podemos citar la de Thomas Hauser, la cuál nos dice que: "hay crueldad cuando se puede constatar o presumir razonablemente la existencia de actos suficientemente crueles para comprometer la vida o la salud del esposo víctima, o para hacer su existencia tan penosa y miserable que resulte una incapacidad física o mental para satisfacer las obligaciones conyugales".⁴⁶ Es difícil formular una regla rígida que determine el grado de gravedad del daño sufrido, que debe quedar al arbitrio de los tribunales. En cada caso todo dependerá de las circunstancias.

Entre las conductas que pueden constituir crueldad figuran la violencia o las amenazas de violencia, los actos sexuales abusivos, las exigencias excesivas, los atentados deliberados a la dignidad individual o la reputación, el hecho de

⁴⁵ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 440.

⁴⁶ THOMAS HAUSER. "Derecho de Familia". Editorial McGraw Hill Book Company. New York. Estados Unidos. 1985. Pág. 165.

descuidar al esposo, mantener relaciones incorrectas con terceros, los procedimientos abusivos, la embriaguez o el uso habitual de estupefacientes. Generalmente no se consideran causa bastante, las críticas, reprimendas, sospechas o simples diferencias de opinión. La jurisprudencia estima que no bastan los actos aislados y es necesario un comportamiento habitual.

5) Separación de hecho.

Esta causa de divorcio se hace cada día más frecuente y es aceptada por bastantes Estados, cuyas leyes suelen exigir un plazo determinado de separación. En Alabama, Carolina del Norte, Louisiana y Wyoming, dos años; en Arkansas y Nevada, tres años; en Arizona, Columbia, Idaho, Maryland, Washington y Wisconsin, cinco años; en Texas y Rhode-Island, diez años.

En Utah, hace falta que la separación haya durado tres años desde que medie una sentencia, acordando alimentos a la mujer; en Minnesota, dos años, después de una sentencia similar, o cinco años, después de una sentencia de separación. En Nueva York se admite el divorcio dos años después de una sentencia de separación o de haber registrado un convenio escrito de separación, siempre y cuando se aporte la prueba.

6) La incompatibilidad.

Si bien, normalmente, en la práctica, el término crueldad suele englobar la idea de incompatibilidad, hay algunos Estados que la reconocen como causa distinta (Alaska, Nuevo México y Oklahoma). Se la define como una serie de conflictos de carácter y tendencias tan profundas que impiden a las partes continuar y mantener entre ellos las relaciones conyugales normales.

7) La intemperancia habitual (presión o tensión habitual)

Este caso de divorcio se admite en Arizona, California, Connecticut, Florida, Georgia, entre otros. En Louisiana se exige que haga la vida común insoportable y en Nevada que haga al esposo culpable incapaz de mantener a su familia.

8) Intoxicación habitual por estupefacientes.

Además de ser reconocida en algunas leyes como causa que puede incluirse dentro de la crueldad mental, hay otras que la reconocen expresamente. Así, Maine, Massachusetts, Mississippi, Rhode-Island y Virginia del Oeste. En Colorado se admite cuando dura más de un año; en Alabama sólo contra el marido; y en Rhode-Island se exige que la intoxicación sobrepase las medidas permitidas.

9) Condena penal.

Se admite en todo los Estados menos Carolina del Norte, Florida, Maine, Maryland, Nueva Jersey y Nueva York.

Algunos Estados exigen un tiempo mínimo de condena: Nueva Hampshire (un año); Delaware, distrito de Columbia, Georgia y Pensylvania (dos años); Michigan, Nebraska, Vermont y Wisconsin (tres años); Massachusetts (cinco años); y Connecticut (cadena perpetua).

Otros Estados exigen que la condena sea consecuencia de un delito o crimen infamante. En general el indulto a favor del condenado no impide al inocente le petición de divorcio (excepto en Texas y Mississippi).

10) La enajenación mental.

"Es causa de divorcio en varios Estados, y suele exigirse que sea duradera e incurable. Siempre suele imponerse al esposo que la pide, la obligación de socorrer al enfermo.

En Indiana basta que la demencia sea incurable; en Georgia y Mississippi que sea anterior al matrimonio, que el otro esposo no la conozca y que se mantenga hasta el final del procedimiento; en Nevada se exige que la demencia dure más de dos años; en Alaska y Arkansas, tres años; en Connecticut y Utah, cinco años, y en Carolina del Norte, diez años.

En varios Estados se exige que la enfermedad sea incurable y que al tiempo de presentar la demanda lleve el enfermo un determinado plazo de internamiento en un establecimiento adecuado".⁴⁷

11) Bigamia.

Constituye causa de divorcio en los siguientes Estados: Arkansas, Delaware, Florida, Illinois, Kansas, Mississippi, Missouri, Ohio, Oklahoma, Pensylvania y Tennessee.

12) Impotencia.

La impotencia anterior al matrimonio y persistente, después de celebrado, es causa de divorcio en: Alabama, Arkansas, Alaska, Arizona, Carolina del Norte, Colorado, Florida, entre otros.

En Colorado se admite como motivo de divorcio cuando sea posterior al matrimonio en el caso de que sea consecuencia de una conducta inmoral.

13) Embarazo de la mujer anterior al matrimonio, ignorándolo el marido y por obra de tercero.

⁴⁷ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 443.

Esta causa de divorcio se admite en Alabama, Arizona, Carolina del Norte, Georgia, Iowa, Kansas, Kentucky, Mississippi, Missouri, Nuevo México, Oklahoma, Tennessee, Virginia y Wyoming.

14) Matrimonio celebrado de forma irregular.

El hecho de casarse cuando un esposo no tiene la edad suficiente es causa de divorcio en Delaware, siempre que los esposos no hayan cohabitado juntos después de alcanzada la edad.

En Maryland y Rhode-Island, se admite el divorcio por todas las causas que producen la nulidad del matrimonio. En Georgia, Kentucky, Pensylvania y Washington, se admite cuando el matrimonio ha sido obtenido por fuerza, amenazas o fraudes, exigiendo siempre que no medie perdón, ni haya cohabitado después del matrimonio o después de descubrir el fraude.

15) Motivos diversos.

La incompatibilidad de humor, la indiferencia voluntaria y grave, la difamación pública, la adhesión a una sociedad religiosa que exige la renuncia al matrimonio y prohíbe la cohabitación.

También son causa de divorcio: El contagio de una enfermedad venérea; la disimulación de una enfermedad repugnante, el crimen contra natura, el vagabundaje del marido, la prostitución de la mujer anterior al matrimonio ignorándolo el marido, y el incesto.

B) Causas de separación.

Cuando los esposos no pueden vivir juntos y no quieren divorciarse, bien por razones religiosas o por razones de otra índole, tienen la posibilidad de separarse en virtud de una decisión judicial o de una convención voluntaria.

"La separación por consentimiento mutuo suele admitirse, siempre que no se pacte antes de que la separación medie efectivamente. Anteriormente, la jurisprudencia opinaba que el pacto de separación no debía concluirse con vistas a un divorcio, porque podría constituir colusión contraria al orden público. En la mayoría de Estados es lícito y usual que el pacto diga que las partes van a iniciar la demanda de divorcio. Y la mayoría de pactos que se realizan en la actualidad se hacen para evitar el debate ante el tribunal".⁴⁸

Con diversa terminología (separación judicial, divorcio limitado, mantenimiento sin vida común), varios Estados admiten la separación legal.

⁴⁸ PARNELL CALLAHAN. "Divorcio y separación conyugal". Editorial Oceana Publications Inc. New York, Estados Unidos. 1967. Pág. 49

En cuanto a las causas, existe una enorme variedad. Hay Estados que conceden la separación por las mismas causas que el divorcio. Otros la admiten por las mismas causas que el divorcio y otras nuevas: Arizona (cuando la conducta del marido hacia su mujer hace la cohabitación peligrosa o inconveniente para ella); Distrito de Columbia (sevicias); Delaware (demencia incurable del marido); Kentucky y Rhode-Island (cualquier motivo que el tribunal estime suficiente).

Por último, en algunos Estados la separación legal tiene sus causas propias, que vemos a continuación.

Carolina del Norte: sevicias que pongan la vida en peligro, indignidades hacia la persona que hagan la vida penosa e intolerable, embriaguez habitual, expulsión del domicilio conyugal con mala intención.

Georgia: adulterio, sevicias e intemperancia habitual.

Indiana: adulterio, abandono, discusiones continuas, embriaguez y uso de drogas, negligencia voluntaria de los deberes conyugales durante seis meses.

Maine: abandono, después de un año, o separación después de un año por motivo justificado.

Maryland: conducta exageradamente viciosa, sevicias y abandono.

Michigan: sevicias, abandono durante dos años, y negligencia en el mantenimiento de la familia.

Nebraska: tratamiento cruel e inhumano, conducta dañosa e indecente, abandono, falta de mantenimiento de la esposa.

Nuevo México: separación permanente.

Oregón: separación permanente subsiguiente a un adulterio no perdonado, separación limitada o ilimitada por diversas causas (abandono voluntario, negativa a mantener a la mujer durante seis meses, condena por crimen, embriaguez iniciada después del matrimonio y mantenida más de un año, sevicias que hagan la vida insostenible).

Pennsylvania: abandono, haber arrojado a la mujer del domicilio conyugal, tratamiento cruel que ponga la vida en peligro, indignidades sobre la persona que hagan la vida intolerable, adulterio.

Tennessee: a discreción del tribunal, el divorcio o la separación puede concederse por tratamiento cruel que haga imposible la cohabitación, abandono de la mujer, negativa o negligencia en satisfacer sus necesidades, arrojar a la mujer del domicilio conyugal.

Virginia: sevicias, abandono, temor razonable de heridas corporales.

Wisconsin: abandono voluntario durante un año; sevicias, embriaguez; crueldad extrema; negativa o negligencia del marido en satisfacer las necesidades de la esposa; conducta del marido hacia la mujer, que le haga la vida inconveniente o peligrosa.

C) Procedimiento.

a) Medios de defensa.

La doctrina tradicional considera que el divorcio es una acción contractual de equidad; nadie lo intentaría si él mismo hubiese cometido la falta, en consecuencia, las leyes sobre el divorcio prevén la denegación cuando se aporta la prueba de la reconciliación, de la connivencia, del agravio recíproco o de la prescripción.

La reconciliación significa el perdón de una falta conyugal; suele admitirse este medio cuando el demandante ha reanudado la vida común con el demandado, después de haber tenido conocimiento del adulterio. La connivencia se basa sobre el consentimiento de una parte a las acciones cometidas por la otra.

“Durante muchos años el medio de defensa más utilizado ha sido el de la “recreation”, este término significa que cada esposo es culpable de actos que permitiría al otro obtener el divorcio, y cuando éstos se prueban se niega el divorcio a ambos, no permitiéndose más que la separación. Algunos Estados han eliminado expresamente este medio por vía legislativa y no faltan tribunales que lo hacen por vía de interpretación, pronunciando un doble divorcio”.⁴⁹

b) Tribunal competente.

Es competente para juzgar las sentencias de divorcio:

La Country Court en Carolina del Norte, Colorado (cuando la petición de la esposa no excede de 2.000 dólares) y Vermont.

La District Court en Alaska, Colorado, Columbia, Dakota del Norte, Kansas, Iowa, Louisiana, Minnesota, Montana, Nebraska, Nevada, Nuevo México, Oklahoma, Texas, Utah y Wyoming.

La Circuit Court en Alabama, Florida, Indiana, Missouri, Tennessee, Virginia del Oeste y Wisconsin.

La Common Pleas Court en Ohio y Pennsylvania.

⁴⁹ Ibidem. Pág. 62.

La Chancery Court en Arkansas, Illinois, Mississippi, Nueva Jersey y Tennessee.

La Equity Court en Kentucky, Maryland y Virginia.

La Superior Court en Arizona, California (si las partes tienen un hijo, ante la Children's Court de conciliación, presidida por un juez del Tribunal Superior), Carolina del Norte, Connecticut, Delaware, Georgia, Indiana, Maine, Massachusetts, Nuevo Hampshire, Oklahoma, Rhode-Island y Washington.

La Probate Court en Maine (para las separaciones judiciales) y en Massachusetts.

La Supreme Court en Nueva York.

En cuanto a la competencia territorial, corresponde al condado del domicilio del demandante en algunos Estados.

En Columbia es competente la "District Court of de United States"; en Florida, el tribunal de cualquier condado, a menos que el demandado sea un residente en el Estado, ya que en este caso son competentes el tribunal del condado del domicilio del demandante o el del lugar de la causa del divorcio; en Kentucky, el condado de la residencia de la mujer y, cuando ella no es residente, el del marido.

En Nuevo México el tribunal del condado en que se encuentra los bienes de los esposos; y en Rhode-Island, el tribunal de la ciudad de Providencia.

c) Residencia del demandante.

Casi todos los Estados, para conceder la competencia a sus tribunales, exigen que el demandante resida en el Estado antes de la demanda durante un cierto tiempo, que varía considerablemente de unos a otros.

En Idaho se exige una residencia de seis semanas; tres meses en Florida y en Utah; seis meses en Carolina del Norte; un año en Arizona.

Es necesaria una residencia de dos años en Alaska y Nueva Jersey (salvo para el adulterio en que no se exige ningún plazo) y en Tennessee.

En Arkansas, tres meses antes de la sentencia y dos meses antes de la demanda; en Colorado un año, salvo que se trate de adulterio o sevicias cometidas en el Estado.

En Connecticut, es preciso que el demandado haya residido mas de tres años, salvo que la causa del divorcio se haya producido después de la llegada del

demandado al Estado, si el demandante estaba ya domiciliado antes del matrimonio y ha vuelto definitivamente.

En Dakota del Norte se exige la residencia de un año, que se eleva a cinco cuando la causa del divorcio es la demencia del demandado que ha sido internado en un asilo fuera del país.

En Delaware, en caso de adulterio y de bigamia, basta que uno de los esposos haya tenido domicilio en el Estado al tiempo de producirse la causa de divorcio; en los demás casos se exige la residencia de cualquiera de los esposos desde dos años antes a la presentación de la demanda.

En Louisiana es preciso que el domicilio conyugal se tenga en el Estado, o que la causa de divorcio se haya producido en él, o que habiéndose casado en el territorio regrese la mujer para habitar allí al tiempo de presentar la demanda.

En Minnesota el demandante debe residir durante un año salvo en caso de adulterio cometido en el mismo Estado.

En Nueva York, es preciso: o bien que ambas partes residan en el Estado, o bien que se hayan casado allí, o que el demandante haya residido al cometerse la ofensa y al momento de interponer la demanda, o bien que la ofensa se haya cometido en el Estado, residiendo allí el demandante al interponer la demanda.

En Wyoming, se exige que el demandado resida sesenta días antes de interponer la demanda, a menos que el matrimonio se haya celebrado en el Estado, residiendo allí el demandante hasta el día de la demanda. En caso de demencia se exige la residencia de un año.

d) Demanda.

"La acción de divorcio empieza por el depósito de la demanda ante el tribunal competente. Según la causa de divorcio que se invoque, deben indicarse normalmente todas las circunstancias relativas al matrimonio y a los hijos. Entre las peticiones de la demanda figuran a menudo la pensión alimenticia, la custodia y mantenimiento de los hijos, la división de bienes, los gastos y costas.

Generalmente la cualidad de intentar la acción corresponde sólo a los esposos, pero en ocasiones puede ser necesario el concurso de terceros, por ejemplo, cuando la mujer pretende que su marido ha dispuesto fraudulentamente de un bien".⁵⁰

⁵⁰ Ob. Cit. THOMAS HAUSER. "Derecho de Familia". Pág. 183.

Ya hemos indicado que en algunos Estados la demanda de divorcio por adulterio debe ser planteada dentro de un cierto plazo. La ley, por otra parte, reconoce también otros plazos para las demás causas.

c) Plazo de reflexión.

Algunos Estados, inquietados por el aumento de divorcios, han dictado leyes dirigidas a retardar el procedimiento a fin de facilitar las tentativas de conciliación. Estas leyes suelen prever la negativa de toda Audiencia y la suspensión de todo procedimiento antes de que expire un plazo determinado, que suele oscilar entre los sesenta y treinta días. En otros Estados, por ejemplo, el de Nueva York, hay procedimientos de conciliación obligatorios y voluntarios.

f) Prueba.

No existe el divorcio sin debate; la mayoría de los Estados exigen que cualquier manifestación sea confirmada por un testigo, a fin de evitar un acuerdo en perjuicio de un tercero. En algunos asuntos debatidos contradictoriamente corresponde la decisión de los hechos a un jurado. Cuando el demandante no consigue aportar la prueba para justificar una causa determinada, puede intentar el divorcio por otras causas.

En algunos Estados se admite como medio de prueba la confesión: Alaska (adulterio, condena por crimen, abandono, sevicias y embriaguez); Illinois (cuando el tribunal considera que la confesión es sincera y no encierra fraude); y en Kansas (cuando la demanda es verificada por una declaración jurada del demandante).

En Iowa, puede acordarse el divorcio con el solo testimonio del demandante cuando el demandado reside en el Estado, ha sido notificado personalmente y no comparece.

En los demás Estados no se admite la confesión y se exige, como antes dijimos, la prueba por testigos, aunque el demandado no comparezca.

g) Debates y sentencias.

Presentada la demanda, el asunto pasa a una audiencia y después de la intervención de los testigos se dicta sentencia.

"La mayoría de los Estados prevén debates preliminares y decisiones provisionales en forma de prohibiciones tendentes a salvaguardar los derechos de las partes. Por ejemplo, el Juez puede prohibir a las partes que se causen mutuamente molestias y daños; puede conceder a una parte la posesión temporal de la casa o del automóvil familiar y la custodia de los hijos; puede prohibir ausentarse del territorio del tribunal. Corresponde discrecionalmente al juez dar

esta decisión cuando la crea necesaria para proteger al requirente contra la amenaza de un daño inminente.

Sobre todo, los tribunales suelen tener la facultad de conceder a la mujer, sea demandante o demandada, una pensión alimenticia provisional para ella y sus hijos durante la instancia. Habitualmente las leyes obligan a que el marido pague los honorarios del abogado de la mujer porque esto forma parte de la obligación de mantenimiento".⁵¹

En muchos Estados el tribunal dicta una sentencia interlocutoria, que no deviene definitiva hasta algunos meses después, siempre que no hayan cambiado las condiciones.

En otros Estados el tribunal dicta dos sentencias: la primera interlocutoria, que indica son bastantes los motivos para obtener el divorcio, y una segunda, ya definitiva, disolviendo el matrimonio transcurrido cierto plazo que en California es de un año, en Rhode-Island seis meses, y el mismo plazo en Washington.

En Nueva York el tribunal dicta una sentencia que se convierte en definitiva a los tres meses, salvo que en ella se decida la necesidad de una segunda sentencia, que deberá dictarse en los treinta días siguientes a la expiración del anterior plazo.

En Louisiana puede dictarse sentencia definitiva inmediatamente, cuando el divorcio tuvo por causa el adulterio o una condena infamante. En los demás casos es preciso una primera sentencia de separación legal y una segunda de divorcio cuando transcurre un año sin reconciliación.

En todos los demás Estados no hay sentencia interlocutoria y la definitiva se pronuncia tan pronto se prueban las causas del divorcio.

Se admite la apelación en todos los Estados, excepto en Kentucky, donde sólo se admite en cuanto a las medidas relativas a los hijos y los bienes.

Por otra parte, en algunos Estados los esposos que se reconcilian pueden pedir la anulación de la sentencia.

D) Principales efectos del divorcio.

La sentencia de divorcio regula las relaciones familiares y los derechos patrimoniales creados. Los principales problemas son: la pensión alimenticia de la mujer, la partición de los bienes, la custodia y mantenimiento de los hijos. Sucede con frecuencia que estos problemas se resuelvan en un convenio previo de separación.

⁵¹ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Págs. 453 y 454.

a) Convenios de separación.

Los convenios de separación pueden regular los derechos patrimoniales, incluso los sucesorios, siempre que la intención sea clara y no medie ni fraude ni injusticia grave. La mayoría de los Estados permiten a los esposos partir sus bienes, incluso no existiendo la separación.

Los esposos pueden también decidir sobre la custodia y mantenimiento, si bien los tribunales cuidan que se adopten convenios equitativos y bastantes para la mujer y velan aún con más atento cuidado por todo lo relativo a los hijos. El juez determina todo lo que es justo y conveniente, utilizando los mismos criterios con que fija el monto de la pensión. Cuando es equitativa, la reglamentación de los intereses patrimoniales es definitiva y no puede ser cambiada.

El convenio de separación se somete normalmente al tribunal para que éste lo apruebe o lo incorpore a la sentencia de divorcio. El tribunal aprueba generalmente el convenio cuando es equitativo y no media fraude ni violencia, correspondiendo al juez examinar las diversas circunstancias.

b) Pensión alimenticia de la mujer.

“Por regla general la obligación que tiene el marido de mantener a la mujer subsiste incluso después de la disolución del matrimonio, y todos los Estados regulan una pensión alimenticia. En algunos, la ley o la jurisprudencia prohíben expresamente acordar una pensión a la mujer culpable o en favor de aquella en contra de la que se ha dictado el divorcio, pero en la mayoría se admite la pensión aunque el divorcio se pronuncie contra la mujer”.⁵²

Es posible conceder una pensión al marido cuando la ley lo autoriza expresamente, si bien el supuesto es bastante raro.

Es imposible indicar con precisión el monto de la pensión, que depende de diversas circunstancias y cuya acumulación es discrecional del tribunal, aunque puede darse una idea en el sentido de que alcanza la tercera parte de las rentas netas del marido. El tribunal debe procurar el equilibrio entre las necesidades de la mujer y las posibilidades del marido, teniendo en cuenta la situación social del hogar y su nivel de vida, el costo de la vida, el valor de sus bienes privativos, las rentas propias, las actitudes, calificación y grado de educación respectivo, la edad, la salud y la esperanza de vida de las partes.

La pensión alimenticia deriva, en general, de una sentencia que condena a pagos periódicos hasta el fallecimiento o nuevo matrimonio, pero que puede ser pagada de una sola vez. La forma de pago puede entrañar consecuencias

⁵² Ibidem. Pág. 456.

importantes en orden al Impuesto Federal Sobre la Renta (artículo 71 del Internal Revenue Code). El pago único tiene la ventaja de solventar el asunto de una vez para siempre, evitando todo proceso futuro, pero tiene a veces la dificultad práctica de no ser suficientes los bienes del marido. El tribunal puede modificar la pensión periódica cuando se demuestra un cambio en la situación de las partes.

Aunque la sentencia de divorcio no lo prevea, las nuevas nupcias suponen normalmente la extinción de la pensión alimenticia.

La ejecución forzosa de la sentencia de pensión plantea a veces difíciles problemas, aunque la legislación de los Estados suele tener recursos para estos casos, por ejemplo, someter los bienes del marido a un derecho de retención o exigir una garantía de pago, e incluso nombrar un administrador judicial. Si el marido renuncia a pagar puede ser acusado de desobediencia a los magistrados, y enviado a prisión a menos que pruebe su insolvencia.

c) División de bienes.

En numerosos Estados las leyes permiten al Juez proceder a la división de los bienes de las partes, transfiriendo a una de ellas alguna cuota de los bienes de la otra, según parezca justo al tribunal, teniendo en cuenta la situación respectiva de los interesados. Gracias a esta transferencia sucede a veces que la pensión es innecesaria.

Lo frecuente es, no que los jueces dicten dos sentencias sobre alimentos y división de bienes, sino que en una sola combinen ambos elementos. Aunque la regla general sea como dijimos que el tribunal tiene facultad discrecional para la división, las legislaciones de algunos Estados ponen ciertos límites, como veremos.

En Arkansas, cuando la mujer obtiene el divorcio a su favor recibe la tercera parte de los bienes muebles de su marido en plena propiedad y una renta vitalicia de la tercera parte que produzcan los bienes inmuebles.

En Delaware, si el divorcio se pronuncia a costa del marido, la mujer toma todos sus bienes inmuebles y tiene además derecho a una parte de los muebles e inmuebles del marido, según estime el tribunal.

En Maine, cuando el divorcio tiene por causa la impotencia, cada esposo toma sus bienes propios; por las demás causas, en favor de la mujer, le corresponden la tercera parte de todos los del marido. Cuando el divorcio se pronuncia a favor del marido corresponde a éste la tercera parte de los inmuebles de la mujer, y además puede también el tribunal concederle una parte de los bienes muebles.

d) Mantenimiento de los hijos.

El mantenimiento de los hijos presenta un gran interés para el Estado, independientemente de que haya recibido, o no, su custodia el causante del divorcio. Generalmente la pensión suele pagarse a la madre en calidad de "trustee", es decir, con el derecho y la obligación de emplear los fondos en interés del hijo.

El monto de la pensión prevista para los hijos no suele determinarse de modo abstracto, sino que se atiende a la situación de ambas. La obligación de mantenimiento acaba cuando el hijo es mayor o emancipado, salvo que sea incapaz de subvenir a sus necesidades.

"Cuando la mujer o el ex marido celebran nuevo matrimonio y fundan una nueva familia, los tribunales suelen decidir que el crédito del mantenimiento de la primera sea preferente, teniendo en cuenta las necesidades de la segunda. Cuando la sentencia dictaminó de modo general una pensión para la mujer y los hijos, sin distinguir, el tribunal debe separar la pensión de la mujer, que se extingue, de la correspondiente a los hijos, que continúa a pesar de las segundas nupcias".⁵³

En conjunto, las sentencias de pensión a favor de los hijos dan lugar a las mismas vías de ejecución que cuando se trata de la mujer. El único medio de negativa es la incapacidad de pago.

c) Custodia de los hijos.

Algunos Estados conceden el mismo derecho de custodia a los dos padres, e incluso llegan a sentencias que regulan la transferencia periódica de los hijos de un padre a otro. Lo habitual consiste en conceder la custodia a un esposo y el derecho de visita al otro, eligiendo en atención al interés del hijo. Ordinariamente se trata de una cuestión de hecho que corresponde decidir al tribunal.

Se tienen en cuenta no sólo las cualidades morales de los padres sino también sus medios y posibilidades, así como lo que conviene a la educación del hijo, al que se da cierta libertad en cuanto a sus preferencias cuando tiene una edad determinada.

Las sentencias de custodia pueden ser modificadas libremente para asegurar la protección del hijo.

f) Nuevas nupcias.

La mayoría de los Estados autorizan el matrimonio de los ex esposos cuando la sentencia deviene definitiva y se cumplen determinados plazos.

⁵³ Ob. Cit. PARNELL CALLAHAN. "Divorcio y separación conyugal". Pág. 97.

Generalmente los Estados suelen restringir esta posibilidad, salvo cuando se trata de un nuevo matrimonio entre los anteriores esposos.

En Virginia del Oeste, el nuevo matrimonio sólo puede celebrarse a los sesenta días de la sentencia. En Virginia, cuando la causa del divorcio es posterior al matrimonio se prohíben las nuevas nupcias durante cuatro meses. En caso de adulterio, la sentencia puede prohibir el matrimonio al culpable, si bien el tribunal puede revocar la prohibición mediando justo motivo cuando hayan transcurrido seis meses.

En Arizona, Iowa (salvo autorización expresa en la sentencia), Texas (en caso de divorcio por sevicias) y Wisconsin, se prohíben las nuevas nupcias durante un año. Si bien en Arizona se considera legal el matrimonio contraído dentro de dicho plazo fuera del territorio.

En Dakota del Sur y en Pennsylvania, en caso de adulterio, el culpable no puede casarse con el cómplice mientras viva el otro esposo. En Louisiana, el culpable no puede nunca casarse con el cómplice, ni la mujer en ningún caso mientras no transcurran diez meses de la disolución del matrimonio.

En Massachusetts, el demandante puede casarse desde que la sentencia es definitiva; mientras que el demandado debe esperar dos años si vive el demandante.

g) Apellido de la mujer.

En numerosos Estados la mujer divorciada sólo puede recuperar su nombre de soltera cuando la sentencia de divorcio lo autoriza. En Nueva Jersey, el tribunal puede prohibir a la mujer que continúe usando el nombre del marido.

