

65
Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL



LAS MODERNAS CONCEPCIONES
DEL DIVORCIO

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

MARCO ANTONIO ALVAREZ PRADO

MEXICO, D. F.

1979

11726



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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

P R O L O G O

Al elaborar el presente trabajo, lo hacemos con el objeto de dar una imagen de los diversos sistemas con que ciertos países han resuelto los conflictos matrimoniales, que afectan la estabilidad de la institución del matrimonio.

Durante su desarrollo, haremos primero una exposición histórica de su evolución; después, presentaremos opiniones de grandes tratadistas que se han ocupado de este tema.

Finalmente, examinaremos este fenómeno socio-jurídico, desde el punto de vista que es tratado por legislaciones extranjeras.

El matrimonio se conceptua como "la unión legal de un hombre y una mujer para perpetuar la especie, debiéndose respeto y fidelidad del uno hacia el otro, y ayudándose recíproca y desinteresadamente en todas las circunstancias de la vida".

Sin embargo, cuando los cónyuges no cumplen con estas finalidades, ¿es necesario que se disuelva ese matrimonio o no? Consideramos que es absurdo mantener un matrimonio aún contra la voluntad de los cónyuges. Se debe tener en cuenta una situación que es inobjetable: el matrimonio ha fracasado en forma irreparable y por tanto ha dejado de ser una realidad.

Es en base a lo anterior que los legisladores han considerado que, en estos casos excepcionales, sí deben disolverse los ma--

rimonios, tanto en beneficio de los cónyuges, como de los hijos, principalmente, y de la sociedad.

Las modernas legislaciones en materia de divorcio han ido -- creando nuevos sistemas e imponiendo mayores condiciones para que los que llegan a casarse no pretendan divorciarse al poco tiempo.

Países que anteriormente no admitían el divorcio han ido, poco a poco, introduciendolo en sus legislaciones.

En fin, sabemos que a los Estados les interesa la estabilidad del matrimonio en cuanto es exponente del esfuerzo, trabajo, - paz y amor, cuando la relación tiene contenido, pero no cuando se relajan los vínculos que unen a los esposos y desaparecen estos -- atributos para dar lugar a una relación carente de sentido.

Por cierto que no es sencillo que el hombre pueda manejarse racionalmente con sus problemas; pero no es mucho esperar que seamos suficientemente maduros para organizar nuestra vida social, sa namente y fuera de los cánones que han perdido validez.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN GENERAL.

C A P I T U L O I

1.- DERECHO GRIEGO

En Grecia la mujer ocupaba un lugar secundario en el hogar; en este pueblo la familia era más que una asociación natural, una asociación religiosa, en la cual, por virtud del matrimonio, la mujer adquiría la religión del esposo, perdiendo por ende la de su familia.

En la época de Homero se realizaba el matrimonio por una especie de compra, después mediante un contrato con intervención de sacerdotes.

El divorcio podía realizarse por voluntad del marido, y se manifestaba por medio de la mera devolución o abandono de la mujer. Pero ésta, en caso de ser abandonada sin razón, podía reclamar la dote y el pago de alimentos. Poco después, también la mujer pudo solicitar el divorcio ante el arconte.

El adulterio se castigaba con severidad (en Tenedos, con la muerte). El adúltero que fuera sorprendido in fraganti podía ser muerto por el marido, conforme a las leyes áticas.

2.- DERECHO ROMANO

La institución del divorcio fue admitida y reglamentada legalmente desde el origen de Roma, a pesar de no estar acorde con la severidad de las costumbres primitivas de este pueblo.

En los primeros tiempos de Roma, el divorcio o disolución del vínculo matrimonial, era un derecho que tenía el jefe de la familia para romper, por su única voluntad, el matrimonio de su

hijo sometido a su autoridad. (1)

Los emperadores Antonio "El Piadoso" y Marco Aurelio, hicieron cesar esta costumbre que se había convertido en un abuso fundado en la autoridad paterna.

Los romanos conocieron tres formas de matrimonio que eran;

1) Confarreatio (de los patricios).

2) Coemptio (de los plebeyos).

3) El Usus.

A las tres formas de matrimonio mencionadas, correspondían solamente dos de divorcio:

1) LA "DIFARREATIO", que servía para disolver la "Confarreatio".

2) LA "REMANCIPATIO", que servía para disolver la "Coemptio" y el "Usus".