En Ohio y Oklahoma la mujer puede recuperar su apellido de soltera sólo cuando ha obtenido el divorcio a su favor; y en Virginia del Oeste sólo cuando no tiene hijos del matrimonio disuelto.

Todos los demás Estados autorizan a la mujer a recuperar su apellido de soltera.

COMENTARIOS PERSONALES.

La reglamentación sobre el divorcio en Estados Unidos es muy variable, pero todas las provincias la otorgan y aunque la mayoría de las causales son contempladas en todos los Estados, existen pequeñas diferencias en cuanto a los lapsos de tiempo que deben dejar pasar para poder ejercitar la acción de divorcio.

En lo que respecta a la separación, ésta se puede otorgar en virtud de una sentencia judicial o por acuerdo voluntario, siempre que no se pacte antes de

que la separación medie efectivamente. En cuanto a las causas, la mayoría de los Estados conceden la separación por las mismas causas que el divorcio.

Por otra parte, para conceder la competencia de los tribunales, exigen que el demandante resida en el Estado antes de la demanda durante un cierto tiempo, que varía de un Estado a otro, y que van de las seis semanas a un año, ante lo cual considero que esta medida puede resultar benéfica para el demandante, ya que puede darse el caso de que el demandante cambie su residencia de un Estado a otro y sólo esperar el tiempo que exige la ley para iniciar la acción de divorcio.

Los Tribunales tienen la facultad de conceder a la mujer una pensión alimenticia provisional sea ésta demandante o demandada. También los Tribunales de la mayoría de los Estados dictan dos sentencias; la primera interlocutoria, que indica que son bastantes los motivos para obtener el divorcio; y la segunda ya definitiva, disolviendo el matrimonio transcurrido cierto plazo.

En cuanto a los efectos del divorcio, éstos son: la pensión alimenticia de la mujer, que puede ser pagada de una sola vez; la partición de los bienes; el mantenimiento de los hijos, el cual termina cuando éstos son mayores de edad o son emancipados, salvo que sea incapaz de subvenir a sus necesidades; y la custodia de los hijos, la cual se otorga al esposo que cuente con las cualidades morales, económicas y culturales necesarias para un buen desarrollo de los hijos.

c) PUERTO RICO.

A) Causas de divorcio.

Conforme a la sección 321, son causas de divorcio las siguientes:

1. El adulterio de cualquiera de los cónyuges.
2. La condena de uno de los cónyuges por delito grave, que lleve aparejada la pérdida de los derechos civiles. Sólo la convicción por delito grave posterior al matrimonio se admite como causa.
3. La embriaguez habitual o el uso continuo de opio, morfina o cualquier otro narcótico.
4. El trato cruel o las injurias graves. Para decretar el divorcio por esta causa no basta con presentar una prueba cualquiera sino que debe presentarse evidencia preponderante y hacer una demostración clara y satisfactoria de su caso probando actos específicos de crueldad.

“Los actos de crueldad o las injurias graves antes del matrimonio no son causa de divorcio. Así la actitud antenupcial de una esposa al ocultar el hecho de su embarazo por otro hombre en el momento y antes de la celebración del matrimonio, no es causa de divorcio por trato cruel.

El mero hecho de prohibir el marido a su mujer que visite a su madre o el de arrebatarse con alguna violencia de manos de su esposa una cartera o portamonedas, no constituye trato cruel.

El hecho de despedir el marido a su esposa de la casa conyugal en la mañana siguiente a la noche de su boda, entregándola a un amigo para que la condujera a su casa y entregara a sus padres, bajo el pretexto injustificado de no haberla encontrado doncella al consumar el matrimonio, además de ser la más afrentosa injuria que puede inferirse a una mujer honrada, constituye el trato cruel”.⁵⁴

5. El abandono de la mujer por su marido, o del marido por su mujer, por un término mayor de un año. El abandono, para ser causa, no quiere decir simplemente separación de los cónyuges. Quiere decir voluntad firme y deliberada de abandonar un cónyuge al otro.

La separación de los cónyuges por un término mayor de un año y menor de siete, debida a meras desavenencias y disgustos entre ellos, no tiene el efecto legal de un abandono. Es necesario el propósito firme y deliberado y la actuación consiguiente de los cónyuges de vivir separados, y de romper el vínculo matrimonial para que el abandono como causal del divorcio exista.

6. La impotencia absoluta, perpetua e incurable sobrevinida después del matrimonio. Esta causa debe acreditarse cumplidamente.

7. El contacto del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y el consentimiento en su corrupción o prostitución.

8. La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

9. La separación de ambos cónyuges por un período de tiempo sin interrupción de más de dos años.

La separación por más de tres años como causal del divorcio prevista en esta sección, enmendada por la ley número 62 de 1942 no tiene que ser resultado de un convenio mutuo entre los cónyuges. Esta separación existe si sólo uno de los cónyuges vive separado del otro con esa intención.

⁵⁴ RICARDO GALLARDO. “Divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio en las Naciones Latinoamericanas” Editorial Artes Gráficas. Madrid, España, 1977. Pág. 462.

10. La locura incurable de cualquiera de los esposos sobrevinida después del matrimonio, por un periodo de más de siete años, cuando impida gravemente la convivencia de los cónyuges y comprobada satisfactoriamente por un dictamen de dos peritos médicos; el tribunal nombrará un defensor judicial al cónyuge enfermo para que lo represente en juicio; quedando subsistente la obligación del marido de satisfacer las necesidades de la enferma en proporción a su condición y medios de fortuna mientras sea necesario para su subsistencia, en cuantía no inferior a las dos quintas partes del ingreso bruto por sueldos, salarios o entradas de cualquiera otra clase.

B) Procedimiento.

La sección 331 dispone que el divorcio sólo puede ser concedido mediante juicio en la forma ordinaria y por sentencia dictada por el Tribunal Superior. En ningún caso puede concederse el divorcio cuando la causa en que se funde sea el resultado de un convenio o mutuo acuerdo entre marido y mujer o de un consentimiento de cualquiera de ellos para conseguirlo.

“Cuando la acción de divorcio se funde en “trato cruel o injurias graves” o en el “abandono de la mujer por su marido o del marido por su mujer, por un término mayor de un año” y hubiere hijos menores de edad en el matrimonio que se intenta disolver por dicha acción de divorcio, será deber de la Corte, antes de señalar fecha para la celebración del juicio si las partes residieren en Puerto Rico, citar a éstas, bajo apercibimiento de desacato, para una vista preliminar o acto de conciliación que presidirá el juez de la corte en su despacho, y el mismo deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la citación arriba mencionada: Disponiéndose que si en el acto de conciliación cualquiera de los cónyuges manifestare su firme e irrevocable propósito de no reanudar las relaciones matrimoniales, el juez que lo presida dictará orden al secretario para que incluya el caso en el calendario especial”.⁵⁵

Como la acción de divorcio es personal, puede ser presentada en cualquier Tribunal del Distrito de Puerto Rico, sin perjuicio de que el demandado solicite el traslado al de su domicilio.

Los tribunales pueden dictar la sentencia con la sola declaración de un testigo que les merezca entero crédito, siempre que la evidencia sea de carácter directo.

La acción de divorcio se extinguirá por la reconciliación de las partes, ocurrida, bien después de los hechos que le sirvan de fundamento, o bien después de haber sido ejercitada judicialmente dicha acción (Sección 361). El mero perdón del agravio no es suficiente para que pueda estimarse que ha habido reconciliación entre las partes, siendo preciso que su unión hubiera

⁵⁵ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. “Divorcio y separación” (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 478.

continuado y se hubieran restablecido los derechos conyugales de tal modo que el cónyuge culpable vuelva a ocupar la misma posición que ocupaba antes de que se cometiera la ofensa.

En caso de reconciliación, el demandante no podrá ejercitar o continuar ejerciendo la acción que tuviere, pero queda en libertad de promover nuevo juicio por motivos ocurridos después de la reconciliación y en tal caso podrá alegar las anteriores causas para corroborar su nueva acción (Sección 362).

C) Medidas provisionales.

Si hubiese hijos del matrimonio cuyo cuidado provisional pidieran ambos cónyuges, serán puestos bajo el cuidado de la mujer mientras el juicio se sustancia y decida, a menos que concurran razones poderosas a juicio del Tribunal Superior para privar a la mujer del cuidado de sus hijos en todo o en parte (Sección 341).

Si la mujer que litiga por el divorcio ha dejado, o declarado su intención de dejar, el domicilio del marido, el Tribunal Superior les señalará una casa en la cual estará obligada a vivir hasta la terminación del juicio (Sección 342).

Si la mujer no contase con suficientes recursos propios para vivir durante el juicio, el Tribunal Superior ordenará al marido que le pase una pensión alimenticia en proporción a los bienes de éste (Sección 343).

La pensión alimenticia provisional cesa tan pronto se convierte en firme la sentencia que en dicho pleito se dicta.

Corresponde al tribunal sentenciador determinar qué parte de pensión se debe a los hijos y qué parte a la esposa, pudiendo modificar la cuantía solicitada cuando transcurre tiempo entre la solicitud y el desarrollo de la acción. Si después de investigar y de oír pruebas sobre la situación económica del marido se concluyere que es insolvente, carece de empleo y bienes de fortuna y no puede pasarle cantidad alguna a su esposa durante la controversia del pleito de divorcio, el Juez de Distrito no comete error al negarse a dictar una orden imponiéndole la obligación de pagar alimentos.

Desde el día en que el procedimiento de divorcio se inicia judicialmente, no será válida ninguna deuda contraída por el marido o por la mujer sin autorización del tribunal a cargo de los bienes gananciales (Sección 344). Una deuda contraída por una parte sin el consentimiento del tribunal después de establecido pleito de divorcio no constituye una carga a los bienes gananciales.

Las resoluciones del Tribunal Superior con motivo de las secciones 341 a 345, serán inapelables y se enmendarán por el Tribunal cuando lo exijan las circunstancias de cada caso.

D) Efectos del divorcio.

El divorcio lleva consigo la ruptura completa del vínculo matrimonial y la separación de propiedad y bienes de todas clases entre los cónyuges (Sección 381).

"Disuelto el matrimonio, la sociedad de gananciales debe disolverse y liquidarse de acuerdo con las reglas establecidas en la ley, es decir, que ambos cónyuges tienen derecho a hacer suyas por mitad las ganancias o beneficios líquidos obtenidos durante el matrimonio".⁵⁶

El cónyuge contra quien se dicta la sentencia de divorcio perderá todas las donaciones que la otra parte pueda haberle hecho durante el matrimonio o al contraerlo, y el inocente conservará todo lo que hubiese adquirido de la contraria (Sección 382).

El cuidado de los hijos menores después del divorcio está ampliamente regulado en la sección 383, que comentamos a continuación.

Al dictar la sentencia de divorcio el juez proveerá lo que fuere pertinente con respecto a los alimentos de los hijos menores de edad. Tal deber es, por ley, imperativo e incidental al decreto de divorcio; cualquier estipulación de las partes en cuanto a los alimentos de los hijos, debe ser sometida al tribunal para su aprobación y su incorporación en la sentencia de divorcio, sin que tal convenio obligue al tribunal.

"En todos los casos de divorcio los hijos menores serán puestos bajo el cuidado y patria potestad de la parte a favor de la cual se hubiera dictado sentencia; pero el cónyuge tendrá derecho a continuar las relaciones de familia con sus hijos en la manera y extensión que acuerde el tribunal al dictar sentencia de divorcio según los casos. A la madre como cónyuge culpable, no puede privársele de continuar con sus hijos las relaciones de familia por el solo hecho de que su adulterio fuera la causa del divorcio y de que continuare llevando la misma vida después de divorciada".⁵⁷

El tribunal puede conferir la custodia de los hijos menores a la parte perdedora, si se le demuestra que esa medida es la más conveniente a los intereses de dichos menores.

El cónyuge que haya sido privado de la patria potestad tendrá derecho a recobrarla si acreditare ante cualquier sala competente del Tribunal Superior el fallecimiento del cónyuge inocente.

⁵⁶ Ibidem. Pág. 480.

⁵⁷ Ob. Cit. RICARDO GALLARDO. "Divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio en las Naciones Latinoamericanas". Pág. 472.

El divorcio no privará a los hijos en ningún caso de ninguno de los derechos o ventajas que por la ley les están señalados o que les correspondan por razón del matrimonio de sus padres (Sección 384).

Si la mujer que ha obtenido el divorcio no cuenta con medios para vivir, el Tribunal Superior podrá asignarle alimentos discrecionales de los ingresos, rentas, sueldos o bienes que sean de la propiedad del marido, sin que pueda exceder la pensión alimenticia de la cuarta parte de los ingresos antes mencionados. Si el divorcio se ha decretado por la causa de separación, la mujer podrá solicitar los alimentos a que se refiere la regla anterior, si no cuenta con medios suficientes para vivir. La pensión alimenticia será revocada si llegase a hacerse innecesaria, o cuando viva en público concubinato (Sección 385).

COMENTARIOS PERSONALES.

Las causales de divorcio en Puerto Rico abarcan la mayoría de las que estipula nuestro Código Civil, ya que el Legislador de Puerto Rico no solo menciona las causas que pueden constituir algún tipo de delito o maltrato físico, sino que también considera cualesquiera otras causas que rompen o quebrantan la vida en común entre los consortes dejando la posibilidad de una reanudación de las relaciones conyugales dentro de la familia.

Los efectos del divorcio son: la partición de los bienes, los hijos menores son puestos bajo el cuidado y patria potestad del cónyuge inocente, aunque el Tribunal puede conferir la custodia de los hijos menores al cónyuge culpable, si considera que es conveniente a los intereses y bienestar de los hijos; si la mujer no cuenta con los medios necesarios para vivir, se le otorgará una pensión alimenticia la cual no podrá exceder de la cuarta parte de los ingresos del marido.

La figura de la reconciliación también está prevista por la Legislación de Puerto Rico, pero el perdón del agravio no es suficiente para que pueda considerarse la reconciliación entre las partes, sino que es preciso que se establezcan los derechos conyugales y la unión al seno familiar de ambos. Otorgada la reconciliación, el demandante no podrá continuar ejercitando la acción que dio origen al divorcio, pero queda en libertad de promover nuevo juicio o motivos ocurridos después de la reconciliación.

d) ARGENTINA.

Hasta la promulgación del Código Civil, el divorcio estuvo regido en Argentina por la Legislación Canónica. El Código no introdujo innovaciones fundamentales, pues continuaron sometidos al Derecho Canónico los matrimonios celebrados entre católicos y los mixtos contraídos con autorización de la Iglesia Católica. En esos casos correspondía a los jueces eclesiásticos entender en las causas de divorcio (art. 201) y a los jueces civiles conocer de todos los efectos

civiles del divorcio en relación con las personas de los cónyuges, de la crianza y educación de los hijos y de los bienes de la sociedad conyugal (art. 202), así como de la fijación de alimentos a favor de la mujer durante la tramitación del juicio.

En cuanto a los matrimonios entre no católicos, el divorcio (siempre con los efectos de simple separación personal, art. 198) competía a los tribunales civiles. Las causas eran tres: el 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 tratamientos (art. 204).

Régimen de la Ley de Matrimonio y de la reforma de 1968.

La Ley de Matrimonio Civil adoptó el régimen de divorcio-sanción, de tal modo que sólo podía ser decretado judicialmente sobre la base de alguna de las causales determinadas en la ley, las cuales se fundaban exclusivamente en la culpa de uno de los esposos (art. 67).

"La reforma introducida por la ley 17.711, al admitir en el nuevo art. 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil, que el divorcio se decreta cuando existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, implica adscribirse al régimen de divorcio-remedio, ya que no necesariamente esas causales deben configurar culpa de alguno de los esposos. La circunstancia de que el divorcio obtenido por esa vía acarree para los cónyuges las mismas consecuencias que el decretado por culpa de ambos, no significa que constituya una sanción, ya que el carácter de divorcio-sanción está dado por el modo de obtenerlo (acción de uno contra el otro basada en el incumplimiento doloso o culpable de los deberes derivados del matrimonio, tendiente a la aplicación de sanciones civiles por ese incumplimiento), y no por los efectos que produzca cuando se lo puede lograr de común acuerdo. Evidentemente, si ambos esposos concuerdan en requerirlo, ninguno de ellos obra con el fin de lograr que el otro reciba sanciones sino con el objeto común de liberarse del deber de cohabitación".⁵⁸

En cuanto a los efectos del divorcio de la ley argentina, se trata del divorcio limitado o separación personal, pues no produce la disolución del vínculo matrimonial ni permite a los esposos divorciados celebrar nuevo matrimonio válido (art. 64, Ley de Matrimonio Civil).

Causas de divorcio culpable.

Las causas de divorcio que la Ley de Matrimonio Civil enuncia en su artículo 67 son hechos que implican, en definitiva, una grave violación de los deberes derivados del matrimonio. Ello ha llevado algunos autores y a ciertos fallos a afirmar que "todas las causales no son sino variantes de una sola y

⁵⁸ MATEO GOLDSTEIN. "El divorcio en el Derecho Argentino". Editorial Logos. Buenos Aires. Argentina. 1970. Pág. 70.

fundamental: la injuria grave, que vendría así a ser la causal única de divorcio que envuelve a las demás, las cuales no serían sino casos particulares de ella. Sin embargo, no es así para la Ley Argentina, pues en la enumeración del mencionado artículo la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no encuadren en alguna de las demás causales previstas. Se trata, entonces, de una causal residual (en cuanto incluye agraviantes no comprendidos en los demás), pero no de una causal genérica".⁵⁹

Requisitos Comunes.

a) Gravedad.- Para que los hechos invocados puedan dar causa al divorcio, deben ser de tal gravedad que hagan imposible material o moralmente la vida en común de los esposos. En otras palabras, deben crear entre los cónyuges una situación imposible de ser sobrellevada con dignidad, atentando contra la convivencia conyugal de modo tal que excedan el margen de la tolerancia humana; de no ser así, no se justificaría una solución de importancia tal como el divorcio. Éste no puede ser requerido, pues, por motivos banales o hechos no infrecuentes en el ámbito matrimonial, sino por hechos de gran trascendencia.

b) Imputabilidad.- También es elemento común a todas las causales la imputabilidad, pues suponen una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen. Sólo pueden justificar el divorcio si traducen de parte de su autor un comportamiento consciente y responsable. Por consiguiente, si uno de los cónyuges comete actos que constituyen causales de divorcio en estado de enajenación mental u otro estado de conciencia equiparable, el otro no puede invocarlos para demandar el divorcio. Lo mismo ocurre si fueron ejecutados bajo el imperio de una coacción irresistible; pero no si la responsabilidad resulta de hechos imputables al acusado, como en los casos de embriaguez alcohólica o intoxicación con estupefacientes voluntarias.

c) Invocabilidad.- Los hechos que dan lugar al divorcio pueden ser invocados únicamente por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió.

d) Posterioridad al matrimonio.- Los hechos invocables como causales de divorcio deben ser posteriores al matrimonio, sin perjuicio de que los hechos anteriores puedan ser tenidos en cuenta como antecedentes, o cuando se trata de actos de mala conducta ocultados o revelados después del matrimonio en condiciones afrentosas para el cónyuge. De otra manera, los hechos anteriores, o bien configuran causales de nulidad del matrimonio, o bien carecen de trascendencia.

CAUSAS DE DIVORCIO.

⁵⁹ Ob. Cit. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO. "Manual de Derecho de Familia". Tomo III (Matrimonio-Divorcio). Págs. 195 y 196.

El artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil enuncia las diversas causas que se pueden invocar para la disolución del vínculo matrimonial, las cuales explicamos a continuación.

1) El adulterio de la mujer o del marido.- El adulterio es la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero.

Con un criterio más vasto e ideal, algunos autores consideran al adulterio como toda violación del deber de fidelidad; pero parece preferible reservar la denominación de adulterio para la unión sexual, sin perjuicio de que otras infidelidades queden comprendidas en la causal de injurias graves.

Con relación al elemento material del adulterio, ya fuera de la tesis que pretende ampliarlo a toda infidelidad, plantéase en doctrina la cuestión de si se requiere o no la realización de cópula carnal completa. Este problema ha sido expuesto en la doctrina nacional por algunos autores quienes se inclinan por incluir en la noción de adulterio todo acto de grave obscenidad o acto libidinoso distinto de la relación sexual llevado a cabo con persona del otro sexo.

“Para configurar el adulterio se requiere, además del elemento material, un elemento intencional, la voluntad libre de sustraerse a la fidelidad conyugal, ese elemento intencional no es sino la imputabilidad, requisito general de todas las causas de divorcio. Por consiguiente, no hay adulterio si la esposa es violada o yace con un tercero en estado de hipnosis u otro semejante, en caso de demencia, o de error sobre la persona.

Finalmente, por falta del elemento material, no constituye adulterio la inseminación artificial heteróloga (con semen de un tercero) de la mujer sin consentimiento del marido, aunque si configure una injuria grave hacia éste”.⁶⁰

2) La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal o como cómplice.- Esta causal supone la intención de provocar la muerte del cónyuge; por consiguiente, no se configura si se trata de un delito culposo ni tampoco si sólo hay intención de herir.

Se discute si el vocablo “tentativa” ha sido usado en el sentido que le asigna el Derecho Penal o en otro, propio de la Ley Civil. La discusión se proyecta concretamente sobre los actos preparatorios del delito, que para la segunda de dichas tendencias estarían comprendidos en el inciso si revelasen la intención formal de atentar contra la vida del cónyuge, mientras que para la primera estarían excluidos por no ser punibles, sin perjuicio de que puedan configurar otra causal, como la de injurias graves.

3) La provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos.- Para algunos autores, se trata del supuesto de instigación criminal del

⁶⁰ Ibidem. Pág. 220.

artículo 45 del Código Penal, con la diferencia de que para la punibilidad del instigador se requiere que el instigado ejecute el hecho o comience su ejecución, pero para la sanción civil basta la mera incitación, que es de por sí un acto ofensivo e injurioso.

La figura de este artículo constituye, en realidad, una ampliación de precedentes legislativos que aludían a la propuesta del marido para prostituir a la mujer. En el texto argentino, basta la incitación al adulterio, sin que sea menester que tenga el propósito de prostituir a la esposa; por otra parte, quedaría incluida también la instigación al adulterio del marido por la mujer. Finalmente, la causal ha sido ampliada para comprender toda incitación a cometer delitos de cualquier índole, inclusive de Derecho Penal Administrativo.

4) La sevicia.- Esta causal ha dado lugar a dificultades en cuanto a la determinación de su concepto, por lo que existe gran variedad de definiciones intentadas en la jurisprudencia y la doctrina.

Para algunos, trataríase de una variedad de los malos tratos. Así, se le ha considerado como los malos tratos materiales reiterados, los malos tratos habituales, aunque no sean hechos graves de crueldad. Otros la consideran como la crueldad excesiva. Partiendo de esa base podemos afirmar de que se trata de "los actos de crueldad, del trato inhumano dado por un cónyuge al otro, o más concisamente, que la sevicia supone que un cónyuge incurre, voluntariamente, en crueldad o perversidad frente al otro cónyuge, sea actuando por sí, sea permitiendo que otro así proceda con el fin directo de causar dolor de naturaleza psíquica".⁶¹

Según Simo Santonja, "se trata de los actos vejatorios realizados con crueldad, o bien de actos crueles y con intención dañosa, o de la tortura moral, daño intencionado que sin herir materialmente lastima al cónyuge con mortificaciones constantes hechas a sabiendas para alcanzar aquella finalidad".⁶²

En términos generales, puede decirse que consiste en los malos tratos ejecutados con el propósito de hacer sufrir material o moralmente. Trátase pues, de actos de crueldad calificados, hechos que en caso de no estar prevista especialmente en esta causal, igualmente encuadrarían en la de malos tratamientos.

Conforme a lo expuesto, para que exista sevicia es necesaria la reunión de las siguientes características:

a) La crueldad en la enajenación del acto.

⁶¹ Ob. Cit. RICARDO GALLARDO. "Divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio en las Naciones Latinoamericanas". Pág. 35.

⁶² Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación". (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 107.

b) El propósito de hacer sufrir.

No basta, como se ha sostenido equivocadamente en algunos casos, el propósito de dañar o de ocasionar un perjuicio. Pero el sufrimiento que se ocasione no es preciso que sea material; puede ser también moral, como cuando se atacan sentimientos o afecciones cuya afectación hiere de manera especial.

No es necesario que haya pluralidad de actos, no sólo porque la ley emplea el singular, sino también porque un solo acto de sevicia, de particular crueldad, puede por su importancia suplir al número. Sin embargo, no hay sevicia si el único hecho no revela la intención despiadada o crueldad manifiesta.

Por lo general, y salvo casos excepcionales, es una causal que sólo tiene lugar por parte del marido, pues supone un estado de subordinación, inferioridad o debilidad física de la víctima.

Diferencias con otras causales.

Se ha intentado distinguir la sevicia de los malos tratamientos en la diferencia de propósito perseguido por quien comete uno y otro acto; en la sevicia, el propósito sería el de hacer sufrir; en los malos tratamientos, el de ofender. No considero acertada esta distinción, pues en realidad tanto la sevicia como en los malos tratamientos aparece el propósito de causar un sufrimiento. Lo que ocurre es que en aquella tal intención se ejecuta con crueldad, despiadadamente; hay una graduación de la gravedad del propósito, que es mucho mayor en la sevicia. Por lo tanto, no falta razón a quienes la consideran como una especie de malos tratamientos calificados.

5) Las injurias graves.- Este concepto ha evolucionado y se ha extendido hasta constituir, por la variedad de hechos que comprende y el número de casos en que es invocada, en la principal causa de divorcio.

"La evolución se produjo en el Derecho Francés. Al parecer, los redactores del Código de Napoleón entendieron (al introducirla en el texto legal) referirse a los términos despectivos dirigidos por uno de los cónyuges contra el otro. Pero luego la jurisprudencia fue ampliando el concepto, hasta hacer entrar en él todo acto que pudiese constituir una ofensa para el otro cónyuge. De tal modo, llegó a considerarse que son injurias graves todas las violaciones de los derechos del otro cónyuge, o toda inejecución de las obligaciones derivadas del matrimonio, o bien los actos contrarios a las obligaciones legales de los esposos o a la dignidad del cónyuge".⁶³

⁶³ Ob. Cit. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO. "Manual de Derecho de Familia". Tomo III (Matrimonio-Divorcio). Pág. 229.

"En la doctrina y jurisprudencia argentina se ha hecho una interpretación similar, extendiéndose el concepto injuria de manera parecida. Diversas definiciones se han intentado al respecto, tales como: las injurias son palabras, actitudes o hechos de uno de los cónyuges que importan un agravio para el otro; es toda ofensa o ultraje que pudiendo asumir cualquier forma (verbal, escrita o de hecho) es realizada con intención de causar un maltrato; es toda violación de los deberes nacidos del matrimonio y todo atentado a la dignidad del cónyuge.

Pero de todas las definiciones que se han intentado, me parece que la más completa, es la que enunció en un fallo de la Cámara Civil Primera de la Capital Federal el Dr. Argentino G. Barraquero, y que luego fue repetida en numerosas sentencias hasta constituir el criterio jurisprudencial prevaleciente: son toda especie de actos, intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el cónyuge, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades".⁶⁴

6) Los malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal.- Sobre el concepto de malos tratamientos no hay uniformidad en la doctrina. Para alguno doctrinarios, coincidiría el concepto jurídico con el vulgar, de modo que corresponderían a las agresiones físicas o vías de hecho. Otros lo definen como todos los hechos materiales que representan un ataque material y directo contra la persona del cónyuge; comprenderían así, las lesiones o heridas que por su gravedad no pudiesen ser consideradas como actos de tentativa contra la vida.

Sin embargo, prevalece la idea de que no es así, sino que los malos tratamientos son los que, sin ser materiales, se caracterizan por cierta perversa finura que producen más bien un daño moral, reiterado y frecuente, que hace que la vida conyugal sea intolerable.

Dentro de este orden de ideas, para la jurisprudencia los malos tratamientos significan que uno de los esposos no concede al otro, en las relaciones de familia, la posición de igualdad, de respeto y de consideración recíproca, siempre que tal actitud revista importancia o cuando sea tan frecuente que haga intolerable la vida conyugal.

Comparación con otras causales.

Los malos tratamientos se diferencian de la sevicia en que si bien en ambos existe un propósito de hacer sufrir, en la segunda ese propósito es ejecutado con crueldad, y en los primeros no. De las injurias graves se distinguen en que es necesario que se trate de un comportamiento habitual o frecuente, mientras que en las injurias basta un hecho único de suficiente gravedad para configurarlas.

⁶⁴ Ob. Cit. RICARDO GALLARDO. "Divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio en las Naciones Latinoamericanas". Pág. 49.

Prueba de los malos tratamientos.

“Para probar los malos tratamientos bastan las presunciones graves, precisas y concordantes, por ejemplo, el testimonio de habitantes de la misma casa según las cuales se oía el chasquido de un látigo y las quejas o súplicas de la víctima, unidos a los signos inequívocos de sufrimiento moral y físico soportado por ella, o el dicho de testigos que aún cuando no presenciaron los castigos de que el marido hacía víctima a la mujer vieron hematomas en su cuerpo y la hallaron angustiada o llorando. El sobreseimiento definitivo del marido en sede penal no impide tener por probados en juicio civil los malos tratamientos, si de la prueba resulta que agredió a su mujer causándole hematomas, o que le infirió golpes que provocaron su desvanecimiento y le produjo heridas con una tijera (caso real que conoció la Cámara Nacional Civil, Sala E, 29/12/67, 133-965, n° 19.261-S)”.⁶⁵

7) El abandono voluntario y malicioso.- Se entiende por abandono la supresión de la vida en común (sea mediante el alejamiento de un cónyuge, la expulsión del otro del hogar, o el hecho de no permitirle la entrada) con sustracción a los deberes y cargas resultantes del matrimonio en especial el deber de cohabitar.

Simo Santonja define el abandono como “el incumplimiento injustificado y voluntario del deber de la cohabitación por parte de alguno de los cónyuges, o en la voluntaria negativa a llevar la vida en común sin que exista causa que justifique esa conducta, esa vida separada, o sin mediar un acuerdo entre cónyuges para así vivir separadamente, si el acuerdo no ha cesado por la voluntad no abusiva de cualquiera de los esposos para ponerle término”.⁶⁶

Características que deben reunir.

El simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir abandono como causal de divorcio; se requiere, además (como ocurre en todas las causales) el factor moral de la imputabilidad, que la ley califica en este caso de voluntariedad y malicia en la acción.

El divorcio por mutuo consentimiento.

La ley 17.711 modificó el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, e introdujo un nuevo artículo, el 67 bis, a fin de admitir el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges.

⁶⁵ Ob. Cit. MATEO GOLDSTEIN. “El divorcio en el Derecho Argentino”. Pág. 119.

⁶⁶ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. “Divorcio y separación” (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 127.

El artículo 66, que antes prohibía el divorcio por mutuo consentimiento, ahora se encuentra de la siguiente forma: "No hay divorcio sin sentencia judicial que lo decrete".

Y el nuevo artículo 67 bis dice "Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal. El juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes, tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieren personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

Fracasada la conciliación se convocará otra audiencia dentro de un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Si también ésta resultare estéril, porque no se logra el avenimiento, el juez decretará su separación personal cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando indicar cuáles son los hechos aducidos. Esta decisión tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos, pero sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos.

Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta se tramitará por vía sumaria.

La decisión judicial determinará, a instancia de partes, cuál de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos, para lo cual tendrá en cuenta lo que aquéllos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. En cualquier caso, podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias".

Por su parte, Belluscio explica que "la reforma prefirió evitar la expresión mutuo consentimiento, reemplazándola por presentación conjunta, a fin de evitar la imagen de que la convivencia de los cónyuges sea cosa que quede librada a su albedrío, dejando asentado que la cohabitación es un deber al cual sólo pueden sustraerse cuando causas graves hacen imposible la convivencia; reconoce, sin embargo, que en la práctica el rechazo de la petición conjunta será casi imposible, de modo que los efectos del sistema legal serán similares a los de la separación por mutuo consentimiento".⁶⁷

Requisitos de fondo.

1) Plazo de duración del matrimonio.- el primero de los requisitos de fondo exigidos por la ley para que pueda decretarse el divorcio por mutuo

⁶⁷ Ob. Cit. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO. "Manual de Derecho de Familia". Tomo III (Matrimonio-Divorcio). Págs. 312 y 313.

consentimiento es el de que, al momento de la presentación conjunta de los cónyuges, hayan transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio (artículo 67 bis, primer párrafo, primera parte). Es un requisito generalmente exigido por las legislaciones que permiten recurrir al divorcio por esta vía, con el fin de evitar decisiones producto de la inmadurez o de la falta de reflexión adoptadas bajo la influencia de desavenencias propias de los primeros tiempos de la vida en común.

El plazo debe estar cumplido al momento de la presentación de la demanda, sin que sea suficiente que se cumpla durante la sustanciación del proceso.

2) Acuerdo de los cónyuges.- En segundo término, debe existir acuerdo de los cónyuges acerca de la existencia de causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común (artículo 67 bis, primer párrafo, primera parte). La manifestación de la existencia de ese acuerdo debe ser hecha en el escrito inicial, y reiterada en las audiencias celebradas ante el magistrado.

Competencia.

El artículo 104, primera parte, de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que la acción de divorcio debe intentarse en el domicilio de los cónyuges.

En principio, el domicilio de los cónyuges es el del marido (artículo 90, fracción 9, del Código Civil). De ahí que durante mucho tiempo se entendió que la acción de divorcio debía ser entablada siempre ante los jueces del domicilio del marido al tiempo de su promoción. Pero tal doctrina fue luego abandonada en su aplicación absoluta, admitiéndose la competencia de los jueces del domicilio del marido siempre que éste no lo hubiese cambiado con el fin de trabar o dificultar la acción de la esposa. Finalmente, se estableció el criterio de que por "domicilio de los cónyuges" debe entenderse el último domicilio común, es decir, si hubo separación de hecho anterior, el que tenían al tiempo de producirse ésta.

EFFECTOS DEL DIVORCIO.

A) Efectos Del Divorcio Contencioso.

1) Efectos respecto de las personas de los cónyuges.

a) Separación personal.- Adoptado por la Ley de Matrimonio Civil el régimen de divorcio limitado, separación de cuerpos o separación personal, el efecto primordial de la sentencia que lo decreta es la cesación del deber de cohabitación.

Si los cónyuges se hubieran separado de hecho con anterioridad, o estuviesen separados provisionalmente como consecuencia de la decisión judicial

de excluir a uno de ellos del hogar, la separación queda definitivamente legalizada con la sentencia de divorcio.

La separación personal implica, como es lógico, la cesación del deber de cohabitación. En cuanto a los otros deberes derivados del matrimonio, cesa también la asistencia en el aspecto espiritual, pero subsiste en el aspecto material, pues persiste la obligación alimentaria. En cuanto al deber de fidelidad, la cuestión de su subsistencia requiere examen aparte.

b) Fijación de domicilio.- Decretado el divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio o residencia donde lo crea conveniente, aunque sea en el extranjero (artículo 72 de la Ley de Matrimonio Civil). Pero si la mujer no hace uso de ese derecho, fijando su residencia en otro lugar, conserva el domicilio del marido, que era su domicilio legal durante el matrimonio (artículos 90, fracción 9, y 98 del Código Civil).

c) Capacidad de los esposos.- Con la promulgación de la ley 11.357, el artículo 1° establece la plena capacidad de la mujer divorciada mayor de edad. Por consiguiente, bajo ese régimen el divorcio implicaba la recuperación por la mujer mayor de edad de su capacidad para ejercer todos los actos de la vida civil, que el matrimonio limitaba (artículo 3°, fracción 2).

La ley 17.711 modificó el artículo 1° de la ley 11.357, ampliando la plena capacidad a la mujer mayor de edad, cualquiera que sea su estado. Por consiguiente, ya el divorcio no produce efecto alguno respecto de la capacidad de la mujer. Si alguno de los cónyuges es menor de edad, el hecho del divorcio tampoco modifica su capacidad; sigue sujeto a las disposiciones relativas a los menores emancipados (artículo 73, segunda parte de la Ley de Matrimonio Civil).

d) Uso por la mujer del apellido marital.- La ley 18.248 en su artículo 9° dice que "decretado el divorcio será optativo para la mujer llevar o no el apellido del marido. Cuando existieren motivos graves, los jueces, a petición del marido, podrán prohibir a la mujer divorciada el uso del apellido de su cónyuge".

La solución debe ser aprobada, pues no existen razones serias para imponer a la mujer divorciada el uso del apellido del marido si prefiere no utilizarlo. Si desea continuar añadiéndolo al suyo, la supresión sólo puede ser impuesta a petición formulada por el marido y fundada en causas graves; no basta pues, la sola culpa de la mujer en el divorcio, sino que es menester una conducta (anterior o posterior a la sentencia) que unida a la continuación en el uso del apellido del esposo implique deshonor para éste.

2) Efectos patrimoniales.

a) Separación de bienes.- El antiguo artículo 1306 del Código Civil, disponía que "en caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho a pedir la separación de bienes", y el artículo 74, segunda cláusula de la Ley de Matrimonio

Civil, establece que "dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separación de los bienes del matrimonio, con arreglo a lo dispuesto en el título de la sociedad conyugal".

Posteriormente, "el artículo 1306 del Código Civil, sufrió una reforma por la ley 17.711; y el actual texto de su primer párrafo expresa: "La sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe". Por consiguiente, ahora la sentencia de divorcio disuelve la sociedad conyugal con retroactividad al día de la notificación de la demanda, retroactividad que tiene pleno efecto entre los cónyuges, pero no puede perjudicar a terceros de buena fe, es decir, a quienes no conociesen la existencia del proceso de divorcio".⁶⁸

b) Obligación alimentaria.- Como es natural, el deber de asistencia moral entre los esposos desaparece como consecuencia del divorcio, que implica su desvinculación en el aspecto personal. Sin embargo, subsiste en cierta medida el de asistencia material, en virtud de la obligación alimentaria, la cual persiste con importantes modificaciones respecto de la situación anterior.

La Ley de Matrimonio Civil legisla separada y sucesivamente el derecho alimentario de la esposa inocente, y el que compete a cualquiera de los dos esposos, aun en caso de culpabilidad.

c) Derecho de la mujer inocente.- El art. 79, de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que "el marido que hubiera dado causa al divorcio debe contribuir a la subsistencia de la mujer, si ella no tuviera medios propios suficiente. El juez determinará la cantidad y forma, atendidas las circunstancias de ambos". Se entiende que el artículo alude al caso en que el marido es culpable y la mujer es inocente, pues si ésta también fuese culpable, el caso estaría regido por el art. 80.

Se plantea la cuestión de si esta pensión alimentaria concedida a la esposa inocente constituye la subsistencia, después del divorcio, del deber de asistencia material a cargo del marido, o bien si representa una indemnización de los daños y perjuicios derivados de la desaparición de ese deber. Aun cuando en la doctrina nacional prevalece el primero de esos criterios, también se ha sostenido el carácter indemnizatorio de esos alimentos, que representarían la reparación del daño ocasionado por no poder continuar gozando de los recursos de la sociedad conyugal, y que se deberían en tanto ese perjuicio existiese por la carencia de recursos de la mujer inocente.

d) Requisitos y alcances del derecho alimentario de la mujer inocente.- Ni los requisitos ni el alcance del derecho alimentario de la mujer inocente se identifican con los del derecho alimentario de los parientes en general, que, conforme a las

⁶⁸ Ob. Cit. VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Pág. 135.

reglas de los arts. 370 y 372 del Código Civil, requieren falta de medios de subsistencia y de aptitud para adquirirlos con el trabajo, y comprenden solamente lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia en las enfermedades del alimentado.

Como consecuencia de que se trata de la continuación del deber del marido de sostener a su esposa, a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, en primer lugar no son necesarios los requisitos del art. 370 del Código Civil. Basta con que la mujer no tenga "medios propios suficientes", según la frase que al texto originario del art. 261 del Código Civil, añadió la Ley de Matrimonio Civil.

Por tanto, no es necesario que la mujer carezca absolutamente de recursos, sino que basta con que los que posee no sean suficientes. La circunstancia de que tenga algún ingreso, o de que trabaje para obtenerlos, no excluye la obligación del marido si los que obtiene resultan insuficientes para subvenir a la situación patrimonial de uno y otro cónyuge, tratando de equiparar los haberes considerando las obligaciones que pesan sobre cada uno y las demás circunstancias del caso.

c) Fijación de los alimentos en favor de la mujer.- Si antes de la sentencia se habían fijado alimentos provisionales a favor de la mujer, ellos subsisten con el carácter de definitivos después del divorcio por culpa del marido. No es necesario promover un nuevo juicio de alimentos, sin perjuicio de que el marido culpable pueda pedir su cesación demostrando que la mujer tiene medios propios suficientes, pues el art. 79, Ley de Matrimonio Civil, no establece un régimen nuevo con relación a los principios y fundamentos de la prestación alimentaria, sino que reitera el deber de asistencia consagrado en el art. 51.

Si no habían sido fijados alimentos provisionales, la esposa puede pedir su fijación por la vía procesal establecida para el juicio de alimentos.

f) Cesación de los alimentos fijados a favor de la mujer inocente.- La obligación alimentaria a favor de la mujer inocente cesa:

I. Por muerte de uno de los cónyuges, sea el acreedor o el deudor. En el Derecho Argentino, se trata de una obligación y un derecho inherentes a las personas de deudor y acreedora, respectivamente, no transmisibles por causa de muerte.

II. Por falta de necesidad de la mujer, en una adquisición posterior de medios de subsistencia suficientes, lo que debe ser demostrado por el marido.

Así, se ha dispuesto la cesación en caso de tener la mujer recursos equivalentes o superiores a los de marido, de haber obtenido, de la renta de sus bienes propios o de actividad personal, profesión o industria, ingresos suficientes para satisfacer sus necesidades de acuerdo a su posición social.

III. Por llevar la mujer vida deshonesta (adulterio, nuevas nupcias en el extranjero o vida marital con otro hombre, infidelidad).

g) Alimentos a favor del marido.- "El marido, sea inocente o culpable, sólo puede reclamar alimentos a la mujer si se halla en las condiciones del art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil, es decir, si demuestra su falta de recursos y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, imposibilidad que debe derivar de razones de salud o de un quebrantamiento tal de ésta que le impida desarrollar actividades económicas. Si es culpable, la ayuda de la esposa debe prestársele dentro de los límites de la más absoluta necesidad".⁶⁹

h) Derecho hereditario.- Según dispone el art. 3574 del Código Civil, estando divorciados por sentencia judicial, el cónyuge que hubiese dado causa al divorcio queda privado del derecho hereditario legislado en los arts. 3570 y siguientes. Por tanto, el culpable no hereda ab intestato al inocente, pero éste sí a aquél, y si ambos son culpables, ninguno de ellos hereda al otro.

3) Efectos respecto de los hijos

a) Tenencia definitiva.- El art. 76 de la Ley de Matrimonio Civil, disponía que "los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre. Los mayores de esta edad se entregarán al esposo que, a juicio del juez, sea el más idóneo para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido o por la mujer preferente derecho a tenerlos". La Ley 17.711 le dio la siguiente redacción: "Salvo causas graves, los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre. Los mayores de esa edad quedarán a cargo del cónyuge inocente, a menos que esta solución fuere inconveniente para el menor; si ambos cónyuges fueran culpables, el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso".

b) Menores de cinco años.- "La primera parte del artículo establece que "salvo causas graves, los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre".

La regla fue tomada por la Ley de Matrimonio de la primera parte del art. 213 del Código Civil, con la supresión de una palabra: este último disponía que los niños quedarían siempre a cargo de la madre, y se eliminó la palabra "siempre", quedando redactado de esta manera: " Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre".

Sin embargo, especialmente argumentando sobre la base de la supresión del vocablo "siempre" y de la prevalecencia del interés de los menores, dicha disposición fue interpretada por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que no era inflexible, y que cabía apartarse de ella si así lo exigía la salud física o moral de los hijos, por existir causas muy graves que hicieran inhábil a la madre

⁶⁹ Ob. Cit. MATEO GOLDSTEIN. "El divorcio en el Derecho Argentino". Pág. 269.

para educarlos. De tal modo se prefirió al padre en caso de vida disipada de la madre, de adulterio que acarrease peligro moral para los hijos, de malos tratos a estos, de desprendimiento voluntario de la tenencia, o en general, de existencia de motivos graves que la inhabilitasen moralmente para tenerlos".⁷⁰

c) Mayores de cinco años.- Con relación a los mayores de cinco años, la ley dejaba entera libertad a los jueces para determinar cuál de los cónyuges era el más apto para ejercer la tenencia, al establecer que se entregarían al esposo que, a juicio del juez, fuese el más apropiado para educarlos, sin que se pudiera alegar por ninguno de los cónyuges un derecho preferente a tenerlos.

d) Relaciones con el ejercicio de la patria potestad.- Representa peculiares dificultades la determinación del alcance de las facultades de quién de los padres ejercerá la tenencia de los hijos menores, especialmente cuando ella ha sido atribuida a la madre, caso en el cual, normalmente, queda desvinculada del ejercicio de la patria potestad, que continúa en cabeza del padre.

"La atribución de la tenencia del hijo a la madre no implica por sí sola la pérdida de la patria potestad del padre, ni la pérdida o suspensión de su ejercicio, pues tales situaciones derivan de otros hechos. Sin embargo, la guarda es una de las exteriorizaciones más importantes de la patria potestad, pues lleva consigo no sólo el poder de tener el hijo, sino también el ejercicio de las principales manifestaciones que forzosamente derivan de esa especie de gobierno de la persona y de los bienes del menor, a lo que se añade la influencia preponderante y directa sobre su formación espiritual".⁷¹

En forma expresa, la ley sólo establece una limitación a los derechos del cónyuge que ejerce la tenencia: el art. 72 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que el cónyuge que "tuviese hijos a su cargo, no podrá transportarlos fuera del país sin licencia del juez del domicilio". Esta disposición obedece a la necesidad de no sustraerlos del control del juez y del derecho de vigilancia de la otra parte, lo cual dificultaría el ejercicio del derecho de visita del otro cónyuge.

c) Obligaciones de los padres.- El art. 78 de la Ley de Matrimonio Civil, dice que "el padre y la madre quedarán sujetos a todos los cargos y obligaciones que tienen para con sus hijos, cualquiera que sea el que hubiere dado causa al divorcio". Obviamente, ni el divorcio ni la atribución de la tenencia al otro cónyuge, pueden ser motivo de que uno de ellos quede liberado de sus obligaciones respecto de sus hijos.

Sin embargo, las obligaciones referentes a la educación pesan primordialmente sobre el cónyuge a quien se otorga la tenencia.

⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 269.

⁷¹ *Ob. Cit.* VICENTE LUIS SIMO SANTONJA. "Divorcio y separación" (*Derecho Comparado y Conflictual Europeo*). Pág. 132.

B) Efectos del Divorcio Consensual.

a) Principio.- Como principio, la sentencia de divorcio basada en el acuerdo de los cónyuges de requerirlo conjuntamente, tiene "los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos" (art. 67 bis, segundo párrafo, cuarta cláusula, primera parte de la Ley de Matrimonio Civil).

b) Atribución de culpa unilateral.- Es discrepante la doctrina acerca de si, frente a los términos de la disposición legal, cabe o no la posibilidad de que el acuerdo de los esposos determine que la sentencia no tenga los efectos del divorcio decretado por culpa de ambos, sino del fundado en la culpa de uno solo de ellos. A este respecto, algunos autores se inclinan sobre los siguientes argumentos:

I. La imperatividad del texto legal, como la de las demás normas del derecho de familia, que impondría los efectos de la culpa de ambos esposos sin posibilidad de apartarse de dicho principio. Esa imperatividad estaría confirmada por la circunstancia de que la última parte del segundo párrafo del art. 67 bis permite a los esposos dejar a salvo el derecho de alimentos de uno de ellos, lo que constituiría la única excepción tolerada a tal imposición.

II. El carácter excepcional que revestiría el procedimiento establecido por el art. 67 bis, frente al régimen ordinario del divorcio basado en la culpa de alguno de los esposos, previsto en las causales del art., 67. Esa circunstancia implicaría que quienes se acogiesen a aquél debieran necesariamente quedar sujetos a las consecuencias de la culpa bilateral, adherirse íntegramente al sistema legal o rechazarlo, acudiendo al divorcio contencioso.

III. La inexistencia, en el procedimiento del art., 67 bis, de juzgamiento sobre culpas. La norma legal se referiría a hechos, no a personas ni conductas, y la atribución de culpa a uno solo de los esposos implicaría pronunciarse sobre estas últimas.

A pesar de los argumentos expuestos se ha expresado en sentido positivo, es decir, en el de que es viable que el acuerdo de los esposos establezca que el divorcio se decrete con los efectos de la culpa de uno solo de ellos, sin perjuicio de que el juez, en virtud de lo expuesto por las partes en las audiencias previstas en el art. 67 bis, admita o no esa petición, conforme a su ciencia y conciencia, se convenza o no de que la atribución unilateral de culpa requerida por las partes responde, en realidad de los hechos, a la responsabilidad de sólo uno de ellos en el fracaso de la vida matrimonial.

El supuesto carácter excepcional del divorcio consensual no está avalado por ley vigente. La suposición de que por las derivaciones del sistema no sería fácil acudir a él, y que el cónyuge inocente rehusaría aceptarlo para no cargar con una culpa que no tiene, ha quedado totalmente desvirtuada por la práctica, que indica que la enorme mayoría de los divorcios posteriores a 1968 son

consensuales. Claro está que, desde el punto de vista jurídico, la fijación de cuál es la regla y cuál la excepción no deriva del número de casos en que se aplique una y otra, sino de una apreciación conceptual; por eso, sería igualmente equivocado afirmar que el divorcio consensual es la regla, y el contencioso, la excepción. En realidad, de lo que se trata es de que hay dos maneras de obtener el divorcio: mediante el ejercicio de la acción contenciosa basada en la demostración de que el otro cónyuge incurrió en alguno de los hechos tipificados en el art. 67; o bien, mediante la presentación conjunta seguida de la comparecencia personal de los esposos ante el juez a fin de convencerlo de la existencia de causas graves que hacen intolerable la continuación de la vida en común. No hay regla ni excepción, sino dos procedimientos diferentes para lograr una misma finalidad.

c) Atribución de inocencia bilateral.- En doctrina, se ha sugerido la posibilidad de que se admita también el divorcio consensual con los efectos de la inocencia de ambos cónyuges, sobre la base de la supletoriedad de la norma que establece los efectos de la culpa de uno y otro, y de la posibilidad de que las causas graves que hacen intolerable la vida en común no sean imputables a ninguno de los esposos como ocurre en la incompatibilidad de caracteres, el desquiciamiento del matrimonio, o lisa y llanamente el mutuo disenso. Con tal criterio se estimaría inmoral atribuir culpa a quienes no la tienen, y la eliminación de toda idea y culpa haría más probable la guarda de la mutua fidelidad y la ulterior reconciliación.

Esa posibilidad ha sido desechada sobre la base de que, en tales casos, o bien mediarían causas leves, cuya admisibilidad sería contraria al art. 67 bis, que exige la concurrencia de causas graves para que el divorcio sea decretado, o bien causas graves de carácter objetivo e inimputable, cuya admisibilidad también parecería estar descartada por la ley.

Por más que el art. 67 bis acepte una forma de divorcio-remedio, la desarticulación del matrimonio tiene que tener algún responsable.

d) Mantenimiento del derecho alimentario.- A pesar de que el efecto normal de la sentencia (puesto que tiene los de la dictada por culpa de ambos cónyuges) sería la extinción del deber alimentario entre los esposos salvo el derecho de cada uno de ellos de requerir del otro lo indispensable para su subsistencia en caso de necesidad (art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil), la última parte del segundo párrafo del art. 67 bis establece que " sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno ellos a recibir alimentos". Por lo tanto, "no se trata de mantener el derecho alimentario de uno u otro cónyuge, ya que el del marido sólo tiene lugar cuando se dan rigurosamente los requisitos establecidos para la prestación alimentaria entre parientes, sea inocente o culpable del divorcio, de manera que existe independientemente de todo convenio que lo mantenga. En realidad se trata de conservar para la mujer los efectos de la inocencia respecto del derecho alimentario, sea total o parcialmente; esto último en virtud de que, si el derecho

mencionado puede quedar sin efecto como consecuencia de que el divorcio produzca íntegramente los efectos de la culpa de ambos, también tiene que ser posible que se lo mantenga en la medida que los cónyuges convengan”.⁷²

Si los cónyuges nada establecen, dichos efectos son los del divorcio por culpa de ambos, es decir, que la obligación alimentaria subsiste en la mínima medida contemplada por el art. 80, la que no requiere acuerdo alguno para persistir.

c) Modificaciones posteriores del contenido de la prestación alimentaria.- Si los cónyuges se limitan a mantener el derecho alimentario de la esposa sin fijar el monto de la prestación, resulta indudable que este puede ser establecido y modificado posteriormente por los tribunales, por aplicación de las reglas generales en la materia.

Tampoco puede haber dificultades si se establece una limitación temporal del derecho dejado a salvo, o si se determina que la cuota pactada es inmodificable cualesquiera que sean las circunstancias, pues entonces las limitaciones convenidas deben ser respetadas.

En cambio, la duda se plantea cuando se deja a salvo el derecho de la mujer y se conviene la cuota, sin más especificaciones. La consecuencia del supuesto carácter convencional de los alimentos sería la inalterabilidad de la cuota, mientras que la del carácter legal es la posibilidad de modificarla sea por las variaciones del poder adquisitivo de la moneda, o bien por el aumento o la reducción de las necesidades de la beneficiaria o de los recursos del obligado.

f) Patria potestad de los hijos.- El cuarto párrafo del art. 67 bis expresa: “La decisión judicial determinará, a instancia de parte, cuál de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos, para lo cual tendrá en cuenta lo que aquéllos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. En cualquier caso, podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias”.

En general, lo dispuesto no difiere de lo que corresponde en los casos de divorcio contencioso. Cabe señalar, sin embargo, las siguientes peculiaridades:

1) La decisión debe de ser dictada a instancia de parte, es decir, de las dos partes conjuntamente. Se excluye la decisión de oficio, y textualmente parecería excluida la solicitada por uno solo de los esposos. Sin embargo, se entiende que es posible que la cuestión se sustancie en incidente por separado. El criterio por decisión debe ser el adoptado por el art. 76, de la Ley de Matrimonio Civil para los casos de culpa de ambos cónyuges, esto es, atender al interés de los hijos.

⁷² Ibidem Págs. 145 y 146.

2) Lo acordado por los esposos debe ser tenido en cuenta por el juez, salvo que el interés de los menores justifique otra solución. No parece probable que, si media acuerdo entre los cónyuges acerca de la tenencia de los hijos menores, el juez decida otra cosa; la única parte que podría reclamar una solución distinta sería el Ministerio Público, que en el divorcio consensual no cuenta con elementos probatorios que le permitan demostrar la inconveniencia de lo pactado.

g) Liquidación de la sociedad conyugal.- La sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal (art., 1306, primer párrafo, primera parte del Código Civil). Esa disolución tiene efecto retroactivo al día de la presentación inicial de los cónyuges, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe (art. 1306, primer párrafo, segunda parte del Código Civil).

Avanzando innecesariamente sobre la legislación procesal, el art. 67 bis, tercer párrafo, establece que "si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta se tramitará por vía sumaria". Determina, que en caso de desacuerdo sobre la manera de liquidar y dividir la sociedad conyugal, deba promoverse un proceso sumario a fin de decidirla. La solución resulta más o menos clara donde rigen códigos procesales que, como el nacional y los que lo tomaron por modelo, legislan dos tipos de proceso de conocimiento, el ordinario y el sumario. En las provincias donde no exista esa doble posibilidad, sólo cabría adoptar el de los incidentes o el de las excepciones previas en proceso ordinario.