DIFARREATIO.- Forma de divorcio para los patricios. Siguiendo el principio "Lo que la religión unía, solamente la religión podía desunir", servía para manifestar que sólo la "Difarreatio" podía disolver el "Confarreatio" que era un matrimonio esencialmente religioso.

Consistía en una ceremonia ante Júpiter (dios del matrimonio romano) oficiada por un sacerdote, entre cuyas facultades se contaba la de negarse para autorizar el divorcio si la causa alegada no era reconocida por el derecho sacro. En lugar de oraciones pronunciaban fórmulas "extrañas y rencorosas" y una especie de maldición por medio de la cual la mujer renunciaba al culto y a los dioses de su marido. Desde entonces el lazo religioso que-

daba roto. Cesando la comunidad del culto, cualquiera otra comunidad cesaba de pleno derecho, y el matrimonio quedaba disuelto.

REMANCIPATIO.- Forma de divorcio para los plebeyos, que servía para disolver el vínculo matrimonial contraído por "coemptio" o por "usus".

Consistía en una venta aparente de la mujer, por el marido, en calidad de esclava y seguida inmediatamente después de una "manumisión por el fingido comprador".

Este divorcio se limitaba a los casos en que con el matrimonio concurría la "manus, razón por la cual la mujer no podía solicitarlo, ni podía oponerse a él.

Causas de disolución del matrimonio entre los romanos.

A) Por muerte de uno de los cónyuges, que dejaba al superviviente en aptitud de contraer otro.

B) Por pérdida del "connubium", o sea la capacidad jurídica para contraer matrimonio.

C) Por Divorcio.

FORMAS DE DIVORCIO EN ROMA

En Roma, el divorcio podía efectuarse bajo dos formas:

- A) Bona Gratia.
- B) Repudiación.

A) BONA GRATIA.- Este divorcio operaba por la simple voluntad de los esposos y no se requería formalidad alguna para que se consumara, tomando como base el principio de que el mutuo disenso disuelve lo que el consentimiento había unido. (2).

B) REPUDIACION.- En el divorcio por repudiación no se requiera causal alguna para que uno de los esposos repudiara al otro, - bastaba con expresarle su deseo de no seguir viviendo en común para quedar leglamente separado. O sea, es el predominio de la voluntad sobre el consentimiento anterior.

La mujer tenía este derecho, al igual que el marido, con excepción de la mujer manumitida y casada con su patrono, La ley Julia de Adulteriis, exigía que quien lo intentara debería notificarlo al otro cónyuge ante la presencia de siete testigos, oralmente o por medio de una acta escrita, la cual era entregada por medio de un liberto.

"A fines de la República y durante el Bajo Imperio, los abusos cometidos por medio del repudio fueron frecuentes y esto obligó a los emperadores a hacerlo más difícil, obligando a los interesados a precisar las causas legítimas de repudiación". (3)

Las causas legítimas de repudiación, en tiempos de Constantino, fueron señaladas de la siguiente manera: la mujer podía repudiar a su marido por ser éste reo de homicidio, de envenenamiento, de violación de sepulcros y por impotencia sexual; a su vez el hombre podía repudiar a su mujer por adulterio, en caso de convertirse en reo por envenenamiento ó por ejercer las artes mágicas.

En cuanto a capacidad de la mujer, ésta podía repudiar a su marido solamente cuando no estuviere sujeta a la autoridad de él, sino a la "manus" del padre o jefe de la familia.

EFFECTOS DEL DIVORCIO.

1) El principal efecto del divorcio era la disolución del vínculo matrimonial.

2) Los cónyuges, al quedar libres del vínculo, estaban en aptitud de contraer nuevas nupcias, con la salvedad de que el varón lo podía hacer de inmediato y la mujer debía esperar un año a partir de la fecha del divorcio.

3) La patria potestad de los hijos menores se otorgaba al cónyuge inocente, quedando la alimentación y la educación a cargo del padre y sólo en forma subsidiaria de la madre.

4) La dote matrimonial (que en Roma constituía la aportación de la esposa o de la familia de ésta a los gastos de la vida conyugal) era recibida inicialmente por el marido, posteriormente el derecho a obtener la devolución de estos bienes se estableció en beneficio de la mujer viuda, divorciada o en favor del padre de la mujer si ésta hubiese fallecido. En tiempos de Justiniano, ciertas reformas a la ley Julia de Adulteriis establecieron la prohibición al marido de disponer la enajenación o gravamen de la dote.