COMENTARIOS PERSONALES.

La mayoría de las causales que contempla la Ley de Matrimonio Civil en Argentina son consideradas o constituyen delitos que atentan contra la vida y la integridad corporal de uno de los cónyuges, por lo tanto, pueden catalogarse como causas para un divorcio-sanción, ya que presupone una acción dolosa y culpable que implican una grave violación de los deberes derivados del matrimonio.

Los requisitos para poder invocar una causa de divorcio deben ser: hechos graves que hagan material o moralmente la vida en común entre los consortes, también suponen una actitud dolosa y un comportamiento consciente y responsable del cónyuge al cual se atribuyen. Asimismo, los hechos invocados como causales de la ruptura matrimonial deben ser posteriores al matrimonio, sin perjuicio de que los hechos anteriores puedan ser tenidos en cuenta como antecedente para dicha invocabilidad.

También se puede otorgar el divorcio por mutuo consentimiento, pero deben transcurrir dos años después de celebrado el matrimonio para poder, como lo señala la ley, en presentación conjunta, acudir al Juez competente para decretar el divorcio. A este respecto cabe aclarar que la Legislación Argentina prefirió evitar la expresión "mutuo consentimiento", remplazándola por "presentación conjunta".

Por otra parte, los efectos provisionales del divorcio son: la cesación del deber de cohabitación, la casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento, la pensión alimenticia provisional que un cónyuge debe pagar al otro, así como el aseguramiento de los alimentos con respecto de los hijos.

La tenencia definitiva de los hijos quedará a cargo de la madre, si éstos son menores de cinco años. Los mayores de esta edad se entregarán al esposo que, a juicio del juez, sea el más idóneo para educarlos. Si ambos cónyuges fueren culpables del divorcio, el juez tiene la facultad para resolver lo más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso.

CAPITULO III

ALIMENTOS DEL CÓNYUGE EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Una de las principales consecuencias que surgen de la relación jurídico-familiar, entendida en un sentido amplio, es el deber alimenticio que entre determinados parientes existe como obligación impuesta por el orden jurídico a la vista de la propia naturaleza del organismo familiar.

Sabido es que toda persona tiene el derecho a la vida, entendido éste como una facultad natural de proveerse de los medios necesarios para su subsistencia. Este derecho se torna en un propio deber cuando la persona, por ella misma, puede buscar esos medios a través de su trabajo u ocupación. Pero se dan determinadas circunstancias en que por razones de edad, enfermedad, imposibilidad material, ruina absoluta o desgracia constante, la misma no puede acudir por sí sola a la satisfacción de sus necesidades. Entonces el Derecho tiene que arbitrar dispositivos eficaces para que aquélla no quede carente de protección, pues que el deber general de socorro, que por vía de humanidad a todos nos compete, ni está en principio reforzado jurídicamente (ya que pertenece al campo de la moral y la religión), ni es, por otra parte, seguro. Estos dispositivos los articula el Derecho en el mismo Estado, cuando la persona indigente no tiene nadie que por ella mire, y da lugar a la Beneficencia Pública, que, como deber general del cuerpo político, encuentra en las instituciones ad hoc la solución conveniente. Pero cuando la persona indigente tiene familiares cercanos, entonces el orden jurídico sitúa en la persona una pretensión general de alimentos, que pueden actualizar contra el pariente si éste se encuentra en condiciones económicas favorables.

a) DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE LOS ALIMENTOS.

DEFINICIÓN.

El significado etimológico del vocablo alimentos tiene sus raíces en el sustantivo latino "alimentum", que procede a su vez del verbo "alere" que significa alimentar. La comida y bebida que el hombre y los animales necesitan para subsistir. Lo que sirve para mantener la existencia. Asistencia que se da para el sustento adecuado de alguna persona a quien se debe por Ley, disposición testamentaria o contrato.

Existen otras definiciones que se refieren a la palabra alimentos en el aspecto que se analiza, cuyo contenido se describe como cualquier substancia que puede ser asimilada por el organismo y usada para mantener sus funciones vitales.

De acuerdo al panorama anterior se puede deducir que se trata al concepto alimentos desde un punto de vista biológico, entendido como un aspecto estrictamente necesario para la subsistencia del hombre, es decir, se trata de todos los elementos nutritivos que le sirven para satisfacer una de sus necesidades esenciales, como lo es el hambre, y de esta manera pueda realizar todas las funciones y actividades que le son encomendadas en los diversos aspectos que presenta el mundo que nos rodea y del cual el propio ser humano es parte vital.

En el aspecto jurídico la definición de alimentos tiene un significado más amplio, que va más allá del concepto biológico, pues además de incluir los elementos materiales para conservar la vida, se establecen las consideraciones legales para hacer obligatoria la forma de otorgarlos, y así garantizar el sustento de una persona determinada que tiene derecho a ellos.

En este sentido el maestro Rafael de Pina define a los alimentos como "las asistencias que se prestan para el sustento adecuado de una persona en virtud de disposición legal."¹

De la definición anterior, podemos observar que el autor citado se refiere a los alimentos denominándolos "asistencias", señalando que se le otorgue lo necesario a una persona para que subsista en base a una disposición legal, es decir, hace referencia al carácter jurídico que tienen los alimentos como tales.

Por su parte el maestro Rafael Rojina Villegas nos dice que alimentos "es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos."²

La maestra Pérez Duarte y Noroña Alicia Elena, nos comenta que por los "alimentos se entienden lo que el hombre necesita para su nutrición. Son los medios económicos a través de los cuales se pretende garantizar el derecho a una vida digna a todas las personas, de ahí que en su concepción se encuentran incluidos los satisfactores tanto para sus necesidades físicas como para las intelectuales, morales y sociales, de tal suerte que deba proporcionarles lo necesario para la vida (comida, vestido, habitación); la salud (asistencia en caso de enfermedad) y tratándose de menores, educación, para proporcionarles un oficio, arte o profesión honestos y adecuados a sus circunstancias personales."³

¹ RAFAEL DE PINA VARA. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Tomo I (Introducción-Personas-Familia). Editorial Porrúa. 47ª Edición. México. 1992. Pág. 305.

² RAFAEL ROJINA VILLEGAS. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Editorial Porrúa. Séptima Edición. México. 1987. Pág. 166.

³ ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y NOROÑA. "La Obligación Alimentaria". México. 1989. Pág. 137.

Jurídicamente por alimentos debe entenderse la prestación en dinero o en especie que una persona en determinadas circunstancias puede reclamar de otra entre las señaladas por la ley para su mantenimiento y subsistencia, es pues, todo aquello que, por ministerio de ley o resolución judicial una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir, las características que conforman los alimentos, se manifiestan a través de un vínculo jurídico al momento de la exigibilidad.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal señala en su artículo 308 lo siguiente:

Artículo 308. "Los alimentos comprenden:

I.- La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II.- Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III.- Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo, y

IV.- Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Como se observa en el precepto, el concepto de alimentos sobrepasa a la simple acepción de la comida. Constituyen un elemento de tipo económico que permite al ser humano obtener su sustento en los aspectos biológico, social y moral, de ahí que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que los alimentos son materia de orden público e interés social siendo improcedente conceder la suspensión contra el pago de alimentos, ya que impide al acreedor alimentario recibir la protección necesaria para su subsistencia; ni tampoco dada su importancia, es posible aceptar que la obligación del deudor alimentario sea cumplida parcialmente. La deuda alimentaria es un deber derivado del derecho a la vida que tiene el acreedor alimentario y gravita sobre el grupo familiar.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ALIMENTOS.

Se ha considerado a la obligación alimentaria como una obligación natural, fundada en un principio de solidaridad familiar, o bien, como se estableció en la exposición de motivos del Código de 1870, "está fundada en la piedad, que es el sentimiento más noble del corazón"; sin embargo, en mi concepto, considero que la naturaleza actual de los alimentos, tiene su origen lógico y básico en la legislación, en tal circunstancia constituye un deber y una obligación.

Así, y como lo señala Baqueiro Rojas, la obligación alimentaria, "es una prestación generada por el matrimonio y el parentesco de ayudar al pariente en estado de necesidad, proporcionándole alimentos para su subsistencia".⁴

Por su parte, Chávez Ascencio, define a los alimentos como "la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para vivir en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos y del concubinato".⁵

Continúa diciendo que "el deber jurídico supone siempre la existencia de una norma jurídica, aún cuando reconoce más que las otras obligaciones, la influencia de la moral y la religión".⁶

La relación familiar se funda en deberes más que en obligaciones, y al deber se le puede considerar como la responsabilidad derivada de un vínculo jurídico surgido por virtud de un acto jurídico o de una situación de hecho, que tiene una persona que hacer, o respetar conforme a principios generalmente aceptados y que incluyen un fuerte contenido moral y que el derecho incluye dentro de la norma objetiva.

Al respecto el maestro Bejarano Sánchez, razona que: "El deber jurídico es la necesidad de observar una conducta conforme a una norma de derecho, y la obligación es una especie de deber jurídico caracterizada porque la conducta necesaria debe ser prestada en beneficio de otro sujeto, determinado o indeterminado, con el cuál se está jurídicamente ligado. No todo deber jurídico es una obligación y en cambio toda obligación es un deber jurídico, una especie de deber jurídico, que implica una relación entre el sujeto que soporta el débito y aquél que puede exigir su cumplimiento, la relación acreedor-deudor".⁷

Galindo Garfias, opina que: "Se debe de hablar no de obligaciones propiamente dichas, sino de deberes jurídicos, no de derechos subjetivos, sino de potestades, en la medida en que la regla permisiva o prohibitiva que deben observar los cónyuges, deriva directamente del ordenamiento jurídico, ya para exigir una prestación del otro cónyuge, ya para permitir la interferencia en la esfera de acción de éste último en la de su consorte".⁸

De todo lo anterior podemos decir, que la naturaleza jurídica de los alimentos, constituye en un principio un deber, un deber que correlativamente

⁴ EDGAR BAQUEIRO ROJAS. "Derecho de Familia y Sucesiones". Editorial Harla. México. D.F. 1990. Pág. 28.

⁵ MANUEL F. CHÁVEZ ASENCIO. "La Familia en el Derecho" (Relaciones Jurídicas Conyugales). Editorial Porrúa. 3ª Edición. México. 1995. Pág. 67.

⁶ Ibidem. Pág. 352.

⁷ MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ. "Obligaciones Civiles". Editorial Harla. 2ª Edición. México. 1994. Págs. 10 y 11.

⁸ IGNACIO GALINDO GARFIAS. "Derecho Civil". Primer Curso. Editorial Porrúa. Décimotercera Edición. México. 1994. Pág. 601.

puede implicar una obligación, obligación que encuentra su origen en un hecho o acto que la legislación ha previsto.

Ese origen, puede ser un hecho jurídico, o bien un acto jurídico, entendiéndose por el primero todo acontecimiento de la naturaleza del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración, para atribuirle consecuencias de derecho; por el segundo, un acontecimiento en que interviene la actividad humana, pudiendo ser actos voluntarios o de voluntad, siendo los primeros en donde la voluntad se dirige simplemente a la determinación del acto; del derecho derivan las consecuencias jurídicas de la actividad desarrollada. En los actos de voluntad, lo importante es la determinación volitiva, la cual es tomada en cuenta por la norma jurídica, para la producción de consecuencias de derecho.

b) CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA.

La obligación alimentaria presenta características muy especiales, toda vez que tiene como finalidad otorgar al pariente necesitado todo lo necesario para su subsistencia, es decir, asegurar al acreedor alimentario los medios de vida en caso de que no los pueda obtener por sí mismo, esto es, que debe existir una solidaridad entre los miembros de la familia y que en la esfera del derecho se traduce en obligaciones recíprocas, de ellas la más importante es la obligación alimentaria que existe entre los cónyuges y parientes por consanguinidad, siendo necesario que existan dos personas, una (acreedor alimentario) en la imposibilidad de asegurar su subsistencia, y la otra (deudor alimentario) en posibilidad de suministrar dichos alimentos, como consecuencia de ello, la obligación alimentaria constituye la manifestación de un deseo de caridad y solidaridad familiares, teniendo como finalidad asegurar la existencia del acreedor, asimismo obedece a determinadas características que la distinguen de manera importante de la obligación ordinaria, y que a saber son las siguientes:

a) Reciprocidad.- La obligación de otorgar alimentos es recíproca, así lo establece el artículo 301 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que el que los otorga tiene a su vez el derecho de pedirlos.

En la Ley se establece el orden de los sujetos obligados a ministrar los alimentos y sólo a falta o por imposibilidad de los primeros obligados estarán los siguientes que la misma ley menciona.

Así encontraremos en este orden a los sujetos que a continuación se mencionan: Cónyuge y Concubinos entre sí, padres y demás ascendientes, Hijos y demás descendientes, Hermanos de ambas líneas, hermanos de la madre, hermanos del padre y demás colaterales hasta el cuarto grado.

Sin embargo, es necesario citar que por la propia naturaleza de los alimentos resulte imposible que una determinada persona tenga el carácter de deudor y acreedor alimentario en el mismo momento, sobre todo si tomamos con

base que la reciprocidad se refiere a la necesidad de sustento de un individuo frente al otro que esté en posibilidad de otorgarle los satisfactores necesarios.

Así se puede establecer que quien a otorgado una pensión, con el objeto de cumplir una obligación alimentaria, esta en posibilidad de pedir que se le proporcionen alimentos en un momento distinto de aquél en el cual los otorgó.

b) Proporcionalidad.- La presente característica está consagrada en el artículo 311 del Código en cita, es la finalidad de mantener un equilibrio entre las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor, en que van implícitos los criterios de aplicabilidad de la obligación que nos ocupa, esto es, el estado de necesidad del alimentista, la determinación de lo mínimo exigible para satisfacer sus necesidades de acuerdo a su nivel de vida de éste, para evaluar la posibilidad de satisfacer las necesidades de aquél.

Con la reforma llevada a cabo por el legislador el 25 de mayo del 2000, el artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal se estableció un reajuste automático a las pensiones establecidas por convenio o sentencia, con el fin de que dicha proporcionalidad continúe vigente a través del tiempo en que la relación alimentante-alimentista exista.

Así, queda establecido que la pensión alimenticia se equipare al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, excepto cuando el deudor alimentario no obtuvo un incremento en sus ingresos en la misma proporción, en este caso la pensión se deberá ajustar a la situación concreta. Por ello, la carga alimenticia debe tener una justa proporción y un sano equilibrio entre dos manifestaciones externas, una la posibilidad y la otra la necesidad; de esta manera podemos establecer que por un lado el acreedor alimentario debe recibir lo necesario para su manutención y por el otro, el deudor no debe sacrificar su propio sustento por atender el de aquél. De no contar con los recursos económicos suficientes el deudor para satisfacer las necesidades del acreedor, la obligación deberá ser cubierta como lo señalan los artículos 303-306 del Código Civil para el Distrito Federal.

c) Divisibilidad.- La obligación es divisible cuando tiene por objeto una prestación susceptible de cumplirse parcialmente. La obligación alimentaria es divisible en virtud de que puede fraccionarse parcialmente entre los diversos deudores que en un momento determinado están obligados hacia el acreedor, ya que los alimentos pueden otorgarse mediante pagos periódicos en forma semanal, quincenal o mensual, siendo perfectamente divisible dicha obligación entre todos los deudores.

Lo anterior nos demuestra que la obligación de otorgar alimentos puede ser satisfecha por uno o varios individuos a la vez, dependiendo de las posibilidades económicas de los obligados y de las necesidades que tengan los

acreedores para recibirlos, así lo establece el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 312 y 313.

d) Inembargabilidad.- Los alimentos son inembargables, dada la necesidad que de ellos tiene el acreedor alimentario y, por lo tanto, deben ser protegidos de los intereses que otros deudores de dichos acreedores pudieren tener sobre tales recursos.

El fundamento legal que nos permite considerar a los alimentos con el carácter de inembargable, es que estos tienen una función social, son de orden público y tienen por objeto permitir que el acreedor alimentario pueda subsistir y satisfacer sus necesidades; de lo anterior se desprende que el derecho a alimentos es inembargable, pues en caso contrario se privaría a la persona de lo necesario para subsistir, principio que iría en contra del derecho y de toda justicia.

Así lo reconoce el artículo 544 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en sus fracciones XII y XIII que dicen textualmente lo siguiente:

“Quedan exceptuados de embargo:

XII. La renta vitalicia, en los términos establecidos en los artículos 2785 y 2787 del Código Civil;

XIII. Los sueldos y el salario de los trabajadores en los términos que establece la Ley Federal del Trabajo, siempre que no se trate de deudas alimenticias o responsabilidad proveniente de delito.”

Aún cuando ésta última fracción permite embargar los salarios por alimentos, el derecho en sí mismo no es embargable.

La fracción XII nos remite a los artículos 2785 y 2787 del Código Civil para el Distrito Federal que establecen en este sentido lo siguiente:

“Artículo 2785. Solamente el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta a embargo por derecho de un tercero.”

“Artículo 2787. Si la renta se ha constituido para alimentos, no podrá ser embargada sino en la parte que a juicio del Juez exceda de la cantidad que sea necesaria para cubrir aquéllos, según las circunstancias de la persona.”

Con lo anterior citado queda establecido el carácter de inembargabilidad que presentan los alimentos, ya que suponen el estado de necesidad del acreedor alimentista, por tanto, la pensión alimenticia es la garantía de subsistencia del alimentista y no puede ser garantía de pago de otros créditos.

e) **Imprescriptibilidad.**- El artículo 1160 del Código Civil para el Distrito Federal establece que la obligación de dar alimentos es imprescriptible, esto es, no tiene tiempo determinado de nacimiento ni de extinción y por ello no es posible que corra la prescripción, en virtud de que surge de la relación de necesidad del acreedor y capacidad del deudor alimentario y subsistirá mientras se den estos dos factores sin importar el transcurso del tiempo. Con ello se puede explicar el carácter imprescriptible de la obligación de otorgar alimentos. Por lo que se refiere a la prescripción de las pensiones alimenticias vencidas, los artículos señalados con los números 2950 y 2951 del mismo ordenamiento previenen que la transacción que versa sobre el derecho de recibir alimentos será nula, pero podrá hacerse transacción sobre cantidades vencidas.

De lo anterior se puede deducir que el derecho que se tiene para exigir alimentos no se extingue por el transcurso del tiempo, en tanto subsistan las causas que motiven la prestación citada, en virtud de que dada su propia naturaleza se va originando diariamente, por ello tiene el carácter de imprescriptible, asimismo el artículo 1162 del ordenamiento en consulta señala que las prestaciones alimenticias vencidas prescriben en cinco años.

f) **Carácter personalísimo.**- La obligación alimentaria es personalísima, en virtud de que depende de forma exclusiva de las circunstancias individuales en las que se encuentren el acreedor y el deudor respectivamente, lo anterior se puede explicar porque los alimentos se confieren a una persona determinada en razón de sus necesidades, por otra u otras personas igualmente determinadas, tomando en cuenta su carácter de pariente o de cónyuge y asimismo sus posibilidades económicas. Este carácter está contemplado en los artículos 302 al 306 del Código en estudio, mismos que se refieren a los sujetos de la obligación alimentaria.

Así se puede establecer que las calidades de cónyuge o pariente son esencialmente personales e intransmisibles, por ello, los efectos derivados de la relación familiar adquieren esa misma característica y sólo por imposibilidad o a falta del obligado, la obligación recaerá sucesivamente en los demás que contempla el Código Civil respectivo.

g) **Intransigibilidad.**- Sobre este particular tratan los artículos 321, 2950 fracción V, así como el 2951 del Código Civil, ya que todos ellos regulan el carácter intransigible de los alimentos. El primero de ellos señala que el derecho de recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción. El segundo afirma lo anterior en su fracción V, estableciendo que serán nulas las transacciones que versen sobre el derecho de recibir alimentos.

El tercer artículo citado hace referencia a que podrá haber transacción sobre cantidades ya vencidas de alimentos.

La obligación de otorgar alimentos es de orden público y de interés social, por ello, la pensión alimenticia tomada como base del sustento de cualquier

individuo no puede ser sujeta a transacción; sin embargo cuando se trata de pensiones alimenticias vencidas, por el hecho de transformarse en créditos, pierden la característica de orden público y por lo tanto son susceptibles de transarse (artículo 2951 del Código Civil para el Distrito Federal).

h) **Preferente.-** Esta característica se refiere a que la obligación alimentaria debe ser cumplida con antelación a otras deudas a favor de todo acreedor que acredite plenamente su parentesco.

Para ello es necesario que se establezca el orden en que deben otorgarse los alimentos con relación a otras obligaciones, para que de esta manera puedan garantizarse y proporcionarse a una persona determinada.

Así, el artículo 311 Quáter del Código en estudio, manifiesta: "Los acreedores alimentarios tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga dicha obligación, respecto de otra calidad de acreedores".

Aún cuando el artículo anterior establece que los alimentos son preferentes, las deudas contraídas con el propósito de proporcionar alimentos a una persona pierden esa característica de preferencia para ser sometidas a un concurso de acreedores.

El mismo ordenamiento establece que existen acreedores preferentes omitiendo a los de carácter alimentario, pues el artículo 2993 no los cita como tales, mencionándolos posteriormente como acreedores de primera clase.

Por su parte, el artículo 2994 del Código en cita, al referirse a los créditos preferentes establece que una vez que se hayan pagado éstos y, en caso de que sobren bienes, con ellos se pagará a los acreedores por alimentos, lo anterior se desprende del artículo citado, pues textualmente manifiesta:

"Artículo 2994. Pagados los acreedores mencionados en los dos Capítulos anteriores y con el valor de todos los bienes que queden, se pagarán:

V. El crédito por alimentos fiados al deudor para su subsistencia y la de su familia, en los seis meses anteriores a la formación del concurso;

VI. La responsabilidad civil en la parte que comprende el pago de los gastos de curación o de los funerales del ofendido y las pensiones que por concepto de alimentos se deban a sus familiares. En lo que se refiere a la obligación de restituir, por tratarse de devoluciones de cosa ajena, no entra en concurso, y por lo que toca a las otras indemnizaciones que se deban por el delito, se pagarán como si se tratara de acreedores comunes de cuarta clase".

De lo anterior, se puede deducir que cuando se trate de realizar pagos por concepto de alimentos, y por ser un medio para la subsistencia de un individuo, gozará de la característica de preferencia, mientras que cuando se hayan

contraído adeudos por alimentos tendrá que someterse a concurso de acreedores.

i) **Incompensabilidad.-** Para explicar esta característica es necesario citar los artículos 2185 y 2192 del Código Civil, pues en nuestro derecho existe una forma de extinguir las obligaciones que se denomina compensación, misma que procede cuando dos personas son deudores y acreedores entre sí, a saber son las siguientes:

“Artículo 2185. Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho”.

Aún cuando la compensación es una forma de terminar con las obligaciones, la misma no surtirá efecto cuando se trate de alimentos, así lo prevé el siguiente artículo que a continuación se menciona:

“Artículo 2192. La compensación no tendrá lugar:

III. Si una de las deudas fuere por alimentos”.

Es obvio que la compensación no puede tener lugar, pues se dejaría al acreedor alimentario sin lo necesario para subsistir, es decir, la obligación alimentaria debe persistir hasta que éste pueda valerse por sí mismo, por ello, la obligación no puede extinguirse por compensación, pues las necesidades del acreedor alimentario pueden cambiar en un momento determinado, siendo de elemental justicia el prohibir la compensación con otra deuda.

j) **Asegurabilidad.-** Como ha quedado establecido, la obligación de dar alimentos tiene como objeto conservar la vida del acreedor alimentario, en este sentido el Estado se interesa en que tal obligación se cumpla a través de los medio legales de garantía existentes, ya sea por medio de hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante para cubrir los alimentos, es decir, cualquier tipo de garantía suficiente a juicio del juez.

Sin embargo, los menores o incapacitados no pueden comparecer por sí mismos ante el Juez de lo Familiar para solicitar la pensión alimenticia que les corresponde. Ante esta circunstancia, nuestra legislación faculta a determinadas personas para que intervengan en la solicitud de alimentos para una o varias personas, así lo determinan los artículos 315 y 316 del Código Civil para el Distrito Federal que textualmente dice:

“Artículo 315. Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

I. El acreedor alimentario;

II. El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor;

III. El tutor;

IV. Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;

- V. La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario, y
- VI. El Ministerio Público".

"Artículo 316. Si las personas a que se refieren las fracciones II, III IV y V del artículo 315 no pueden representar al acreedor alimentario en el juicio en que se pida el aseguramiento de alimentos, se nombrará por el Juez de lo Familiar tutor interino".

La preocupación del legislador por los menores así como por los incapacitados se pone de manifiesto en los dos artículos anteriores, pues tomando en cuenta las necesidades vitales que éstos tienen, se autoriza a determinadas personas para que soliciten alimentos a nombre de los necesitados, evitando de esta forma que el obligado a otorgarlos evada su cumplimiento dejando con ello en estado de indigencia a sus acreedores.

En materia laboral también existe una excepción a la regla que prohíbe los descuentos en los salarios de los trabajadores, ésta se encuentra expresada en el artículo 110, fracción V de la Ley Federal del Trabajo, que textualmente establece lo siguiente:

"Artículo 110. Los descuentos en los salarios de los trabajadores están prohibidos, salvo en los casos y con los requisitos siguientes:

- V. Pago de pensiones alimenticias a favor de la esposa, hijos, ascendientes y nietos, decretado por la autoridad competente".

De lo anterior se puede deducir que nuestra legislación, previniendo el Estado de necesidad del acreedor y tomando en cuenta las posibilidades económicas del deudor alimentario, obligue a éste último a garantizarle los recursos necesarios al primero para poder subsistir. Lo anterior se justifica, en virtud de que la Ley impone a los parientes más próximos la obligación de proporcionarse los medios de vida cuando concurren determinadas circunstancias; esta obligación se funda en la relación de parentesco entre el alimentista y el obligado a la prestación. Así se puede concluir que si entre los miembros de la sociedad la obligación de la asistencia es un deber moral, en el marco de la relación familiar la obligación adquiere un carácter legal, de esta forma se justifica el principio que se explica en estas líneas.

k) **No se extingue por su cumplimiento.**- Las obligaciones en general se extinguen por su cumplimiento, sin embargo y en relación a los alimentos esto no sucede, en virtud de que siendo vital la necesidad de alimentarse, vestirse, así como satisfacer todas las necesidades que comprenden los alimentos en el aspecto legal; por ello, la obligación continúa en tanto subsiste la necesidad del acreedor y la posibilidad económica del deudor, por lo tanto, se puede decir que la obligación alimentaria es de tracto sucesivo, porque se requiere que las prestaciones debidas sean proporcionadas con cierta periodicidad, normalmente

se otorgan cada mes, siendo facultad exclusiva determinarla el Juez competente, que en este caso se trata de un Juez Familiar.

l) Irrenunciabilidad.- La obligación alimentaria no puede ser objeto de renuncia, toda vez que se trata de un derecho al que no se puede renunciar a futuro, aunque sí a las pensiones vencidas. Esto se explica porque en relación predomina el interés público, mismo que exige que a la persona necesitada se le otorgue lo necesario para su sustento, y permitir su renuncia equivaldría a dar autorización al acreedor alimentario a morir de hambre, ello aunado a que de ser así, la carga que pesa sobre las instituciones públicas se haría más onerosa.

Sobre este particular, el Código Civil en estudio, manifiesta en sus artículos 321 y 1372, lo siguiente:

“Artículo 321. El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción”.

“Artículo 1372. El derecho de percibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción. La pensión alimenticia se fijará y asegurará conforme a lo dispuesto en los artículos 308, 314, 316 y 317 de este Código, y por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada corresponderían al que tenga derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos. Si el testador hubiere fijado la pensión alimenticia, subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del mínimo antes establecido. Con excepción de los artículos citados en el presente Capítulo, no son aplicables a los alimentos debidos por sucesión, las disposiciones del Capítulo II, Título VI del Libro Primero”.

Así se puede observar que el derecho a recibir alimentos no es un simple derecho individual sujeto a la libre disposición del particular, se trata de un derecho protegido por razón y en vista de un interés público y aún en contra de la voluntad de su titular.

c) PERSONAS OBLIGADAS A DAR ALIMENTOS.

En la relación alimentaria existe el sujeto activo o acreedor alimentario y el sujeto pasivo o deudor alimentario, existiendo la posibilidad de que se pueda dar una pluralidad de sujetos tanto activos como pasivos. Las personas obligadas recíprocamente a darse alimentos son las siguientes: cónyuges, concubinos, ascendientes y descendientes sin limitación de grado, colaterales consanguíneos hasta el cuarto grado, adoptante y adoptado.

a) Cónyuges.- Son los primeros obligados recíprocamente a darse alimentos entre sí y de contribuir al sostenimiento del hogar en proporción a sus posibilidades. Si cualquiera de los deudores careciera de bienes propios todos los gastos serán por cuenta del otro.

Ambos son responsables del pago de las deudas contraídas por cualquiera de los consortes para el sostenimiento del hogar y de sus hijos menores, teniendo derecho preferente al acreedor alimentario sobre los bienes de su cónyuge, sus productos, salarios, sueldos y emolumentos, para hacerse pago de las cantidades que por alimentos le corresponde recibir.

Se puede establecer que la obligación de proporcionarse alimentos entre cónyuges subsiste aún después de que se haya roto el vínculo entre ellos; aún cuando el divorcio extingue la relación matrimonial, la obligación alimentaria subsiste en algunos casos, en este aspecto el Código Civil para el Distrito Federal menciona en su artículo 288, último párrafo lo siguiente:

“En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato”.

El mismo artículo prevé que en caso de divorcio necesario, el Juez tomando en cuenta algunos aspectos esenciales en cada caso, tales como la situación económica tanto del hombre como de la mujer, así como su capacidad para trabajar, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente.

Por otro lado, y en relación a la obligación de otorgar alimentos por parte del cónyuge varón, la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece en una de sus jurisprudencias lo siguiente:

“El marido tiene la obligación de alimentar a la mujer y a los hijos, quienes tienen a su favor la presunción de necesitar los alimentos, salvo prueba en contrario. La obligación cesa cuando los acreedores ya no tienen necesidad de ello, pero la carga de la prueba corresponde en estos casos al deudor”⁹

Esto se justifica plenamente en razón de que siendo los alimentos la primera y más importante de las relaciones familiares, los sujetos primarios de la relación son los propios cónyuges, ya que siempre se ha considerado al matrimonio como una forma legal de creación de una nueva célula familiar.

b) Concubinato.- Los concubinos también están obligados a darse alimentos en forma recíproca, así lo señala el artículo 302 del Código Civil vigente para el Distrito Federal cuando se cumplan los requisitos que establece el artículo 291 Bis del ordenamiento señalado, el cual manifiesta: “La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan

⁹ Amparo Directo 3278/1974. Alfonso Emanuel Vallarta Godoy, Febrero 2 de 1976. 5 votos. Ponente: Maestro J. Ramón Palacios Vargas. 3ª Sala. Informe 1976. Segunda Parte. Tesis 15. Página 17.

inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos lo demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios".

En este sentido, Manuel Chávez Ascencio manifiesta "La obligación alimentaria deriva del compromiso jurídico, público y permanente de la vida conyugal que es el matrimonio, que está sancionado en la Ley, y por las características señaladas se da seguridad y plena protección a los cónyuges. En el concubinato no hay compromiso jurídico alguno, es un simple hecho, en el que ciertamente interviene la voluntad, pero no la voluntad que genera un compromiso jurídico, razón por la cual se estima que los alimentos tienen un carácter de indemnización, especialmente si se contempla que la mujer justifica su derecho por la labor que realiza en la casa, atendiendo a los hijos y el hogar, que le impide obtener remuneración económica".¹⁰

El mismo autor manifiesta que los alimentos entre concubinos deben cumplirse especialmente para la concubina, por ser quien los necesita, pues normalmente se dedica a los deberes del hogar y a la atención de los hijos, impidiéndole dedicarse al trabajo remunerado, en virtud de que le absorbería el mayor tiempo disponible y esto traería como consecuencia que se alejara de su deber material, siendo este punto totalmente justificado, y en este sentido señala: "Estimo que los alimentos entre concubinarios tienen un carácter y naturaleza distinta a la existente entre cónyuges. Se da entre ellos, especialmente a favor de la concubina, como indemnización en una situación de hecho ilícita".¹¹

Como consecuencia de lo anterior se puede concluir que los concubinos tienen derecho a los alimentos, pero en forma restringida, depende de algunas situaciones específicas como la temporalidad de dos años o que hayan procreado hijos entre ellos o dependiendo también de su situación económica. En caso de que decidan separarse, los artículos 291 Quáter y 291 Quintus manifiestan al respecto, lo siguiente:

"Artículo 291 Quáter. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes".

"Artículo 291 Quintus. Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el

¹⁰ MANUEL CHAVEZ ASCENCIO. "La Familia en el Derecho". (Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares). Editorial Porrúa. 2ª Edición. México. 1990. Pág. 480.

¹¹ Ibidem. Pág. 471.

concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato”.

c) **Ascendientes con relación a los descendientes.**- En este aspecto se establece que los padres tienen la obligación de proporcionar alimentos a sus hijos, aún cuando existan algunos ascendientes inmediatos con capacidad económica para contribuir a ello, es decir, independientemente de la ayuda que den otros parientes.

A este respecto Sara Montero señala lo siguiente: “El deber de los padres de ministrar alimentos a sus hijos deriva de la procreación, pues no existe mayor responsabilidad para cualquier sujeto que dar la existencia a nuevos seres. No hay otro ser en nuestro mundo más desvalido que el humano al nacer. Para subsistir necesita cuidados y nadie está más obligado a los mismos, que los autores de su existencia: sus progenitores”.¹²

De lo anterior se puede deducir que los hijos deben vivir al lado de sus padres, esto es, en el seno de la familia, por ello se establece que la forma de cumplir con los alimentos sea la comentada por parte de los ascendientes.

Para el caso del divorcio de los padres, la legislación mexicana prevé que la obligación de éstos quede garantizada, pues señala que el juzgador que conozca del juicio de divorcio y mientras se resuelve, deberá dictar las medidas pertinentes para asegurar la subsistencia de los hijos y a quienes hay obligación de alimentar, así lo establece el artículo 282, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal.

Por su parte el artículo 287 del mismo ordenamiento indica que una vez ejecutoriado el divorcio, los consortes divorciados continúan con la obligación de alimentar a sus hijos en proporción a sus bienes e ingresos, hasta que sus descendientes lleguen a la mayoría de edad.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio, tendrán derecho a exigir alimentos en vida de sus progenitores, y a la muerte de ellos podrán exigir el pago de la pensión alimenticia que les corresponde como descendientes en primer grado, siempre y cuando hayan sido reconocidos por el padre, la madre o ambos, así lo manifiesta el artículo 389 del Código de referencia.

La obligación alimentaria que se impone a los padres respecto de sus hijos nace de la filiación. La prestación de alimentos del padre y de la madre a favor de sus hijos no requiere que el descendiente menor de edad deba probar que carece de medios económicos para exigir que aquélla obligación se haga

¹² SARA MONTERO DUHALT. “Derecho de Familia”. Editorial Porrúa. 5ª Edición. México. 1992. Pág. 75.

efectiva, basta que el hijo pruebe su situación como tal y su Estado de minoridad para que sus padres cumplan con la obligación de proporcionarle alimentos.

Sin embargo, los menores o incapacitados no pueden comparecer por sí mismos ante el Juez de lo Familiar para solicitar la pensión alimenticia que les corresponda; ante esta circunstancia, nuestra legislación faculta a determinadas personas para que intervengan en la solicitud de alimentos para una o varias personas, así lo determinan los artículos 315 y 316 del Código Civil para el Distrito Federal, que señalan:

“Artículo 315. Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

- I. El acreedor alimentario;
- II. El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor;
- III. El tutor;
- IV. Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;
- V. La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario, y
- VI. El Ministerio Público”.

“Artículo 316. Si las personas a que se refieren las fracciones II, III IV y V del artículo 315 no pueden representar al acreedor alimentario en el juicio en que se pida el aseguramiento de alimentos, se nombrará por el Juez de lo Familiar tutor interino”.

Primordialmente los padres son los primeros obligados a proporcionar alimentos para sus hijos, sin embargo la propia legislación establece que cuando estén imposibilitados los padres o a falta de ellos, la obligación recaerá en los demás ascendientes por ambas líneas que se encuentren más próximos en grado, así lo señala el artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal.

d) **Descendientes con relación a los ascendientes.**- Atendiendo al principio de reciprocidad que tienen los alimentos, los hijos deben otorgar alimentos a sus padres en el caso de que éstos últimos los necesiten, así el Código de referencia señala que a falta o cuando exista imposibilidad de los hijos, la obligación recaerá en los descendientes que se encuentren más próximos en grado (art. 304).

En este punto, Giorgio Del Vecchio afirma al respecto: “Ya por el nacimiento del individuo se establece una relación que constituye un vínculo de justicia entre los progenitores y el venido a la vida. Los primeros no pueden eximirse de la obligación de asistir al nuevo ser hasta que se haya formado de modo pleno. No se trata de una mera relación moral, sino, conjuntamente, además, de un vínculo jurídico, porque a la obligación de una parte corresponde una válida pretensión o exigencia de la otra”.¹³

¹³ Citado por ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y NOROÑA. “La obligación Alimentaria”. Editorial Porrúa. México. 1989. Pág. 80.

Así se puede señalar que los hijos tienen la obligación de otorgar alimentos a sus padres y ello se justifica plenamente por un principio de ética y plena reciprocidad, casos en que los ascendientes se encuentran por enfermedad u otras circunstancias, ya que los hijos recibieron tanto la vida como la subsistencia por muchos años, que es lo que se lleva la formación de un ser humano, hasta que se pueda valer por sí mismo.

e) **Colaterales.-** El artículo 305 del Código Civil establece que: "A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre; en defecto de éstos, en los que fueren de madre solamente, y en defecto de ellos, en los que fueren sólo de padre. Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de suministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado". Ello en virtud de que los colaterales más cercanos en grado son los hermanos.

Los colaterales tienen obligación de otorgar alimentos a los menores de edad, así como a los incapacitados, extinguiéndose ésta en relación a los primeros, cuando lleguen a la mayoría de edad y por lo que respecta a los segundos, mientras subsistan las circunstancias que dieron lugar a la obligación (artículo 306).

f) **Adopción.-** En este tipo de parentesco la forma de otorgarse alimentos es también recíproca según las necesidades del acreedor y las posibilidades económicas del deudor, esta obligación se crea únicamente entre adoptante y adoptado, dado que este parentesco crea los mismos derechos y obligaciones que el parentesco legítimo entre padre e hijo.

El Código de la materia en estudio establece en forma precisa que el adoptante debe tener más de veinticinco años de edad, libre de matrimonio y en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda adoptar a uno o más menores o en su caso a un incapacitado, aún cuando éste último sea mayor de edad, debiendo existir como mínimo diecisiete años de diferencia entre el adoptante y el adoptado a favor del primero.

El mismo ordenamiento manifiesta que deben existir los medios económicos suficientes por parte del adoptante para proveer de todo lo necesario al adoptado, que el primero debe gozar de buenas costumbres para que se pueda autorizar la adopción, que ambos cónyuges (en caso de cumplir con lo establecido por la legislación civil correspondiente) estén de acuerdo para considerar al adoptado como su propio descendiente, de la misma forma el adoptante estará en posibilidad de darle nombre y sus apellidos al adoptado, debiéndose establecer así en el acta de adopción respectiva (arts. 390, 391 y 395 segundo párrafo del Código Civil para el Distrito Federal).

d) CASOS EN QUE CESA LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS.

El Código Civil en su artículo 320 señala las causas por las cuales se puede suspender o dar por concluida la obligación de otorgar alimentos, que se describen en el siguiente apartado:

"Artículo 320. Se suspende o cesa, según el caso, la obligación de dar alimentos, por cualquiera de las siguientes causas:

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos;
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad;
- V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.
- VI. Las demás que señale este Código u otras leyes".

De lo anterior, encontramos que existen varias formas por medio de las cuales se puede suspender o cesar la obligación de otorgar alimentos a una o varias personas.

a).- Si tomamos en cuenta que el nacimiento de la obligación requiere de que exista la necesidad del acreedor para recibirlos, así como de las posibilidades del deudor para satisfacerlas, es evidente que a falta de recursos para proporcionar dicho sustento al acreedor, sea una causa justa para que cese dicha obligación; en estas circunstancias la carga de la prueba recaerá directamente sobre el deudor alimentario, toda vez que éste debe demostrar su imposibilidad para cumplirla. En este caso la obligación recaerá en las personas que previamente señala la legislación respectiva.

b).- La segunda causa es obvia, pues cuando una persona puede satisfacer por sí misma sus necesidades, no hay razón para solicitar alimentos, ya que en este caso específico la solicitud no procedería, pues la legislación civil declara al respecto y establece las causas concretas en las cuales existe este derecho.

c).- El legislador sanciona al acreedor que comete actos de ingratitud, violencia familiar, injuria u ocasiona daños graves a su deudor, privándolo del derecho para recibir o exigir alimentos de aquél, pues como lo señala Manuel F. Chávez, "No es posible que el obligado siga dando alimentos cuando el acreedor lo esté injuriando o le produzca daños graves. Existe un deber de gratitud del acreedor hacia el deudor quien tiene una obligación jurídica y moral, que se impone por la consanguinidad, lazos de cariño y afectos que existen en esta relación alimentaria".¹⁴

¹⁴ Ob. Cit. MANUEL F. CHÁVEZ ASENSIO. "La Familia en el Derecho". (Relaciones Jurídicas Conyugales). Págs. 490 y 491.

En este aspecto se justifica plenamente que cese la obligación alimentaria por parte del deudor hacia el acreedor, ya que éste último en la hipótesis comentada dio lugar a la situación mencionada, pues de lo contrario iría en contra de la propia integridad física, así como del patrimonio del propio deudor alimentario.

d).- Es justo y razonable que la vagancia y el vicio sean causas de terminación de la obligación alimentaria, pues no es posible que el acreedor alimentario pretenda subsistir a costa del esfuerzo de los demás, sin demostrar responsabilidad por sí mismo, su familia y la propia sociedad, pues en el caso de la conducta viciosa, la necesidad de alimentos es resultado del libertinaje y otorgar alimentos sería aprobar su conducta. Por lo que se refiere a la falta de aplicación al trabajo, sus necesidades las puede satisfacer por sí mismo cuando se decida a laborar en el empleo que él mismo elija, en la medida que pueda desarrollarlo de acuerdo sus posibilidades y capacidad tanto física como intelectual.

e).- Si el acreedor alimentario abandona la casa del deudor sin el consentimiento de éste último, y sin que exista alguna causa justificada para ello, hará que cese la obligación del deudor alimentario.

e) ALIMENTOS EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

El divorcio por mutuo consentimiento se encuentra establecido en el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual nos dice que: "Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio"; y acompañen también el convenio a que hace referencia el mismo precepto legal. Esto significa que deben recurrir a este tipo de divorcio aquéllos que, independientemente de que sean mayores o menores de edad, tengan hijos y no hubieren liquidado su sociedad conyugal.

"El Código de Procedimientos Civiles contiene reglamentación especial para el divorcio por mutuo consentimiento, que se encuentra en el Título Undécimo (Arts. del 674 al 682 inclusive), que está separado de la jurisdicción voluntaria, por lo que no debe considerarse como tal. Es un procedimiento especial para esta materia".¹⁵

En relación a los alimentos para el cónyuge en el divorcio por mutuo consentimiento, el convenio debe estipular en sus cláusulas lo señalado por el artículo 273, fracción V el cual establece: "La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II".

¹⁵ Ibidem. Pág. 472.

Como podemos observar, "el artículo 273 no habla del marido como obligado a dar alimentos a la esposa durante el procedimiento de divorcio, sino que la fracción V se refiere al cónyuge deudor que deberá otorgar alimentos al cónyuge acreedor, sin decirnos quien puede ser deudor, y quien puede ser acreedor"¹⁶. Por tal motivo, nos remitiremos al artículo 288 del mismo ordenamiento legal para establecer el derecho a la pensión alimenticia para un cónyuge, tanto en el divorcio necesario como en el divorcio por mutuo consentimiento.

"Según las reglas generales podrá haber cónyuge deudor y cónyuge acreedor, y un cónyuge estar necesitado por carecer de bienes y de trabajo, y el otro estar en condiciones, por tener bienes o por recibir ingresos en virtud de su trabajo, de dar alimentos, y entonces, podrá ser el hombre, podrá ser la mujer, quien respectivamente asuma la calidad de cónyuge deudor o cónyuge acreedor".¹⁷

En el convenio ha que hace referencia el artículo 273 en su fracción V, debe fijarse la cantidad o porcentaje de la pensión alimenticia que un cónyuge proporcionará al otro para solventar sus necesidades; a este respecto el artículo 288 en su último párrafo nos menciona que en el caso de divorcio voluntario por vía judicial o también llamado divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, y que este derecho lo disfrutará siempre y cuando no perciba ingresos o los que perciba no le sean suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. En este precepto no se menciona el derecho que tiene el varón para recibir alimentos tratándose del mismo tipo de divorcio; ya que con la reforma llevada a cabo por el legislador el 25 de mayo del 2000 se omitió este derecho, aclarando que sobre este punto habremos de referirnos en los capítulos posteriores, al analizar este artículo en particular.

La cantidad aportada por uno de los cónyuges a título de alimentos se puede incrementar de acuerdo al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, si así lo conviniere salvo que el obligado alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción.

Por otro lado, y como quedó señalado anteriormente el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, en especial el relativo a los alimentos que debe otorgar un cónyuge al otro en el divorcio por mutuo consentimiento, será estudiado con todo detenimiento en los capítulos posteriores, ya que este es nuestro objetivo principal de la tesis, por lo que se hará un análisis profundo de las diversas reformas que ha sufrido el precepto en cita en materia de alimentos.

¹⁶ Ob. Cit. RAFAEL ROJINA VILLEGAS. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Pág. 404.

¹⁷ Ibidem. Págs. 404 y 405.

CAPITULO IV.

CRÍTICA A LAS DIVERSAS REFORMAS HECHAS POR EL LEGISLADOR AL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Antes de entrar al estudio sobre las reformas que sufrió el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, consideramos necesario hacer una reseña sobre las leyes anteriores, esto es, sobre los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como la Ley de Relaciones Familiares de 1917, exponiendo las diferentes modificaciones que sufrieron los artículos relacionados con la pensión alimenticia entre los cónyuges y con el divorcio, así como la tramitación y el procedimiento del mismo.

En el Código Civil de 1870 y más concretamente en el capítulo de alimentos ya se tenía una concepción sobre esta figura, porque el artículo 222 del Código en cita nos establecía que: "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad". Ante lo cual el legislador no sólo se limitaba a señalar que los alimentos son los que el hombre necesita para su nutrición, sino que además requiere de un elemento económico que le sirva de sustento en su aspecto no sólo biológico, sino social, moral y jurídico.

Por otra parte, el Código en comento nos establece que los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos, esto es, que en relación a este aspecto ya se contemplaba el principio de proporcionalidad, es decir, que la finalidad de este precepto es mantener un equilibrio entre las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor.

Para finalizar el capítulo de alimentos, el multicitado Código contemplaba dos alternativas para hacer cesar la obligación de proporcionar alimentos, las cuales son:

- I Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla; y
- II Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos.

Estos dos supuestos, a pesar de la época en que fueron legislados, contienen las circunstancias necesarias por las cuales se da por terminada la obligación de proporcionar alimentos; ya que en el primer supuesto no se le puede obligar al deudor alimentario a seguir ministrando alimentos cuando carece de los medios necesarios siquiera para la subsistencia de él mismo, por lo que es causa bastante para hacer cesar la deuda. En el segundo supuesto, y como la finalidad de los alimentos es proveer a la subsistencia diaria del acreedor alimentario, es obvio que la obligación y el derecho correlativo son susceptibles

de cambio en atención a las diversas circunstancias que determinan la variación en las posibilidades del deudor alimentista y en las necesidades del propio acreedor, por lo tanto, el deudor debe acreditar la existencia de causas posteriores a la fecha en que se fijó la pensión, y que hayan determinado un cambio en las posibilidades económicas del acreedor, y por ende, terminar con la obligación de seguir proporcionando los alimentos, puesto que el acreedor alimentista deja de necesitarlos, ya que cuenta con los ingresos suficientes para su manutención.

Por otro lado, y en lo que respecta al divorcio, el Código Civil de 1870 señala en su artículo 239, lo siguiente: "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". Como se puede observar, el precepto en cuestión no acepta el divorcio vincular reglamentando sólo el divorcio por separación de cuerpos, esto es, que cuando ambos consortes convengan en divorciarse en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito ante el juez competente, ya que de lo contrario, aunque vivan separados, se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

El ordenamiento civil en comento ya establecía el divorcio por mutuo consentimiento, pero éste no era permitido u otorgado cuando el matrimonio tuviera más de veinte años de haberse constituido legalmente, o cuando la mujer tuviera más de cuarenta y cinco años de edad. Si los consortes piden de conformidad su separación del lecho y habitación, tendrán que acompañar a su demanda un escrito en el que arreglen la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación y bajo previa aprobación judicial. La separación no puede pedirse sino pasados dos años contados a partir de la celebración del matrimonio.

Otra condición que establece el Código Civil de 1870 es que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de un año después de que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde su demanda.

Una de las innovaciones que contenía este Código es que al admitirse la demanda de divorcio se contemplaban algunos efectos provisionales, los cuales eran:

- + Separar a los cónyuges en todo caso;
- + Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el divorcio. La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio, no supone culpa de la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya;
- + Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios a la mujer;

+ Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que queden encinta.

Para finalizar, y en lo que respecta a la pensión alimenticia que debía otorgar el cónyuge varón a su mujer después de decretado el divorcio, el artículo 275 señalaba que: "Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos, aún cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente". Asimismo, el artículo 276 nos dice que: "Cuando la mujer de causa para el divorcio, conservará el marido la administración de los bienes comunes y dará alimentos a la mujer, si la causa no fuere adulterio de ésta"; es decir, que aunque la mujer fuere culpable, no obstante, tendrá el derecho de recibir alimentos, ante lo cual el esposo a pesar de ser el cónyuge inocente, se ve obligado a proporcionarlos a su mujer, excepción hecha si la mujer cometiere adulterio.

El Código Civil de 1884 continuó con los mismos preceptos relacionados con los alimentos, por lo que no existe ningún cambio de importancia respecto de esta figura.

Por otro lado, y en relación al divorcio, el Código en comento sigue en su lineamiento de indisolubilidad del matrimonio, es decir, que el divorcio no resuelve el vínculo del matrimonio, sino que sólo suspende algunas de las obligaciones civiles. En cuanto a las causales, el Código Civil de 1870 establecía sólo siete y el Código Civil de 1884 adicionó seis causas más, existiendo pequeñas diferencias como por ejemplo: en el Código Civil de 1870 el abandono del domicilio conyugal sin causa justa era procedente si se prolongaba por más de dos años, y en el Código Civil de 1884 esta causal se redujo al término de un año.

En cuanto al divorcio por mutuo consentimiento, éste se integró como una causa más en el Código Civil de 1884, sin especificar alguna restricción al respecto ya que el Código anterior prohibía este tipo de divorcio cuando el matrimonio tenía más de veinte años de haberse constituido o cuando la mujer tenía más de cuarenta y cinco años de edad.

"Aunque el Código Civil de 1884 reprodujo los preceptos del Código de 1870 en cuanto a la naturaleza, a los efectos y a las formalidades del divorcio, es importante señalar que se redujeron notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio, ya que hizo más fácil la separación de cuerpos".¹

"En el Código Civil de 1870 existía un gran número de juntas o audiencias; y en el Código de 1884 estas audiencias quedaron reducidas a dos y el plazo de tres meses quedó reducido a un mes, además ya no se reprodujo el artículo 258 del Código Civil de 1870 en donde se duplicaban los plazos de tres

¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS. "Derecho Civil Mexicano" (Tomo II. Derecho de Familia). Editorial Porrúa. Séptima Edición. México. D.F. 1987. Pág. 392.

meses señalados por los artículos 248 a 257. La diferencia radical entre ambos ordenamientos, es la de haber facilitado el divorcio por separación de cuerpos”.²

Posteriormente al promulgarse la Ley de Relaciones Familiares de 1917, “se logró un paso definitivo en materia de divorcio, al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble y que el divorcio sí daba término a dicho vínculo permitiendo a los divorciados celebrar nuevas nupcias”.³ Ya que el artículo 75 de dicha Ley contemplaba lo siguiente: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

Por otro lado, y en comparación con los dos ordenamientos civiles anteriores, la Ley de Relaciones Familiares redujo el término de la causal de abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes a seis meses; mientras que el Código Civil de 1870 imponía un lapso de dos años y el Código Civil de 1884 establecía el lapso de un año. A su vez, en estos dos últimos ordenamientos el divorcio sólo podía ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de un año después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda. En la Ley de Relaciones Familiares este plazo se redujo a seis meses.

En relación a la pensión alimenticia que debe otorgar un cónyuge al otro después de decretado el divorcio, la Ley de Relaciones Familiares establece en su artículo 101, lo siguiente: “Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos, mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado de trabajar y no tenga bienes propios con que subsistir. El cónyuge que deba pagar los alimentos podrá librarse de esa obligación, entregando desde luego el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a cinco años”.

El precepto citado da la posibilidad de que la deuda alimenticia pueda liquidarse entregando el importe de la pensión correspondiente a cinco años, en este caso el legislador no toma en cuenta las circunstancias que podrían darse en este lapso de tiempo, y si al término de éste el cónyuge acreedor de la pensión alimenticia cuenta con los medios necesarios para seguir asegurando su subsistencia.

Por otro lado consideramos oportuno mencionar que, el artículo en cita no señala si en el divorcio por mutuo consentimiento también se tiene derecho a alimentos, y quién de los cónyuges debe proporcionarlos. En este sentido, a dictado jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer:

ALIMENTOS PARA LA MUJER EN LOS CASOS DE DIVORCIO VOLUNTARIO.

² Ibidem. Pág. 392.

³ Ibidem. Pág. 392.

Cuando el divorcio haya sido pedido por mutuo consentimiento, la mujer, no puede ejercitar el derecho establecido en el artículo 101 de la Ley de Relaciones Familiares, para exigir alimentos al marido, porque esta disposición presume la culpabilidad del deudor alimentista, que no puede existir tratándose de divorcio voluntario.

Barragán Glafira Amelia. Pág. 675. Tomo XLIX. 29 de julio de 1936. Quinta Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación.

Por último, la Ley de Relaciones Familiares en su artículo 102 "prevenía que los cónyuges recobraban su entera capacidad de contraer nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se haya decretado por causa de adulterio, pues en este caso el cónyuge culpable no podía contraer matrimonio, sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

El artículo 140 prevenía que la mujer no podía contraer matrimonio, sino hasta pasados trescientos días de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió el acto de cohabitación".⁴

a) **CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928.**

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928, en su artículo 266 reproduce el artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, que a la letra dice: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En esta legislación civil de 1928 "debemos distinguir cuatro formas distintas de divorcio, tres de las cuales se encontraban ya reglamentadas en las codificaciones anteriores, consistentes en:

- a) Divorcio necesario.
- b) Divorcio voluntario.
- c) Separación de cuerpos.
- d) Divorcio voluntario de tipo administrativo".⁵

Aunque cabe mencionar que la separación de cuerpos no es propiamente un divorcio de acuerdo con la definición dada en el artículo 266 ya que el vínculo matrimonial perdura, esto es, que la autoridad judicial competente decreta sólo la

⁴ MANUEL F. CHÁVEZ ASENCIO. "La Familia en el Derecho". (Relaciones Jurídicas Conyugales). Editorial Porrúa. Tercera Edición. México. D.F. 1995. Pág. 445.

⁵ Ob. Cit. RAFAEL ROJINA VILLEGAS. "Derecho Civil Mexicano". Pág. 394.

separación en cuanto al lecho y habitación, pero aún subsisten las demás obligaciones civiles que impone el matrimonio.

"Dentro de las causales de divorcio encontramos enumeradas las mismas del Código de 1884 y de la Ley Sobre Relaciones Familiares, con la característica de haberse formulado en términos más claros y utilizando en la fracción VI del artículo relativo, tecnicismos que dan mayor exactitud a su contenido; por lo demás se añadieron nuevas causas de divorcio en las fracciones X, XIV y XVI del artículo 267".⁶

Creemos necesario hacer mención de cómo el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 regulaba el procedimiento para el caso del divorcio por mutuo consentimiento y así obtener una mayor claridad sobre las modificaciones que se fueron realizando en este tipo de divorcio y sobre todo el relativo al pago de alimentos que debe proporcionar un cónyuge al otro.

Pues bien, su tramitación se realiza ante el Juez de lo Familiar y cuando falte alguno de los requisitos señalados para el divorcio administrativo, es decir, cuando los cónyuges independientemente de que sean mayores o menores de edad, tengan hijos y no hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, siendo necesario además que tengan un año de casados.

Es indispensable que cuando se presente la solicitud de divorcio se anexe a la misma el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, el cual textualmente dice:

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 Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- III La casa que servirá de habitación a 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 sociedad después de ejecutoriado el divorcio,

⁶ *Ibidem*. Pág. 394.

así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad”.

Respecto al artículo anteriormente señalado y por ser nuestro principal objetivo el pago de una pensión alimenticia que debe dar un cónyuge al otro en este tipo de divorcio, realizaremos dos comentarios:

PRIMERO.- En cuanto a la obligación de dar alimentos en el divorcio por mutuo consentimiento a uno de los cónyuges, el artículo 273 no habla del marido como obligado a dar alimentos a la esposa durante el procedimiento de divorcio, sino que la fracción IV se refiere al cónyuge deudor que deberá otorgar alimentos al cónyuge acreedor, sin decirnos quién puede ser deudor y quién puede ser acreedor. Dice al efecto la fracción IV en su parte primera del artículo en cita: “La cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el procedimiento,...”. Según las reglas generales, podrá haber cónyuge deudor y cónyuge acreedor, y un cónyuge estar necesitado por carecer de bienes y de trabajo, y el otro estar en condiciones, por tener bienes o por recibir ingresos en virtud de su trabajo, el dar alimentos, y entonces, podrá ser el hombre, podrá ser la mujer, quien respectivamente asuma la calidad de cónyuge deudor o cónyuge acreedor. Aunque en la mayoría de los casos, en este tipo de divorcio, aun cuando no exista en verdad un cónyuge acreedor, por que no tenga necesidades, dado que tengan ambos bienes, por costumbre, para evitar que el juez se oponga al convenio, es el marido el que asume la obligación de darle alimentos a la esposa, durante este breve término del juicio de divorcio. Y es evidente que debe hacerse así para evitar complicaciones indebidas en el procedimiento. Más sin en cambio, se tiene interés en determinar, una vez ejecutoriado el divorcio, si la mujer tiene derecho a exigir alimentos al ex marido, o bien, si un cónyuge podrá exigir alimentos al otro.

SEGUNDO.- Aunado a lo anterior, la misma fracción señala que los alimentos que debe otorgar un cónyuge al otro serán únicamente durante el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, esto es, que el otorgamiento de ellos sólo serán de carácter provisional, por lo que una vez concluido el divorcio, desaparece esa obligación. Por lo tanto, para saber quién de los cónyuges tiene derecho a pedirlos y quién tiene la obligación de proporcionarlos, nos remitiremos al artículo 288 del mismo ordenamiento civil y explicaremos cada uno de los casos en los que se tiene derecho a ellos.

Artículo 288. “En los casos de divorcio, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños o 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”.

Por lo que se refiere al primer párrafo, la pensión alimenticia para la mujer inocente ya no es propiamente en función de sus necesidades porque tenga o no bienes, esté o no en condiciones de trabajar. Por el sólo hecho de ser inocente, así sea una mujer plenamente solvente, su marido tendrá que darle, por haber sido el culpable de divorcio, una pensión de acuerdo con sus posibilidades económicas. Nunca se debe llegar al extremo de compartir o dividir los ingresos del marido, si son los estrictamente necesarios para su subsistencia; y entonces, en los casos de una mujer inmensamente rica que tenga un marido que sólo viva de un sueldo que medianamente le permita sostenerse a él y a sus hijos, no se debe llegar al absurdo de que la cantidad que quedase exclusivamente para el sostenimiento del ex marido, todavía tuviera que compartirla con la mujer, que en lo absoluto la necesita, sólo por el hecho de ser inocente. Aquí sólo por razones de humanidad, para que no pereciere o estuviese en condiciones muy precarias el marido culpable, no tendría que pasar pensión alimenticia a la mujer inocente. Pero el juez sólo debe respetar dentro de los ingresos o los bienes del marido, la cantidad estrictamente necesaria para que pueda subsistir, y siempre que haya una posibilidad, aun cuando sea reducida, de que en el remanente el ex marido comparta con la mujer inocente esa cantidad, el juez tendrá que imponer la pensión alimenticia correspondiente, porque, aquí tiene la finalidad de una sanción, no la de proporcionar propiamente alimentos a una mujer que no los necesita.

Claro está que podría darse el caso de que esta pensión alimenticia decretada en los divorcios por culpa del marido, si cumpla estrictamente con la finalidad general de toda pensión alimenticia, es decir, que sea indispensable para aquella mujer que carezca de bienes y que no esté en condiciones de trabajar. Y entonces, aún en los casos extremos en que los ingresos del marido sólo le permitiesen subsistir a él, tendrá que compartir con la mujer inocente aquella reducida cantidad, porque ambos se encuentran en igual condición de carecer de bienes y, además, aquella se supone que está imposibilitada de trabajar.

En cambio, por lo que ve al marido, no obstante que la mujer sea la culpable, solamente tendrá derecho a alimentos, en tanto y cuanto le sean absolutamente necesarios, porque carezca de bienes y esté imposibilitado para trabajar. Pero se podría presentar la situación contraria: mujer culpable plenamente solvente, y marido inocente que sólo tenga un salario para subsistir. Bastará este salario, no obstante ser el inocente en el divorcio, para que no pueda exigir a su ex mujer pensión alimenticia, no obstante las posibilidades económicas de aquella mujer culpable. Por eso el artículo 288 nos dice:... "El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir."

En el Código Civil de 1884, el artículo 253 decía: "Cuando la mujer dé causa para el divorcio, conservara el marido la administración de los bienes comunes y dará alimentos a la mujer si la falta no fuere adulterio de ésta." Es decir, se permitía que la mujer culpable, cuando la causa no fuere adulterio, no obstante ser la causante del divorcio, que exigiera alimentos al marido. Pero esto se explicaba, porque el divorcio no disolvía el matrimonio y además seguía la sociedad legal respecto a los bienes comunes.

En la segunda parte del primer párrafo del artículo 288 del Código Civil de 1928, que a la letra dice:... "Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito." Y tratándose del divorcio por mutuo consentimiento, "no se responde nunca de daños y perjuicios que cauce el divorcio, porque no son imputables a un determinado cónyuge. No hay cónyuge culpable, ni cónyuge inocente; ambos quieren divorciarse y si ello les va a traer perjuicios, digamos en el orden económico, porque el marido pierda su trabajo, su clientela, etcétera, como represalia de tipo social, estos daños y perjuicios no los puede imputar a la mujer. Ambos han consentido el divorcio, es consecuencia de su voluntad y no se podrá por esto, según la parte final del primer párrafo del artículo en comento, exigir un cónyuge al otro el pago de daños y perjuicios. En cambio, en el divorcio necesario sí. En ocasiones, el cónyuge culpable ocasiona daños y perjuicios morales y económicos al inocente: le trastorna sus negocios, su tiempo, le obliga a salir de un determinado lugar en donde tiene el centro de sus operaciones, etc.; y todos esos daños y perjuicios, serán exigibles por el cónyuge inocente al culpable".⁷

Para finalizar, el segundo párrafo del artículo en cita textualmente dice: "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". Por consiguiente, y tratándose de este tipo de divorcio, ninguno de los cónyuges una vez pronunciada la sentencia de divorcio tiene derecho de exigir alimentos al otro. Sólo en el divorcio necesario, el cónyuge culpable está obligado a proporcionar alimentos al inocente, pero es potestativo y, por ende, lícito, que en el convenio de divorcio por mutuo consentimiento se pacten alimentos de un cónyuge para con el otro, pero no es un requisito del convenio de divorcio, por eso no lo menciona el artículo 273, que sólo se limita a la obligación de estipular alimentos de un cónyuge para el otro, durante el procedimiento de divorcio. En cambio, en el artículo en comento nos dice que, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia ni a la indemnización; pero deja la posibilidad de que pueda haber pacto en contrario, y es perfectamente lícito que un cónyuge se obligue a dar alimentos al otro en el divorcio por mutuo consentimiento, si está en condiciones de hacerlo y, es costumbre, generalmente, cuando ambos cónyuges están en condiciones de hacerlo, o bien, cuando sólo el hombre lo está, que se estipule que sea éste quien reporte por su voluntad, y sólo porque así lo quiere, la obligación de seguir dando alimentos a la que fue su

Ibidem. Págs. 405 y 406.

esposa, bien indefinidamente, si así se estipulare, bien durante un cierto término, o estableciendo la condición de que dará alimentos mientras que no contraiga nuevo matrimonio, o viva honestamente. Pero puede estipular la obligación sin condición alguna, y ello es lícito. Ya aquí, el derecho a alimentos de esa mujer divorciada nace de un convenio, no nace de la ley en virtud de una sanción impuesta, como ocurre en el divorcio necesario para el cónyuge culpable.

Un último comentario al respecto, y como es costumbre que en el divorcio por mutuo consentimiento, la mujer generalmente no acceda al divorcio, si antes no obtiene del marido una pensión de alimentos para después de ejecutoriado el divorcio, y ésta es la razón de ser que en el fondo existe para que en los convenios, cuando es sobre todo el marido el que está interesado en divorciarse, acepte para poder quedar libre, pagar la pensión alimenticia, pero repetimos, si no hay tal condición que de hecho impone la mujer al marido, el convenio perfectamente puede aprobarse por el juez, sin que haya estipulación de alimentos para después del divorcio. Pero si se diera el caso de que el marido otorgara la pensión alimenticia a su ex mujer por medio de un convenio, éste los tendría que proporcionar solamente por el tiempo en que se hayan convenido y los cuales no tendrán un aumento porcentual a través del tiempo ya que los alimentos nacen en virtud de un acuerdo mutuo y no de la Ley, lo que los hace inalterables e inmodificables, por lo tanto, el convenio queda vigente durante el procedimiento del juicio y después de concluido el mismo, hasta que se extinga la obligación voluntaria contraída. Sobre este aspecto a dictado jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer:

DIVORCIO VOLUNTARIO, NO PROCEDE EL AUMENTO DE PENSIÓN ALIMENTICIA DECRETADA EN ÉL.

Habiéndose decretado la disolución del vínculo matrimonial, por virtud de un divorcio voluntario, y aprobado definitivamente el convenio que al efecto se presentó, en el que se fijó una pensión alimenticia a favor de la esposa no procede el aumento de dicha pensión debido a que legalmente no es alterable ni modificable el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal, supuesto que en el divorcio por mutuo consentimiento, es potestativa la fijación de alimentos por voluntad de una de las partes y solamente son alterables y modificables en los términos del artículo 94 del ordenamiento procesal ya invocado, las resoluciones judiciales que se dictan en negocio de alimentos, cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción deducida en el juicio relativo, y no en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, y porque además de dicho juicio los cónyuges no tienen derecho a exigirse alimentos, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 288 de dicho ordenamiento, al estatuir que: "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". En consecuencia, sólo es procedente el aumento de una pensión alimenticia en los casos a que se refiere el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con el artículo 311 del Código Civil y cuyos preceptos no son aplicables al convenio que aprueba definitivamente

y para todo tiempo una pensión voluntariamente concebida, el cual no deberá alterarse ni modificarse, porque por mandato expreso de la ley, ninguno de los cónyuges tiene derecho a pensión alimenticia en esa clase de juicios, ya que incluso pudo no haberse pactado pensión alguna.

Amparo Directo 1029/60. Aurora Cataneo Cabrera. 9 de abril de 1960. 5 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Sexta Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Volumen LXXXII, Cuarta Parte. Página 85.

ALIMENTOS. AUMENTO DE LA PENSIÓN DE, EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA).

La pensión alimenticia que se fija en el convenio que se aprueba definitivamente en la sentencia que decreta un divorcio por mutuo consentimiento, no se puede revisar en los términos del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California, por no ser susceptible de modificación el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, dado que en esta clase de divorcios, la fijación de alimentos no es resultado de una disposición de la ley, sino potestativa y convencional. Por lo tanto, solamente son modificables, según el precepto legal primeramente mencionado, las resoluciones judiciales que se pronuncien en negocios de alimentos, cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción deducida en el juicio correspondiente y no cuando se trate de divorcios por mutuo consentimiento, en que no es aplicable el indicado artículo 94 procesal, porque el convenio queda vigente durante el procedimiento del juicio y después de concluido el mismo, hasta que se extinga la obligación voluntaria contraída y porque, además, en el divorcio de referencia los cónyuges no tienen derecho a exigirse alimentos, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 288 del Código Civil.

Amparo Directo 5831/72. José Machado Rendón. 10 de agosto de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Sexta Época. Cuarta Parte. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 56 Cuarta Parte. Pág. 14.

Por último consideramos oportuno mencionar que el convenio a que hace referencia el artículo 273, y especialmente el relativo a la fracción IV en el que debe establecerse la forma de realizar el pago y la garantía que debe darse para asegurar los alimentos que un cónyuge proporcionará al otro, merece los siguientes comentarios al respecto.

En el Derecho Civil Mexicano existen dos formas de cumplir con la obligación de otorgar alimentos:

- a) Asignando una pensión competente en efectivo al acreedor alimentista y,

b) Incorporándolo al seno de la familia.

Normalmente corresponde al deudor decidirse por alguna de ellas, con la finalidad de que al hacer su elección le sea menos gravoso, siempre que no exista impedimento legal o moral para ello.

En relación a este tema Edgar Baqueiro, manifiesta: "Si la obligación alimentaria se cumple a través de una pensión en efectivo, ésta debe ser realmente en efectivo y no en especie; el deudor no podrá liberarse ofreciendo alimentos al acreedor, ni éste debería presentarse al domicilio de aquél u otro lugar que se señale para tomar sus alimentos. Tampoco puede el acreedor pretender que se le dé determinado capital, pues las pensiones son periódicas, generalmente mensuales o quincenales".⁸

El mismo autor, en relación al siguiente inciso precisa que: "Cuando la obligación alimentaria se cumple incorporando al acreedor al hogar del deudor, debe ser en el hogar de éste y no en otro equivalente. Esta forma de cumplimiento usualmente se da cuando se trata de menores o incapacitados, ya que ello implica cierta dependencia. La incorporación no procede en el caso del cónyuge divorciado, ni cuando haya impedimento moral o legal para que el deudor y el acreedor vivan juntos".⁹

Si el acreedor se opone a ser incorporado deberá justificar su negativa para vivir con la familia del deudor. Por lo que respecta a éste último, en caso de que se niegue a dicha incorporación bastará que pague la pensión correspondiente para que su obligación pueda ser satisfecha.

El fundamento lo encontramos en el artículo 309 del Código Civil del Distrito Federal que dice: "El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario o incorporándolo a la familia. Si el acreedor se opone a ser incorporado, compete al Juez, según las circunstancias, fijar la manera de ministrar los alimentos". A su vez el artículo 310 señala que: "El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir los alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro, y cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación". Con respecto a la manera de cumplir con su obligación, es resultado del criterio del Juez quien está obligado a examinar todas las circunstancias que rodean al acreedor y al deudor, aún los aspectos de carácter familiar que de alguna manera pueda impedir el cumplimiento oportuno de la obligación.

Aunado a lo anterior, en el convenio también debe estipularse la manera de garantizar el pago de los alimentos, la cual como sabemos puede consistir en

* EDGAR BAQUEIRO ROJAS. "Derecho de Familia y Sucesiones". Facultad de Derecho. U.N.A.M. Editorial Harla, México. 1990. Pág. 31.

⁹ Ibidem. Pág. 31.

hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante o de cualquier otra forma que a criterio del Juez sea suficiente para garantizar los alimentos.

Sobre el particular es importante destacar que en la mayoría de los procedimientos de divorcio por mutuo consentimiento, al momento en que se le da la vista al Ministerio Público para que manifieste lo que a su representación social compete, siempre pone como objeción que una vez que el deudor alimentario garantice la forma de proporcionar los alimentos otorgará su consentimiento para que se decrete el divorcio, sin embargo, desde nuestro punto de vista no debería ser así, porque en muchos casos los cónyuges se encuentran en una situación precaria que les impide cumplir con ese requisito.

Es por ello que nos adherimos a la jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer:

DIVORCIO VOLUNTARIO. NO ESTA SUPEDITADO A QUE SE OTORGUEN LAS GARANTÍAS DE HIPOTECA, PRENDA, FIANZA O DEPÓSITO.

El divorcio voluntario de los cónyuges no puede estar supeditado a que forzosamente se otorguen las garantías de hipoteca, prenda, fianza o depósito, porque no todas las personas están en condiciones de hacerlos y, en multitud de casos, resultan gravosas para quienes deban otorgar la garantía; la hipoteca y la prenda no pueden ser otorgadas por quienes carecen de bienes para hacerlo, así como el depósito cuando no se tiene el numerario correspondiente; y por lo que toca a una fianza, ello implica el pago de una prima periódica a la compañía de fianzas respectiva, que disminuye el patrimonio del deudor y no garantiza su continuidad, puesto que debe renovarse periódicamente y si el deudor alimentista se niega a ello, tendría que obligársele a otorgarla mediante el ejercicio de la acción correspondiente, e incluso, en algunos casos, ni siquiera es indispensable el otorgamiento de garantía alguna. Ello ocurre cuando el divorcio lo promueven personas desvalidas, menesterosas, aquellas que en un momento dado no disponen de los medios suficientes para proporcionar alimentos, porque si de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 320, fracción I, del Código Civil, la obligación de dar alimentos cesa cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla, con mayor razón debe cesar la obligación de garantizar dichos alimentos puesto que la garantía es accesoria y sigue la suerte principal, que es la de darlos. Y si en un caso la pensión alimentaria se garantiza con parte del importe del sueldo o salario que directamente se le descuenta al deudor alimentario por la empresa donde presta sus servicios, no hay duda que tal descuento constituye una garantía más eficaz que la fianza, pues ésta sería la única que quedaría al vencerse el plazo por el que fue otorgada, si no se renueva pagando la prima correspondiente; de suerte que de esta manera se satisfacen los requisitos previstos por el artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles, y es procedente declarar disuelto el vínculo matrimonial y aprobar el convenio presentado por los cónyuges.

Amparo Directo 1932/71. Jorge Barrios Ortiz. 10 de agosto de 1972. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tomo 60. Cuarta Parte. Pág. 15.

**b) DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN
EL 31 DE DICIEMBRE DE 1974.**

El Código Civil de 1928 del Distrito y Territorios Federales, sufrió varias modificaciones mediante el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, dentro de las cuales sólo mencionaremos las de más interés con respecto al caso que nos ocupa.

Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1928.	Decreto del 31 de diciembre de 1974.
<p>Artículo 288.- En los casos de divorcio, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.</p> <p>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.</p>	<p>Artículo 288.- En los casos de divorcio, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias. Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.</p> <p>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.</p>

Como se puede observar, y antes de la reforma arriba descrita, el legislador marcaba la diferencia de que, en los casos de divorcio, la mujer inocente tenía derecho a alimentos sin importar su estabilidad económica, es decir, si tuviere o no recursos para mantenerse o estuviere en condiciones de trabajar, ya que por el sólo hecho de ser inocente y el marido ser el culpable, éste tenía la obligación de proporcionar alimentos a su ex mujer. En el segundo supuesto del artículo en cita y antes de la reforma, el marido inocente sólo tenía derecho a alimentos cuando se encontrara imposibilitado para trabajar y no tuviera bienes propios para subsistir. Por lo que podía darse el caso de que el

marido a pesar de ser el cónyuge inocente y por recibir un salario por concepto de su trabajo o por tener bienes suficientes para sobrevivir, pese a su inocencia, no tendría derecho a recibir alimentos, puesto que no se encuentra imposibilitado para trabajar y no carece de bienes. En estos dos supuestos la razón de ser de los alimentos contra el cónyuge culpable no es porque el inocente los necesite, sino porque es en virtud de una sanción que impone el legislador, precisamente por haber disuelto el matrimonio.

Posteriormente, al sufrir la modificación mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, el artículo en cita estatuye en su primera parte lo siguiente: "En los casos de divorcio, el Juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente". Como se puede observar, aquí no se menciona a la mujer inocente o al marido inocente con derecho a recibir alimentos, sino que ahora sólo se refiere al cónyuge culpable y al cónyuge inocente, esto es, que puede ser el marido o la mujer quien asuma la calidad de cónyuge inocente o culpable.

Otro de los aspectos importantes que hay que señalar, es que el Juez tendrá que valorar las circunstancias que consten en autos y la aptitud física e intelectual que tienen ambos cónyuges para poder desempeñar un trabajo, así como su situación económica, para poder determinar la cantidad de alimentos que el cónyuge deudor deberá proporcionar al cónyuge acreedor, tomando en cuenta también lo dispuesto por el artículo 311 del Código Civil, el cual señala lo siguiente: "Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos".

En este sentido a dictado jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer:

DIVORCIO, ALIMENTOS AL CÓNYPUGE INOCENTE. MONTO DE LA PENSIÓN CONFORME AL TEXTO ACTUAL DEL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL.

Antes de que el artículo 288 del Código Civil se reformara mediante decreto publicado el 31 de diciembre de 1974, podía dejarse para la ejecución de la sentencia de divorcio la cuantificación de la pensión alimenticia que el cónyuge culpable debía cubrir al inocente, porque la condena relativa era necesaria, característica que ya no tiene ahora, pues en virtud de la mencionada reforma, el juez condenará al pago de alimentos al cónyuge culpable "tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas, la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica", de donde se infiere que la condena al pago de alimentos ya no es forzosa, sino que debe ser fundada y motivada judicialmente en cada caso, inclusive en cuanto al monto de la pensión, precisamente en la sentencia.

Amparo Directo 861/80. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Laura Elena Hernández Lagunas. 5 de noviembre de 1980. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen Semestral 139-144. Sexta Parte. Pág. 64.

Por otro lado, y lo que toca a la segunda parte del primer párrafo del artículo 288, el cual dice "Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito". Y puesto que después de la reforma no hubo modificación alguna sobre este caso en particular, es menester aclarar que en este asunto ya se hicieron los comentarios respectivos, y para evitar caer en repeticiones, nos remitiremos a aquellos. Asimismo, el segundo párrafo del artículo en comento tampoco sufrió modificación alguna en virtud de la reforma, por lo que de igual manera nos reservamos los comentarios, ya que anteriormente fueron discutidos.

Más adelante, el Código Civil para el Distrito Federal sufrió nuevas modificaciones mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1983, principalmente en cuanto a alimentos y divorcio se refiere, por lo que de igual manera que el decreto anterior, sólo nos ocuparemos de las reformas que nos interesan y que van relacionadas con el propósito de este trabajo.

Código Civil para el Distrito Federal posterior a la reforma del 31 de diciembre de 1974.	Decreto del 27 de diciembre de 1983.
<p>Artículo 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:</p> <p>I.- Designación de persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;</p> <p>II.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;</p> <p>III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;</p> <p>IV.- La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al</p>	<p>Artículo 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:</p> <p>I, II y III...</p> <p>IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;</p> <p>V...</p>

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 sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Artículo 288.- En los casos de divorcio, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias. Además, cuando por el divorcio se originen daños o 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 311.- Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

Artículo 311.- Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento

	<p>porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.</p>
--	---

Ahora bien, el artículo 273 en su fracción IV, sufre un cambio muy importante, el cual merece los siguientes comentarios:

PRIMERO.- Para poder saber la cantidad que a título de alimentos debe otorgar un cónyuge al otro, esta fracción nos remite al artículo 288 del mismo ordenamiento civil en el cual establece los casos en que serán proporcionados los alimentos tanto en el divorcio necesario como en el divorcio por mutuo consentimiento. Sobre estos asuntos en particular habremos de referirnos más adelante al tratar este artículo en especial.

SEGUNDO.- La misma fracción establece que los alimentos que dará un cónyuge al otro serán tanto durante el procedimiento de divorcio como después de ejecutoriado el mismo; ya que anteriormente sólo se otorgaban por el tiempo que durara el juicio y posteriormente se tenía que ejercitar el derecho a exigir los alimentos al decretarse el divorcio, desde luego, sólo si se tenía derecho a ellos. Por lo tanto, con la nueva reforma, esto ya no sucede así, ya que el Juez durante el procedimiento y antes de dictar sentencia se hará llegar de los elementos necesarios, para estar en condiciones de establecer la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro una vez ejecutoriado el divorcio.

Por otro lado, y en lo que respecta al artículo 288 del Código Civil, consideramos que es de gran importancia transcribir los debates que se llevaron a cabo en relación a este artículo, así como el análisis de las modificaciones que se pretendían realizar para finalmente redactar el texto tal y como se establece en esta reforma.

Debate publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 1983, año II, tomo II, número 30.

“CÁMARA DE DIPUTADOS

El C. Presidente: está a discusión el artículo 288. Se abre el registro de oradores.

Esta Presidencia informa que se han inscrito para hablar en contra del artículo 288 el C. Diputado Alberto Salgado Salgado; en pro, la diputada Norma López Cano.

Tiene la palabra el C. Diputado Alberto Salgado Salgado.

El C. Alberto Salgado Salgado: El artículo de referencia alude al otorgamiento de pensiones alimenticias en los casos de divorcio voluntario y divorcio sentenciosos. Vamos a examinar el primer párrafo de esta disposición, cuya letra es: "En los casos de divorcio no establece distingo si es voluntario o es necesario; el Juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente".

Aquí podemos apreciar los elementos de cierta consideración: primero, hay una falla técnica que se refiere a la adecuada aplicación de las reglas del derecho tomando de manera integral, porque hace referencia al divorcio de modo genérico. Y de acuerdo a ese principio de que en donde la Ley no distingue, no le es dable al juzgador distinguir, nos encontramos con ese primer error en cuanto a que no es posible que se pueda establecer una condena en los casos de divorcio voluntario porque el procedimiento es diverso, se plantea con la demanda, el convenio, etcétera, se abre ante Ministerio Público y simplemente declara disuelto el vínculo matrimonial en los casos de divorcio voluntario, pero no puede haber condena.

En esas condiciones formulamos esa objeción en lo que al primer párrafo se refiere, porque debió haber sido más conciso el legislador para establecer que la condena deriva exclusivamente en los casos de divorcio contencioso. Y estimamos que aquí también se recoge una apreciación de la Corte, cuya función específica es interpretar la Ley, estableciendo esa función al cónyuge responsable del divorcio, que se haya colocado en alguna de las causales que la Ley establece.

Y se considera adecuada la condena porque se responsabiliza por acciones que la Ley señala como motivos para la disolución del vínculo matrimonial y que considera de tal gravedad que hace imposible la convivencia en común.

Nosotros nos pronunciamos de modo favorable porque se establezca esa condena, y es una sanción económica que necesariamente debe cargar el cónyuge responsable. Pero debe circunscribirse exclusivamente a los casos de divorcio necesario y no puede hacerse extensiva por razones de técnica jurídica, a los divorcios voluntarios.

En el segundo párrafo se redacta este texto: "Tanto en el caso de divorcio necesario como de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio,

deracho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes, si observa buena conducta a juicio del juez, y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato”.

Parece que la Comisión Legislativa hizo alguna modificación en lo que concierne a la buena conducta. La desconozco, porque, por cierto a mí también se me había encomendado que emitiera un parecer respecto de esos artículos, lo presenté oportunamente señalando una serie de criterios y proponiendo una redacción a los mismos; pero aquí podemos observar también otra falla técnica: se involucra tanto a la mujer en el divorcio necesario como en el divorcio voluntario a que reciba alimentos, contrariando la primera disposición, y se presenta un caso típico de antinomia en el mismo artículo, por oposición de las dos partes que hemos estado examinando de este artículo.

¿Por qué? Volvemos a encontrar aquí otra falla técnica. Sencillamente porque en tratándose de un juicio ordinario como es el divorcio, que se concluye con una condena a la disposición del vínculo matrimonial, al establecer incluso a quien corresponde la guarda y custodia de los menores o, además, también a la pérdida de la patria potestad, y mientras en el mismo procedimiento ordinario se condena al pago de alimentos, aquí advertimos que se condiciona esa condena a que la mujer observe buena conducta, no tenga ingresos suficientes, no contraiga nuevo matrimonio o no entre en concubinato.

Esto es una incongruencia completa, porque no se puede modificar una resolución que deriva de un juicio ordinario, que tiene precisamente la característica de definitividad e impide que los litigios queden de manera indefinida, inciertos, pues aquí advertimos que una sentencia ejecutoria, definitiva, firme pueda ser modificada posteriormente por una serie de cuestiones circunstanciales.

Es distinto, y es aquí donde creo que hay la confusión, en tratándose de un juicio de alimentos. La resolución que se dicta en un juicio de alimentos al inicio del trámite, es provisional y puede modificarse en la sentencia definitiva. Y si en la sentencia definitiva se comete el error de establecer una cantidad fija, es evidente que por el proceso inflacionario la beneficiaria de esa condena tendrá que promover un incidente de incremento de la pensión alimenticia. En esas condiciones, en juicios de alimentos exclusivamente, si pudiera modificarse la sentencia condenatoria, pero no en el caso de un juicio de divorcio.

Pero, además, podemos nosotros advertir que la condena a alimentos, debe ser una sanción porque el cónyuge responsable dio méritos para que se decretara la disolución del vínculo matrimonial, y si nosotros advertimos que en la legislación mexicana, que es eminentemente individualista y que concentra con mucha importancia la estabilidad de la familia y que ha sido una política tradicional el dificultar que los procesos de divorcio proliferen e incluso se han tomado medidas como el que si el cónyuge demandado se abstiene de contestar la demanda, en ésta no se presumirán ciertos los hechos y no hay condición

ficticia, sino que se tiene por contestada en sentido negativo, lo que significa que el cónyuge demandante tiene necesariamente que acreditar de modo pleno la causal.

En esas condiciones, sin embargo, no nos explicamos por qué se establecen esos distingos cuando la condena tiene que ser lisa y llana, y no condicionar a que la mujer observe buena conducta -en eso estamos de acuerdo-. La probable objeción que nosotros formulamos, es de que si la política legislativa va enfocada a que la mujer no se convierta en un hombre vicioso, sino que por virtud de que es quien alimenta al producto, no degenera la raza, y por esa razón se presume o se establece una medida de ese carácter, de que la mujer no se coloque a ese mismo nivel.

Nosotros no nos asustamos ni somos timoratos, la mujer tiene plena libertad para adoptar la conducta que socialmente mejor convenga; pero si debe tomar en cuenta esa responsabilidad que le asiste de adoptar una conducta sana, precisamente para evitar que la descendencia degenera orgánica y síquicamente.

Por lo demás, en el aspecto legislativo, esto no tiene una repercusión de importancia, pero debemos medir con el mismo rasero tanto al hombre como a la mujer. O qué ¿vamos a establecer una ley moral para la mujer y otra ley moral para el varón? Debe suponerse que hay una entidad jurídica, que hay igualdad jurídica; sin embargo, estas situaciones contradicen ese principio de la igualdad jurídica en cuanto a que el varón y la mujer deben colocarse exactamente en la misma posición frente a la Ley, sin diferencia, sin distingos.

Sin embargo, repetimos, esta disposición, no nos parece satisfactoria, porque si el cónyuge es responsable del divorcio debe cargar con esa función económica sin limitación alguna.

Pudiera recogerse el criterio de quienes mandaron ese decreto, en cuanto a que se establece que esa pensión alimenticia está proporcionada al tiempo de duración del matrimonio, es un criterio que pudiera incluirse en el caso de divorcio voluntario, y también pudiera añadirse que esa pensión alimenticia solamente se suspendería en el caso de que el cónyuge acreedor, principalmente la mujer, incurriera en un hecho delictuoso. En esas condiciones, podemos definir que su conducta deja un poco que desear.

Pero, desde luego, el hecho delictuoso debe estar suficientemente acreditado con una sentencia ejecutoria, porque ya sabemos que no siempre la justicia acierta en sus juicios valorativos. Y muchas veces la verdad real se ausenta y simplemente nos encontramos frente a una sentencia que contiene una verdad eminentemente formal. Y ese distingo, que inculca el principio de igualdad jurídica, se sigue acentuando en el siguiente párrafo el que textualmente reza: "El mismo derecho señalado en el párrafo inmediato anterior, sin derecho a recibir alimentos en todo caso de divorcio voluntario o necesario, tendrá el varón que se encuentra imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes".

¿Acaso no se advierte de modo palmario o fehaciente, totalmente observable, perceptible, que al varón se le esta aquí confiriendo una especie de privilegio?. El sí puede entrar en concubinato, él sí puede contraer nuevas nupcias, él sí puede observar mala conducta. He ahí una situación que advertimos inaceptable, porque se establecen diferencias que al final de cuentas no concuerdan y no son congruentes con ese principio de igualdad jurídica.

Y el último párrafo establece además: "Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

Esto propicia que se traslade a las diferencias conyugales entre las cuales evidentemente está el divorcio, un criterio eminentemente mercantilista, que sí puede, en un momento dado, producir un desquebrajamiento mayor porque, podemos advertir, que en muchos de los casos los divorciantes quedan con hijos menores, y obligados a tener cierto trato por esas circunstancias específicas. Y si en un momento dado se agrega y se acepta esta posibilidad de reclamar el pago de daños y perjuicios, que no puedan encajar porque estamos frente a una situación de orden familiar y no estamos reglamentando contratos en donde haya incumplimiento, y si bien es cierto que constitucionalmente se define al matrimonio como un contrato de adhesión a las instituciones; pero no encontramos una duda en donde pudiera encajar esta posibilidad de dañarse económicamente entre los cónyuges. Gracias.

El C. Presidente: Tiene la palabra la diputada Norma López Cano.

La C. Norma López Cano: Tenemos la impresión o la seguridad de que no leyó usted el dictamen de la Comisión, pues el artículo 288 en su primera fracción señala que, en los casos de divorcio necesario – que era lo que usted manifestaba hace unos momentos- el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente, es decir, si está tomado en cuenta los casos de divorcio necesario.

En la segunda fracción, en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, se ha recogido en diversas ocasiones a través de la consulta popular la preocupación frecuente porque en el hogar se considere el trabajo de la mujer en un valor económico, igual al que representa la aportación del marido o viceversa.

Su participación en la creación del patrimonio familiar es igual al del varón, por lo que sería injusto que no participara en los beneficios de esta creación, pues no se trata de un regalo o indemnización, como lo señaló el compañero Daniel Angel sino de la equitativa participación del cónyuge que coadyuvó a crear ese patrimonio familiar.

La Comisión consideró que la proposición es justa, pues con ello se da fin a la situación tan frecuente de que la mujer o el hombre en su caso, no tengan derecho, por un lado, a disfrutar de una pensión alimenticia cuando así lo necesiten, y que cuando ellos hayan acordado el matrimonio por mutuo consentimiento y requieran de esta pensión, tengan que constituir ficticiamente alguna de las causales contempladas en el artículo 267 para el divorcio necesario que, en el futuro, llega al conocimiento de lo hijos, provocando deformaciones en su conducta por el rechazo o pérdida del clima, lo cual, desde el punto de vista axiológico de la sociedad y del Estado, no es lo deseable.

En cuanto a la sentencia que nos señalaba el compañero, respecto al área de alimentación, no tiene características de definitividad, porque precisamente se ha considerado que estas condiciones se modifican y se prevé el incidente de modificación en la pensión alimenticia.

Por último, usted señalaba que cuando en el divorcio se originen daños y perjuicios, a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito, la reposición de un daño aquí se ha considerado, real causado al núcleo familiar y por ello se considera que el culpable debe responder a ello como un hecho ilícito.

Por otra parte, yo quiero dejar asentado en esta tribuna algún aspecto que se ha debatido: El divorcio en verdad no es la causa que motiva el rompimiento de las relaciones conyugales, sino al contrario, es el efecto. El divorcio no es sino el medio jurídico de legalizar una situación que ya se produjo, y no es, como indebidamente se le ha criticado, el medio que fomenta la desunión de la familia.

Por todas estas circunstancias y por considerar que esta iniciativa marca un hecho singular en la historia del derecho familiar mexicano, porque no sólo avanza en la técnica jurídica, sino en la forma de hacer coincidir la norma con la demanda social, quitando los velos de ideología y dogmatismo que cubren muchas veces esta delicada materia, pido a esta honorable Asamblea que considere suficientemente discutido este artículo.

El C. Presidente: - Consulte la Secretaría a la Asamblea si el artículo 288 se encuentra suficientemente discutido.

El C. Secretario Jorge Canedo Vargas: - En votación económica se pregunta a la Asamblea si considera suficientemente discutido el artículo 288.

Los CC. Diputados que estén por la afirmación, sírvanse manifestarlo... **Suficientemente discutido.**

Por lo anterior, las comisiones unidas estiman conveniente recomendar a la Soberanía de la II Cámara de Diputados, la aprobación de la iniciativa; sin embargo, sugieren se adopten las siguientes modificaciones:

El artículo 288 se sugiere en los siguientes términos:

“En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito”.

Lo anterior tiene por objeto dejar vigente, como norma general, que en los casos de divorcio el cónyuge culpable sea condenado al pago de alimentos, por estimar que esta disposición es más justa que la propuesta en la iniciativa.

Por consecuencia se limita sólo al divorcio voluntario la modificación propuesta en el sentido de que los cónyuges tengan derecho a recibir alimentos durante un número de años igual al que hubieran vivido en matrimonio; en el entendido de que esta es una norma mínima que puede ser ampliada por convenio entre las partes.

Las comisiones unidas, asimismo, consideraron conveniente suprimir de la iniciativa la referencia a la buena conducta de la mujer, como condición para su derecho a disfrutar de la pensión alimenticia, pues se creyó que tal concepto de buena conducta es, por subjetivo, muy difícil de establecer, y que dejar al arbitrio del juez la calificación de la buena conducta, en la práctica resultaría casi imposible de determinar, dadas las muy distintas características sociales, familiares y personales de cada matrimonio o bien de cada cónyuge. Por ello y, además, por atender al principio de igualdad jurídica entre mujer y varón, las comisiones unidas también estimaron pertinente suprimir tal condición”.¹⁰

Una vez conocidos los motivos por los cuales se realizaron las modificaciones, entraremos al estudio del texto reformado y daremos los siguientes comentarios.

¹⁰ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 1983. Año II. Tomo II. Número 30. Págs. 78 y ss.

Nuestra legislación civil en relación a los alimentos establece en su artículo 302, lo siguiente: "Los cónyuges deben darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale". Por lo tanto, "si el fundamento de la obligación de dar alimentos es la solidaridad humana, al variar la situación personal que la ley establece para que se tenga derecho a pedirlos, cambia su fundamento, aun cuando quede "subsistente" la obligación de darlos, lo que cambia es la razón para darlos".¹¹

Por consiguiente y, tratándose del divorcio por mutuo consentimiento, en el convenio que establece el artículo 273 en su fracción IV, señala que: "En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo". Por ello, nos remitiremos al artículo 288 y entraremos al estudio de cada uno de los párrafos contenidos en él.

Su primer párrafo nos dice; "En los casos de divorcio necesario, el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente". Sobre el particular, la única modificación que se hizo mediante el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1983 fue la de agregar la palabra "necesario", ya que antes de la reforma, el artículo hacía referencia al divorcio de modo genérico, sin distinguir si se trataba de un divorcio necesario o de un divorcio por mutuo consentimiento, esto es, que el legislador debió ser más conciso para establecer que la condena deriva exclusivamente en los casos de divorcio contencioso, por lo que no podía establecerse una condena en los casos de divorcio voluntario porque el procedimiento es diverso y además en este tipo de divorcio no existe cónyuge inocente ni cónyuge culpable.

Del segundo y tercer párrafo del artículo 288, se desprende el derecho que tienen los divorciantes a darse alimentos, mismo que es considerado como una compensación que se deben por el tiempo de duración del matrimonio. De tal manera que la mujer tendrá derecho a recibirlos cuando no tenga ingresos suficientes, derecho que disfrutará por el mismo lapso de duración del matrimonio, por lo que vencido el plazo no tendrá derecho para exigir que se le sigan proporcionando. Es decir, la mujer independientemente de su posibilidad o imposibilidad para trabajar gozará de este derecho, ello se explica porque muchas veces la mujer por atender el hogar y a los hijos deja a un lado el trabajo remunerado que pudiera desempeñar.

En cambio, el varón sólo gozará de este derecho cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes.

¹¹ Ob. Cit. MANUEL F. CHÁVEZ ASENCIO. "La Familia en el Derecho" (Relaciones Jurídicas Conyugales). Pág. 559.

Ambos divorciantes disfrutarán de este derecho mientras no contraigan nuevas nupcias o se unan en concubinato.

Por otro lado, consideramos oportuno mencionar que el monto de la pensión alimenticia se irá incrementando de acuerdo con lo establecido por el artículo 311 del Código Civil, que textualmente dice: "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente":

Por último, estimamos conveniente señalar que de acuerdo con el artículo 94 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal, aún cuando ya haya concluido el proceso de divorcio por mutuo consentimiento, el contenido del convenio y la resolución dictada puede modificarse con posterioridad, ya que en él se tocan aspectos que no pueden quedar inmóviles y que por consiguiente pueden surgir circunstancias que permitan su modificación.

Al respecto el artículo 94 del ordenamiento en cita establece que, "Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

Del contenido del precepto en cita, se desprende el fundamento de la posible modificación de las resoluciones dictadas con el carácter de definitivas, en virtud a que las relaciones que permanecen después de decretado el divorcio pueden variar con el transcurso del tiempo.

A manera de ejemplo, un posible cambio que se puede realizar al convenio es: respecto del monto de la pensión alimenticia, ya que pudiera darse el caso de que el deudor alimentario estuviera pasando por una mala situación económica que le impidiera cumplir con lo pactado, ante esta situación, el convenio se modificará necesariamente adecuándose a las circunstancias.

En este sentido, a dictado jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer:

PENSIÓN ALIMENTICIA. EXCEPCIÓN A LA MODIFICACIÓN DE LA, EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO).

El convenio que se anexa a la demanda de divorcio voluntario, en el que lo padres de un menor, fijan el monto de la pensión alimenticia, la misma debe respetarse por representar la voluntad de las partes del juicio de divorcio, el que además por regla general no puede modificarse por la autoridad judicial; sin embargo, dicha regla general admite excepciones, como lo son: en aquellos asuntos en que el deudor acredite que sus posibilidades económicas han disminuido de tal manera, que ya no le sea posible continuar entregando al acreedor alimentista la suma convenida; en tales condiciones, si aquella pensión convenida, ya no le alcanza para cubrir las necesidades que comprenden los alimentos, conforme lo establece el artículo 134 del Código Familiar del Estado de Hidalgo, que consisten en: comida, habitación, salud, educación, etc., ya que cuando se trata del deudor alimentista, no se le puede obligar a lo imposible; mientras que cuando las necesidades del acreedor se han incrementado, también puede solicitar el aumento de la pensión, a efecto de que con el pago de la pensión le alcance cuando menos para los gastos a que se refiere el precepto legal en cita. En tales condiciones, si se toma en cuenta que existen factores ajenos a la voluntad de las partes, que pueden alterar no solamente lo convenido respecto a los alimentos, sino a otros aspectos de sus vidas, de manera que no por el hecho de que se hubiere aceptado en un convenio determinada situación, ésta ya no puede alterarse cuando materialmente sea imposible su cumplimiento en la proporción pactada.

Amparo Directo 794/94, relacionado con el 793/94. María del Pilar Vázquez Alamilla. 8 de diciembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Augusto Benito Hernández Torres. Secretario: Ramiro Rodríguez Pérez. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. Tomo XV. Tesis XXII.15 C. Pág. 241.

Para finalizar con el capítulo, es necesario hacer mención que recientemente fue publicado un nuevo decreto en el Diario Oficial de la Federación de fecha 25 de mayo del 2000 en el cual se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que de igual manera que el decreto anterior, sólo nos ocuparemos de las modificaciones a los artículos que nos interesan y que van relacionados con el propósito de esta tesis.

Código Civil para el Distrito Federal posterior a la reforma del 27 de diciembre de 1983.	Decreto del 25 de mayo del 2000.
Artículo 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a	Artículo 273.- Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el

<p>presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:</p> <p>I.- Designación de persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;</p> <p>II.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;</p> <p>III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;</p> <p>IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;</p> <p>V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.</p>	<p>caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:</p> <p>I.- Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;</p> <p>II.- El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;</p> <p>III.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;</p> <p>IV.- La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;</p> <p>V.- La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;</p> <p>VI.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición, y</p>
--	---

Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

VII.- Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

I.- La edad y el estado de salud de los cónyuges;

II.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;

III.- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;

IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;

V.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades, y

VI.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo

<p>Artículo 311.- Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.</p>	<p>dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.</p> <p>En el caso de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo, tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y esté imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.</p> <p>En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.</p> <p>Artículo 311.- Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.</p>
---	---

Ahora bien, el artículo 273 sufre diversas modificaciones en las cuales más que aportar alguna innovación, sólo sufre cambios de una manera gramatical, excepción hecha de los siguientes:

- a) En este precepto se señala ahora el fundamento para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento, ya que anteriormente se encontraba establecido en el último párrafo del artículo 272; por otra parte, el legislador le da un

nuevo nombre al divorcio en cuestión, denominándolo divorcio voluntario por vía judicial.

b) La fracción V señala la cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II, esto es, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento. Antes de la reforma, esta disposición se encontraba establecida en la fracción IV, en ella se señalaba la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe proporcionar al otro, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, en esta misma fracción se estatua la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlos; finalmente esta fracción nos remitía al artículo 288, el cual señalaba quien de los cónyuges tenía derecho a recibir la pensión alimenticia y los supuestos por los cuales cesaba la obligación de seguirlos proporcionando. El precepto en comento actual no establece que los alimentos que dará un cónyuge al otro serán, en principio, de manera provisional, sino que este derecho lo traslada al artículo 275 también reformado, el cual dice: "Mientras se decrete el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las mediadas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este Código.

c) Se adiciona una VII fracción en la cual se estatuyen las modalidades bajo las cuales, el cónyuge que no tenga la guarda y custodia de sus hijos ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio.

Por otro lado, en el artículo 288 se realizaron diversas modificaciones, a saber:

a) En cuanto al divorcio necesario, se establecen varias circunstancias sobre las cuales el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, y ellas son: la edad y estado de salud de ambos cónyuges; su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo (antes de la reforma esta circunstancia se puede equiparar a la capacidad para trabajar de los cónyuges); duración del matrimonio y dedicación pasada y futura de la familia; colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge; medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge (antes de la reforma esta circunstancia se puede equiparar a la situación económica de ambos cónyuges); y las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

Además, cuando el cónyuge inocente carezca de bienes o que durante su matrimonio se haya dedicado a las labores del hogar o al cuidado de los hijos o que se encuentre imposibilitado para trabajar, gozará del derecho a alimentos. En la sentencia se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

El derecho a alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Este nuevo párrafo establece los casos por los cuales se extingue la obligación de seguir proporcionando alimentos al cónyuge acreedor, por lo que antes de la reforma, no se podía extinguir, puesto que se consideraba como una sanción al cónyuge culpable por haber disuelto el matrimonio, y sólo cesaba la deuda cuando existía alguna causa de las señaladas en el artículo 320 del mismo ordenamiento legal.

En los casos de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, esto es, cuando alguno de los consortes padeciere cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; o cuando cualquiera de los cónyuges padeciere trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo. En ambas causales el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si careciere de bienes o cuando se encuentre imposibilitado para trabajar. Antes de esta nueva modificación al artículo en estudio, es importante señalar que no en todas las causales de divorcio existe un cónyuge culpable, tal es el caso de las fracciones anteriormente señaladas, en las cuales antes de la reforma no se contemplaba obligación alguna de otorgar alimentos al excónyuge enfermo puesto que no se podía atribuir culpabilidad o inocencia a alguno de los consortes, ni se trataba tampoco de un divorcio voluntario, lo que era injusto. Por lo que con esta nueva reforma se les da plena seguridad a los excónyuges enfermos de poder recibir una pensión alimenticia justa y proporcional a sus necesidades.

b) En cuanto al divorcio por mutuo consentimiento, existen cambios sólo de naturaleza gramatical ya que ahora el legislador lo llama divorcio voluntario por vía judicial; por lo demás la mujer conserva el mismo derecho que antes de la reforma, esto es, que recibirá alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Por lo que toca al varón, el legislador omite señalar el derecho a percibir alimentos, ya que antes de la reforma, el precepto en estudio sí contemplaba el derecho a recibirlos, desde luego, siempre y cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato; ante lo cual considero que no debería omitirse este párrafo y conservarse tal cual, ya que de lo contrario se estaría contraviniendo a lo dispuesto por el artículo 4º de nuestra Constitución Federal, el cual señala que el varón y la mujer son iguales ante la ley; por otro lado, también se estaría pasando por alto el principio de reciprocidad de los alimentos, mismo que se encuentra establecido en el artículo 301 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: "La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos", entonces ante esta situación el varón por encontrarse en pleno estado de necesidad, es decir, por estar imposibilitado para trabajar y no tener bienes suficientes, su consorte le tendrá que proporcionar una pensión alimenticia una vez decretado el divorcio. Concluimos diciendo que, atendiendo a

las circunstancias antes señaladas no se puede dejar al varón en la incertidumbre para los casos de divorcio voluntario por vía judicial.

Finalmente, el artículo 311 establece ahora con la nueva reforma, que la pensión alimenticia que sea determinada por convenio o sentencia, tendrá un incremento automático mínimo, el cual será equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México; ya que anteriormente ese incremento era equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal. Por lo demás, el precepto en comento continúa con las mismas disposiciones, es decir, que la pensión alimenticia no tendrá un incremento cuando el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.

CAPÍTULO V.

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL.

a) En el divorcio por mutuo consentimiento.

Como se pudo observar durante el desarrollo del presente trabajo, el divorcio por mutuo consentimiento hizo su aparición a partir del Código Civil de 1870, pero sin obtener las características de un divorcio como tal, sino que el juez simplemente otorgaba la separación en cuanto al lecho y habitación, por lo tanto, seguían subsistiendo los demás derechos y obligaciones inherentes al matrimonio.

Aunado a lo anterior, el Código Civil de 1884 continuó con la misma figura respecto al divorcio, es decir, sólo se decretaba la separación de cuerpos, por consiguiente, tampoco otorgaba la disolución del vínculo matrimonial y sólo suspendía algunas de las obligaciones civiles.

No fue sino hasta la aparición de la Ley de Relaciones Familiares de 1917 cuando el divorcio adquiere tal carácter, ya que el artículo 75 nos dice que: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Por lo tanto, también el divorcio por mutuo consentimiento disuelve el vínculo matrimonial, pero de una manera conjunta entre los cónyuges, esto es, sin que exista una causa legal bastante para pedir el divorcio, simplemente es un acuerdo entre ambos consortes para divorciarse.

Posteriormente el Código Civil de 1928 adopta el concepto de divorcio que estableció la Ley de Relaciones Familiares de 1917, y adicionalmente estatuye el divorcio de tipo administrativo, que es cuando ambos consortes convienen en divorciarse, que sean mayores o menores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron; posteriormente se presentarán ante el Oficial del Registro Civil entregando copia certificada del acta de matrimonio para comprobar que son casados y manifestarán de manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse; el Oficial del Registro Civil levantará un acta en el que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si éstos hacen la ratificación, el Oficial del Registro Civil los declarará divorciados levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Por lo que toca al divorcio por mutuo consentimiento, éste actualmente se fundamenta en el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, y en el artículo 674 del Código de Procedimientos Civiles, esto es, que sólo procede cuando los cónyuges sean mayores o menores de edad, tengan hijos y que aún no hayan liquidado su sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, además

es necesario que tengan un año de casados, también debe existir la voluntad de ambos divorciantes de dar por terminado el vínculo matrimonial que los une, y finalmente elaborar el convenio en el que queden satisfechos todos los aspectos a que se refiere el artículo 273 del ordenamiento civil en cita, mismos que ya fueron señalados en el capítulo anterior y que para evitar caer en repeticiones, nos remitiremos a aquél.

La cláusula que si merece mayor atención, es la que se encuentra en la fracción V del artículo 273, la cual establece la cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II, es decir, que en el convenio también se debe especificar la forma de pago de la obligación alimentaria y la garantía que debe otorgarse para asegurar su cumplimiento; también es importante señalar que el artículo 275 del mismo Código señala que: "Mientras se decreta el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este Código".

El último párrafo del artículo 288 del Código Civil nos señala que: "En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato". Sobre este aspecto el maestro Manuel Chávez manifiesta lo siguiente: "En el caso de divorcio por mutuo consentimiento su fundamento es la "compensación" que entre cónyuges se deben por el tiempo de duración del matrimonio. La mujer siempre tiene derecho a la compensación, es decir, a recibir alimentos independientemente de su posibilidad o imposibilidad para trabajar. Este derecho lo disfrutará si no tiene ingresos suficientes, lo que significa que si no tiene ingreso alguno deberá recibir la compensación mayor que si tuviere algunos, en cuyo caso sólo se compensará lo faltante. Esto se explica porque la mujer, con el advenimiento de los hijos, se aboca a su atención, educación y sostenimiento del hogar, dejando o por lo menos disminuyendo el trabajo remunerado que hubiera estado desempeñando".¹

Por otro lado, y en lo referente al varón, el artículo 288 del Código en comentario no establece el derecho que tiene para percibir alimentos, por lo que el legislador al realizar las reformas al Código Civil omite señalar ese derecho para los casos de divorcio voluntario por vía judicial, lo cual me parece injusto; y aunque ya lo comentamos en el capítulo anterior, es importante recalcar que antes de las reformas el artículo en comentario sí contemplaba esa situación y el varón tenía derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, siempre y cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en

¹ MANUEL CHÁVEZ ASENCIO. "La Familia en el Derecho" (Relaciones Jurídicas Conyugales). Editorial Porrúa. 3ª Edición. México. 1995. Págs. 559 y 560.

concubinato. Por lo tanto, considero que no debería omitirse este párrafo y conservarse tal cual; ya que de lo contrario pudiera darse el caso de que el cónyuge varón tuviera alguna discapacidad física que le impidiera realizar alguna actividad remuneratoria o que no tuviera bienes suficientes para poder subsistir, y si se divorciara de su consorte, aquél quedaría sin el derecho a percibir una pensión alimenticia que le proporcionara el sustento y la protección necesaria para su subsistencia; aunado a lo anterior, también se estaría contraviniendo a lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución Federal, el cual señala que el varón y la mujer son iguales ante la ley, y atendiendo a las circunstancias antes señaladas, no se puede dejar al varón en la incertidumbre para los casos de divorcio voluntario por vía judicial.

Para concluir, consideramos que debería conservarse el párrafo relativo a esta situación, por lo tanto, proponemos una reforma al artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, que más adelante y previo estudio del siguiente inciso, señalaremos conjuntamente.

Sobre el particular es importante destacar que, a partir de que se promulgó el Código Civil de 1928, hasta nuestros días, el artículo 288 ha sufrido diversas modificaciones, pero antes de que éstas se realizaran el artículo en comento disponía lo siguiente: "En los casos de divorcio, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños o 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".

La primera reforma fue hecha mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, y el artículo 288 quedó modificado de la siguiente forma: "En los casos de divorcio, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias. Además, cuando por el divorcio se originen daños o 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".

Posteriormente, se realizó una nueva reforma al artículo en cita mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1983,

para quedar como sigue: "En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

Finalmente, la última reforma al precepto en comento se realizó mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo del 2000, para quedar en los siguientes términos: "En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

- I.- La edad y el estado de salud de los cónyuges;
- II.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- III.- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
- V.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades, y
- VI.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.

En el caso de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo, tendrá derecho a alimentos si

carece de bienes y esté imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.

En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato".

Es conveniente aclarar que sólo hacemos mención de las modificaciones que se hicieron al precepto en cita, ya que su estudio y análisis fueron comentados en el capítulo anterior, y que para evitar caer en repeticiones, nos remitiremos a aquél.

Una vez realizado estos breves comentarios y retomando el punto que nos ocupa, podemos señalar que en el divorcio por mutuo consentimiento ambos consortes pueden establecer en el convenio, la forma de hacer el pago de la pensión alimenticia que dará un cónyuge al otro, por lo que una vez decretado el divorcio el cónyuge deudor debe cumplir con la cantidad convenida. Pero pueden surgir circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que impidan continuar entregando la suma convenida, ante esta situación, la pensión alimenticia podrá variarse, aumentándose o disminuyéndose, en los términos que establece el artículo 94 del Código de Procedimiento Civiles, y por otro lado, también habrá un ajuste automático según varíe el aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México (artículo 311 del Código Civil). En relación a estos aspectos, abundaremos más profundamente en el siguiente inciso, al hablar más concretamente sobre los alimentos que se proporcionarán al cónyuge que tiene derecho a ellos en este tipo de divorcio.

b) En materia de alimentos.

En virtud de que el objetivo de los alimentos es el de proveer a la subsistencia diaria de los acreedores alimentarios, debe el deudor mediante disposición legal (artículo 309 del Código Civil) hacer pago de todo aquello que sea necesario para la subsistencia del alimentante, dando lo suficiente, pero siempre tomando en consideración la situación económica del acreedor y deudor alimenticio y para tal efecto el legislador impone que dicho deber tiene que ser cubierto mediante una pensión suficiente, o bien incorporando al acreedor alimentario a la familia del deudor, como ya se estudió en el capítulo anterior.

Para el caso de que se establezca el entregar una pensión alimenticia suficiente, la misma deberá llevar implícita la seguridad y bienestar del que la reciba, debe asegurarse una "regularidad y adaptación consistente de la obligación alimentaria a los cambios que se dan tanto en las necesidades del alimentista, como de los recursos del alimentante".² Entonces para que proceda la

² ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y NOROÑA. "La Obligación Alimentaria". México. 1989. Pág. 140.

acción alimenticia se requiere, que la parte acreedora demuestre, tanto la necesidad con que la solicita como que el deudor se encuentre en posibilidad económica de sufragarlos, bien sea porque reciba alguna remuneración por su trabajo o porque posea bienes.

De esta manera se sitúa al juzgador y se le pone en condiciones de poder fijar la cuantía suficiente para la pensión alimenticia, tomando en cuenta que la cantidad que se asigne no debe limitarse a lo indispensable para la supervivencia, sino a todo lo que se necesite para vivir, efectivamente, de acuerdo con la posición económica que se tenía, y también obedeciendo a lo establecido por el artículo 308 del Código Civil, el cual textualmente reza: "Los alimentos comprenden:

I.- La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II.- Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III.- Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo, y

IV.- Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia".

Ahora bien, la pensión alimenticia "es una cantidad de dinero que el deudor ha de entregar, por convenio o por resolución judicial, periódicamente al acreedor".³ De tal manera que la obligación alimenticia debe satisfacerse mediante el pago de una cantidad de dinero nunca en especie y será señalada en razón de las posibilidades del deudor y de las necesidades del acreedor, y así la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hace mención de su criterio con respecto a la proporcionalidad:

ALIMENTOS. PENSIÓN. SU PROPORCIONALIDAD. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA).

La proporcionalidad de una pensión alimenticia debe establecerse conforme al resultado del examen conjunto y sistemático de dos elementos, a saber: la posibilidad del alimentista y la necesidad del alimentario, en los términos dispuestos por el artículo 323 del Código Civil para el Estado de Oaxaca. La posibilidad del alimentista depende, principalmente, de su activo patrimonial, según sea el monto de su salario o ingreso, o el valor de sus bienes, los que han de ser bastantes para cubrir la pensión reclamada; pero debe atenderse también a sus propias necesidades, sobre todo cuando vive separado de sus acreedores alimentarios, lo que obviamente ocasiona que sus necesidades sean mayores; y la necesidad del alimentario ha de establecerse atendiendo, de manera

³ Ibidem. Pág. 139.

preferente, a los conceptos que se comprenden, bajo la palabra alimentos, en los términos dispuestos por el artículo 320 del citado cuerpo de leyes.

Amparo Directo 83/82. Isidro Santiago Mejía. 23 de julio de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: Efrain Ochoa Ochoa. Séptima Época. Volumen CLXIII-CLXVIII. Pág. 20.

Además, puede tener el carácter de provisional, o bien, definitiva, dependiendo del momento procesal donde se substancien los alimentos. Así pues, es provisional cuando al inicio de una controversia de divorcio, el juez ordena el suministro de cierta cantidad para el acreedor alimentario en tanto se tramita todo el procedimiento. Y es definitiva cuando se dicta una resolución o sentencia sobre el divorcio en cuestión y se condena al deudor alimentario a proporcionar una cierta cantidad de dinero por concepto de alimentos al acreedor; tratándose del divorcio por mutuo consentimiento, el monto será establecido en el convenio a que hace referencia el artículo 273 del Código Civil el cuál será aprobado por el juez y por el Ministerio Público; aunque cabe mencionar que en ocasiones la pensión dictada al inicio del juicio es la misma que se decreta como definitiva, pero no siempre sucede así, dependiendo del caso concreto, en este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado diversas jurisprudencias al establecer lo siguiente:

ALIMENTOS. MONTO DE LA PENSIÓN PROVISIONAL Y DEFINITIVA.

El juzgador no esta obligado a fijar como pensión alimenticia definitiva la misma que con anterioridad había señalado con carácter de provisional, pues si bien es cierto que en algunas ocasiones la pensión provisional y la definitiva coinciden, ello no quiere decir que el aumento o la disminución que el Juez hubiere efectuado de la pensión provisional, antes de dictar sentencia definitiva, necesariamente deba trasladarse a ésta, pues de hacerlo así se dejaría prácticamente sin materia de decisión de la sentencia. Es preciso examinar cada caso concreto para determinar si debe o no fijarse como pensión definitiva la misma que se fijó como provisional.

Amparo Directo 5706/72. Jesús García Ramos. 20 de agosto de 1973. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios. Tercera Sala. Pág. 33.

ALIMENTOS. PENSIÓN PROVISIONAL. SU MONTO SE FIJA SIN PERJUICIO DE LO QUE SE RESUELVA EN LA SENTENCIA DEFINITIVA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

Independientemente de que la actora se haya conformado o no con el monto de la pensión provisional, fijada por el juez, tal pensión es sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 162 del Código de Procedimiento Civiles para el Estado de Veracruz, modificado y adicionado por decreto número 18 de doce de noviembre

de mil novecientos setenta, publicado en la Gaceta Oficial del Estado, el veintidós de diciembre de ese año que dice: "En los casos en que se reclamen alimentos, el juez podrá, en el auto en que se dé entrada a la demanda, a petición de parte y atendiendo a las circunstancias, fijar una pensión alimenticia provisional, cuando los acreedores justifiquen con las correspondientes actas del Registro Civil, el vínculo matrimonial o su parentesco con el deudor alimentista sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva". Esto es así, porque el juzgador al decretar la pensión provisional, carece de los elementos suficientes que le son proporcionados durante la secuela del procedimiento, los cuales le permiten conocer la capacidad económica del deudor alimentista así como las necesidades del acreedor para que en la sentencia, previo al correspondiente estudio, fije el monto de la pensión definitiva.

Amparo Directo 411/75. Lucina López Garcilazo. 24 de marzo de 1976. Unanimidad 4 votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerrero. Tercera Sala. Séptima Época. Volumen LXXXVII. Cuarta Parte. Pág. 14.

Y en otras ocasiones el monto de la pensión definitiva podrá disminuir o aumentar dependiendo de las probanzas ofrecidas por las partes, además de que deberán tomarse en cuenta las condiciones económicas del deudor y del acreedor al momento de resolver sobre la cuantía de los alimentos, siempre tomando en consideración, que la misma es variable de acuerdo a lo que dispone el artículo 311 del Código Civil que señala: "Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento de los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente".

Debe entenderse que la obligación y derecho de alimentos, siempre serán susceptibles de cambio, por esta razón para que pueda prosperar la reducción o aumento de una pensión, debe quedar debidamente acreditada la existencia de circunstancias posteriores a la fecha en que se fijó la pensión, causas que verdaderamente modifiquen las necesidades o posibilidades de las personas sujetas a juicio de alimentos y que como consecuencia de lo anterior se haga necesario el señalamiento de un nuevo monto para la pensión, es por eso que en materia de alimentos no opera el principio de la cosa juzgada.

Su fundamento se encuentra en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, aún cuando ya haya concluido el juicio de divorcio por mutuo consentimiento, el contenido del convenio y la resolución dictada pueden modificarse con posterioridad cuando surjan circunstancias que permitan hacerlo.

El artículo 94 del ordenamiento procesal en cita señala lo siguiente: "Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y de las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

En este sentido, aun cuando en el convenio se estipule la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurar los alimentos que proporcionará un cónyuge al otro después de decretado el divorcio por mutuo consentimiento, dicho convenio puede modificarse posteriormente a la sentencia, para disminuir o aumentar el monto de la pensión alimenticia y cuando existan circunstancias que hagan posible esos cambios; por tal motivo, cuando el deudor alimentario acredite que sus posibilidades económicas han disminuido de tal manera, que le sea imposible seguir entregando al acreedor alimentista la cantidad convenida, en estas condiciones debería solicitarse la disminución de la pensión ya que al deudor alimentista no se le puede obligar a lo imposible; por otro lado, si las necesidades del acreedor alimentario han aumentado y el deudor se encuentra en posibilidades económicas para proporcionar esa cantidad requerida para satisfacer cuando menos los gastos a que se refiere el artículo 308 del Código Civil, como lo son: la comida, el vestido, habitación, salud, etc.; en este caso, se pedirá el incremento de la pensión alimenticia.

En resumen, podemos manifestar que existen factores ajenos a la voluntad de las partes, que pueden alterar lo convenido respecto a los alimentos, de manera que no por el hecho de que se hubiese aceptado en un convenio determinada situación, ésta ya no pueda modificarse cuando materialmente sea imposible su cumplimiento en la proporción pactada.

El monto de la pensión alimenticia es fijado por el juez tomando en cuenta las pruebas que las partes presenten atendiendo a la necesidad del acreedor y a la posibilidad económica del deudor.

En tal virtud, para que la pretensión alimentaria prospere tendrá que acreditarse el título en cuya virtud se piden, la necesidad de percibirlos y el caudal aproximado del deudor alimentario. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado lo siguiente al respecto:

ALIMENTOS. MONTO DE LOS.

El Código Civil no fija para cada uno de los casos que sobre petición de una pensión alimenticia se presentan, la cantidad que debe asignarse al deudor alimentario, en virtud de una exigencia regida para todos los casos, sería prácticamente irrealizable; pero sí deja la decisión al juez del conocimiento, quien

debe tomar en cuenta que los alimentos deben ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos, así como también que los alimentos comprendan la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto a los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias de que, si fueren varios lo que deben dar alimentos y todos tuvieren la posibilidad de hacerlo, el juez repartirá el importe de ellos, en proporción a sus haberes.

Amparo Directo 5055/1971. José Raúl Ramírez. 8 de noviembre de 1973. Unanimidad 4 votos. Tercera Sala. Séptima Época. Volumen LIX. Cuarta Parte.

Existe una gran variabilidad de los criterios para fijar la pensión alimenticia, sin embargo la mayoría de los jueces se basan siguiendo el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

También en la actualidad la mayoría de los jueces para normar su criterio y precisar en que forma decretar la pensión alimenticia, ordenan se gire oficio a la empresa en donde presta sus servicios el deudor alimentario, para que aquél informe al juzgado los ingresos de éste, y dé forma por medio de los elementos que están a su mano, decretar una pensión más equitativa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a las controversias de alimentos dice:

"No existe inconveniente legal alguno para la fijación de la pensión alimenticia, se haya señalado un porcentaje sobre los ingresos del deudor, ni pueda deducirse que tal hecho motive inseguridad para éste, ya que si el artículo 311 de la Ley Sustantiva establece la proporcionalidad de los alimentos en relación con la capacidad económica del demandado, es obvio que si los ingresos del deudor aumentaron debería también aumentarse en proporción igual la cantidad que por ese concepto deben recibir los acreedores alimenticios, y si disminuyeron también disminuiría la pensión".⁴

Por lo tanto, y como se analizó anteriormente, en el convenio que se exige para decretar el divorcio por mutuo consentimiento, debe establecerse el aumento o reducción de la pensión alimenticia cuando existan circunstancias que hagan posible esas modificaciones.

Es importante señalar que la Suprema Corte, por sus razonamientos tanto morales como jurídicos, al dictar medidas para el otorgamiento de alimentos, establece una gran variedad de planteamientos en los que destacan las

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Jurisprudencias Sobresalientes". Amparo Directo 3010/73. 21 de septiembre de 1973. Mariano Azuela. Editorial Mayor.

condiciones del obligado a dar alimentos bajo los principios de proporcionalidad y de reciprocidad.

En el divorcio por mutuo consentimiento la forma y cantidad de recibir la pensión alimenticia generalmente está determinada por la voluntad de las partes, previa aprobación del Juez Familiar y del Ministerio Público (artículos 675 y 680 del Código de Procedimientos Civiles).

Debe recalcar que mientras se da trámite al divorcio, y se decide sobre la aprobación del convenio que las partes interesadas presentan, el juez deberá decretar de manera provisional, las cantidades referentes a los alimentos de los hijos y de los que tendrá que dar un cónyuge al otro mientras dure el procedimiento, dictando lo procedente para su aseguramiento (artículo 275 del Código Civil y 675 del Código de Procedimientos Civiles).

La pensión alimenticia definitiva en las controversias familiares, será fijada por el juez hasta la sentencia, la pensión se fijara teniendo el juez en sus manos una mayor cantidad de elementos de juicio que no pudo tener al momento de decretar la pensión alimenticia provisional; además de valorar las pruebas ofrecidas por las partes. Por tanto, el juzgador podrá fijar una pensión más equitativa, tomando como base la proporcionalidad tan buscada en estos juicios.

Sobre el particular y tratándose del divorcio por mutuo consentimiento, es importante hacer mención que el Juez debe tener en cuenta lo que dispone el artículo 311 del Código Civil, el cual dice que: "Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento de los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente". Por lo tanto, y aunque en la práctica no siempre se hacen estas prevenciones en el convenio correspondiente al decretar el divorcio, y tampoco se atiende a lo señalado por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, es necesario que estos aspectos queden debidamente establecidos en el convenio en cuestión, por lo tanto, y por lo anteriormente expuesto propongo una reforma en el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar en los siguientes términos:

"Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

- I.- La edad y el estado de salud de los cónyuges;
- II.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- III.- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;

- V.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades, y
 VI.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.

En el caso de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo, tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.

En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato".

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El monto de la pensión alimenticia que otorgará un cónyuge al otro en el divorcio por mutuo consentimiento, se hará en el convenio respectivo y atendiendo a lo señalado por el artículo 311 de este ordenamiento y 94 del Código de Procedimientos Civiles.

c) **Causas y efectos que dieron origen a esta propuesta.**

Como pudimos darnos cuenta, en el artículo 288 del Código Civil de 1928, en el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tenían derecho a la pensión alimenticia, éste derecho sólo se concedía cuando se decretaba el divorcio necesario y a favor del cónyuge inocente, por lo tanto, el cónyuge culpable tenía que proporcionarle los alimentos derivados de una sanción que la ley establecía, precisamente por haber disuelto el matrimonio.

Posteriormente, con la reforma de 1983, el artículo 288 párrafos segundo y tercero señalaban que: en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. A su vez, el varón tendrá el mismo derecho señalado, pero sólo cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes.

Por último, con la reforma del 25 de mayo del 2000, desaparece el derecho que tiene el varón a percibir alimentos en este tipo de divorcio, lo que considero injusto y por los motivos y circunstancias señaladas en los incisos anteriores, debería conservarse el párrafo relativo a esta situación.

El monto de la pensión alimenticia que dará un cónyuge al otro en este tipo de divorcio, debe estipularse en el convenio, y puesto que es voluntad de ambas partes fijar la cantidad, no se puede dejar de atender a lo establecido por los artículos 311 del Código Civil y 94 del Código de Procedimientos Civiles, sobre los cuales hacemos los siguientes comentarios.

El artículo 311 señala que: "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento de los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente".

Por ello, la carga alimentaria debe tener una justa proporción y un sano equilibrio entre dos manifestaciones externas, una la posibilidad y otra la necesidad; de esta manera podemos establecer que por un lado el acreedor alimentario debe recibir lo necesario para su manutención, y por el otro, el deudor alimentario no debe sacrificar su propio sustento por atender el de aquél.

El artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles nos dice que: "Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos,... pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

Atendiendo a este precepto, se da la posibilidad de que una vez decretado el divorcio por mutuo consentimiento y previa aprobación del convenio que se requiere, éste pueda sufrir cambios aumentando o disminuyendo la

cantidad de alimentos convenida, cuando surjan causas ajenas a la voluntad de las partes que permitan realizar esas modificaciones.

Por tal motivo, no puede dejarse en la incertidumbre todas estas cuestiones relativas a los alimentos, ya que su inobservancia puede provocar graves situaciones de inequidad entre las posibilidades económicas del deudor alimentista y las necesidades reales del acreedor alimentista.

Con todo lo anterior, concluimos este capítulo diciendo que, en materia de alimentos, el juez tiene una facultad amplísima para decidir con respecto a la fijación de la pensión alimenticia, de carácter provisional, mientras se resuelve el juicio, tomando como base todos los elementos e información que las partes le proporcionen y así estar en condiciones de decretar una pensión definitiva justa y equitativa. La intervención del juez está desde luego limitada y de ninguna manera podrá modificar o alterar el procedimiento. Esta participación es con el objeto de que se apliquen los principios de derecho que en cada caso procedan, invocándolos de manera correcta, evitando una posible violación a los derechos de las partes, y además de que se pretende, por regla general, que queden debidamente garantizados los alimentos a quienes tengan derecho a recibirlos, pues se considera una materia de orden público e interés social; deberá en todo momento salvaguardarse los derechos que le corresponden a cada parte y de ello debe encargarse precisamente, el juzgador en su carácter de funcionario público.

CONCLUSIONES.

- 1.- Antes de las reformas estudiadas en el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tenían derecho a la pensión alimenticia. Pero dejaba la posibilidad de que pudiera haber pacto en contrario y un cónyuge se obligue a proporcionar alimentos al otro una vez decretado el divorcio, si así los quisiere y si se encontraba en posibilidades de hacerlo, aunque por ley no era obligatorio.
- 2.- En la última reforma hecha al artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, se omite el derecho que tiene el varón para percibir alimentos en el divorcio voluntario por vía judicial, ante lo cual se viola el principio de reciprocidad de los alimentos, que se encuentra establecido en el artículo 301 del mismo ordenamiento legal.
- 3.- Para establecer la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro en el divorcio por mutuo consentimiento, se debe atender al principio de proporcionalidad, el cual se encuentra señalado en el artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal.
- 4.- El divorcio es la forma legal de disolver el vínculo matrimonial, y sólo se obtiene mediante la declaración de la autoridad judicial y en su caso de la autoridad administrativa dentro del procedimiento señalado por la ley para tal efecto, dejando a los divorciantes en aptitud de contraer otro matrimonio.
- 5.- Para los casos de divorcio por mutuo consentimiento es obligatorio presentar junto con el escrito de demanda, un convenio en el que queden satisfechos todos los requisitos que impone el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, y a su vez el representante del Ministerio Público deberá aprobar dicho convenio si quedaren garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, en caso contrario se harán las modificaciones pertinentes para su aseguramiento.
- 6.- El convenio una vez aprobado adquiere plena eficacia y obligatoriedad jurídica, por lo que ambos divorciantes pueden exigir su cumplimiento.
- 7.- Aunque el convenio representa la voluntad de las partes, éste admite cambios en sus cláusulas cuando existan factores ajenos a la voluntad de ellos que puedan alterar lo convenido, no sólo respecto a los alimentos, sino a otros aspectos de sus vidas, cuando materialmente sea imposible su cumplimiento en la proporción pactada

8.- Aunado a lo anterior, la resolución dictada al concluir el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento puede alterarse y modificarse con posterioridad cuando cambien las circunstancias previstas en el convenio y atendiendo a lo señalado en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Para concluir, considero que se deberían adicionar dos párrafos en la parte final del artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales quedarían en los siguientes términos:

“El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El monto de la pensión alimenticia que otorgará un cónyuge al otro en el divorcio por mutuo consentimiento, se hará en el convenio respectivo y atendiendo a lo señalado por el artículo 311 de este ordenamiento y 94 del Código de Procedimientos Civiles.”

Las reformas que propongo son sustentadas por las siguientes circunstancias:

PRIMERO: El legislador suprime el derecho del varón para recibir una pensión alimenticia, ya que antes de la reforma del 25 de mayo del 2000 este derecho sí se encontraba establecido en el precepto citado, por lo que considero que debería conservarse tal cual, de lo contrario, se estaría pasando por alto el principio de reciprocidad de los alimentos y por otra parte, se estaría violando el artículo 4° de la Constitución Federal el cual señala que el varón y la mujer son iguales ante la ley.

SEGUNDO: La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia que recibirá el cónyuge acreedor, será establecido por ambos consortes en el convenio a que hace referencia el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, para lo cual el juzgador antes de aprobarlo debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad, mismo que se encuentra señalado en el artículo 311 del mismo ordenamiento legal, por otro lado, una vez decretado el divorcio pueden surgir circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que impidan continuar entregando la suma convenida, y ante esta situación, la pensión alimenticia podrá variarse, aumentándose o disminuyéndose, en los términos que establece el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; estas prevenciones deberán estipularse por el juzgador en el convenio correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO NICETO. "Derecho Procesal Mexicano". Tomo I. Editorial Porrúa. 4ª Edición. México. 1989.
- 2.- ARELLANO GARCÍA CARLOS. "Procedimientos Civiles Especiales". Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1987.
- 3.- BAQUEIRO ROJAS EDGAR. "Derecho de Familia y Sucesiones". Editorial Harla. México. D.F. 1990.
- 4.- BEJARANO SÁNCHEZ MANUEL. "Obligaciones Civiles". Editorial Harla. 2ª Edición. México. 1994.
- 5.- BELLUSCIO AUGUSTO CÉSAR. "Manual de Derecho de Familia". Tomo III (Matrimonio-Divorcio). Editorial Depalma. Primera Edición. Argentina. 1979.
- 6.- BENJAMIN PETER. "El divorcio y la separación conyugal". Editorial L.G.D.J. París. Francia. 1969.
- 7.- BRUNELLI GIOVANNI. "Divorcio y nulidad del matrimonio en Europa". Editorial Giuffrè. Milán. Italia. 1970.
- 8.- CALLAHAN PARNELL. "Divorcio y separación conyugal". Editorial Oceana Publications Inc. New York. Estados Unidos. 1967.
- 9.- CODIGO CIVIL COMENTADO PARA EL DISTRITO FEDERAL. Libro Primero. De las Personas. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. Editorial Porrúa. 1995.
- 10.- CÓDIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO. Imprenta Imperial. México. 1866.
- 11.- COMISIÓN PARA REFORMAR LAS LEYES DE ONTARIO. "Estudio del Derecho Familiar". Toronto. Canadá. 1977. 4 volúmenes.
- 12.- COPPOLA RAFFAELE. "Introducción al divorcio y sus consecuencias en Italia". Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Ciencias Jurídicas. 1980.
- 13.- CHÁVEZ ASENCIO MANUEL. "La Familia en el Derecho". (Relaciones Jurídicas Conyugales). Editorial Porrúa. 3ª Edición. México. 1995.
- 14.- CHÁVEZ ASENCIO MANUEL. "La Familia en el Derecho". (Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares). Editorial Porrúa. 2ª Edición. México. 1990.

- 15.- DE IBARROLA ANTONIO. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Tercera Edición. México. 1984.
- 16.- DE PINA VARA RAFAEL. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Tomo I (Introducción-Personas-Familia). Editorial Porrúa. 47ª Edición. México. 1992.
- 17.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. Editorial Porrúa. México. 1989.
- 18.- FOSAR BENLLOCH ENRIQUE. "La separación y el divorcio en el Derecho Español vigente". (Tomo II, Volumen 1). Editorial Bosch. Barcelona. España. 1982.
- 19.- GALINDO GARFIAS IGNACIO. "Derecho Civil". Primer curso. Editorial Porrúa. Décimotercera Edición. México. 1994.
- 20.- GALLARDO RICARDO. "Divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio en las Naciones Latinoamericanas" Editorial Artes Gráficas. Madrid. España. 1977.
- 21.- GOLDSTEIN MATEO. "El divorcio en el Derecho Argentino". Editorial Logos. Buenos Aires. Argentina. 1970.
- 22.- GOURDON CLAUDE. "Estudios de las causas de divorcio". Editorial L.G.D.J. París. Francia. 1973.
- 23.- HAUSER THOMAS. "Derecho de Familia". Editorial McGraw Hill Book Company. New York. Estados Unidos. 1985.
- 24.- KALLENBORN MANFRED. "Divorcio". Editorial Carl Heymanns. Köln. Alemania. 1968.
- 25.- LACRUZ BERDEJO JOSÉ LUIS. "Matrimonio y Divorcio". Editorial Civitas. Madrid. España. 1982.
- 26.- LEHMANN HEINRICH. "Derecho de Familia". Traducción por José María Navas. Madrid. España. Revista de Derecho Privado. 1963.
- 27.- MASCARELL NAVARRO MARÍA JOSÉ. "Nulidad, separación y divorcio". Editorial Montevorvo. S.A. Madrid. España. 1985.
- 28.- MONTERO DUHALT SARA. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Quinta Edición. México. 1992.
- 29.- PALLARES EDUARDO. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa. Vigésima Primera Edición. México. 1994.

- 30.- PALLARES EDUARDO. "El Divorcio en México". Editorial Porrúa. Sexta Edición. México. 1991.
- 31.- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA ALICIA ELENA. "La Obligación Alimentaria". México. 1989.
- 32.- PINEAU JEAN. "Separación y divorcio". Universidad de Montreal. Canadá. 1976.
- 33.- PONS GONZÁLEZ MANUEL. "Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial" (Régimen Jurídico). Editorial Comares. Granada. España. 1985.
- 34.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Séptima Edición. México. 1987.
- 35.- SIMO SANTONJA VICENTE LUIS. "Divorcio y separación" (Derecho Comparado y Conflictual Europeo). Editorial Tecnos. Madrid. España. 1973.
- 36.- Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Jurisprudencias Sobresalientes". Amparo Directo 3010/73. 21 de septiembre de 1973. Mariano Azuela. Editorial Mayor.

LEYES COMPLEMENTARIAS CONSULTADAS.

- + Código Civil para el Distrito Federal.
- + Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- + Diario Oficial de la Federación.
- + Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.