A partir del Bajo Imperio, "la manus" fue cayendo en desuso, se equiparon los derechos del hombre y de la mujer en lo que toca al divorcio, lo que aumentó la disolución de los matrimonios y bastaba para que éste se decretara, que uno de los cónyuges formulara una declaración al otro, notificándole su propósito de divorciarse, seguido de la repudiación.

Posteriormente el matrimonio "sinemanus" cobra vigencia y de

ja de revestir formas solemnes para requerir solamente una declaración consensual. Van relajándose las costumbres, y a fines de la República y durante el Bajo Imperio, la institución del divorcio - perdió toda la seriedad de que estuvo investida en un principio.

No fue sino hasta la época en que los emperadores romanos se convirtieron al cristianismo, cuando empezó a restringirse el abuso de los divorcios. Se fijaron penas de tipo económico y algunas de naturaleza más grave para el cónyuge culpable de repudiación -- sin justa causa.

Con estas intervenciones de los emperadores cristianos a través de las diversas constituciones dictadas para acomodar las --- ideas de la nueva religión, empieza la reglamentación jurídico-estatal de la unión conyugal, y con ello, a dar forma a la idea moderna del divorcio. Al principio se fueron reduciendo las causas - que motivaban el divorcio y, posteriormente, cuando el cristianismo es adoptado como religión oficial, las causales son suprimidas y el matrimonio adquiere carácter de indisoluble y sagrado, desapareciendo de esta manera el rompimiento del vínculo conyugal.

3.- DERECHO CANONICO

La caída del Imperio Romano, que coincide con el afianzamiento de los poderes teológico y terrenal de la iglesia católica, marca el inicio de una nueva etapa histórica, en la que la totalidad de las formas de vida de la humanidad cambian de modo radical. Por lo que respecta a las prescripciones jurídicas, reciben la orientación substancial de la filosofía que dimana de las ideas cristia--

nas, mismas a las que la iglesia católica interpreta en forma férrea y pretendidamente indiscutible, surgiendo así la especial dogmática jurídico-religiosa que conforma el Derecho Canónico.

Este derecho canónico mantiene firme el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, los principales fundamentos teológicos de la prohibición son: en primer término, las palabras de Jesucristo "Quod ergo coniuxit, homo non separet" (lo que Dios une, el hombre no lo puede separar), y en segundo lugar, la consideración eclesiástica de que el matrimonio es la unión de Cristo con la iglesia, al que se le ha dado el carácter de sacramento. Es decir, que al convertir el vínculo en sacramento, la unión conyugal se convierte en indisoluble.

A este respecto el derecho canónico establece que un matrimonio celebrado y consumado entre fieles, no puede disolverse por ningún poder humano, ni por ninguna causa, sólo la muerte puede disolver el vínculo matrimonial.

Sin embargo, este principio, casi absoluto, del derecho canónico de mantener el vínculo conyugal indisoluble, tiene algunos casos de excepción en los que se permite la disolución del matrimonio, los cuales son los siguientes:

a) EL MATRIMONIO PATUM (No consumado).

Este matrimonio es el que se celebra entre fieles (bautizados) con todos los requisitos necesarios para su validez.

Para que pueda disolverse este matrimonio debe obtenerse la

dispensa del Romano Pontífice, éste puede lograrse cuando exista una causa justa, urgente y grave que se suscite en el período comprendido entre la celebración de la ceremonia y los momentos anteriores a la consumación carnal. Durante ese lapso, cualquiera de los cónyuges puede argumentar, por ejemplo, la impotencia dudosa antes o después de la celebración del matrimonio, odio contra el otro cónyuge, alguna enfermedad que imposibilite el curso del matrimonio, probabilidades de perversión; condición sine qua non para la autorización de este divorcio, la consituye la no realización o consumación de la cópula.

La iglesia encuentra el fundamento de esta disolución en que mientras no haya cópula, no existe vínculo indisoluble, y por consiguiente puede concederse la disolución, pues el vínculo todavía no existe.

De acuerdo con lo anterior podemos concluir que la iglesia no admite la disolución del MATRIMONIO CONSUMATUM (consumado), realizado entre católicos; en este matrimonio no es posible el rompimiento vincular en virtud de que los cónyuges ya han tenido relaciones sexuales.

b) EL MATRIMONIO ENTRE INFIELES (Persona no bautizada).

Este matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque se haya consumado, se disuelve en favor de la fé por el privilegio Paulino. (CANON 1120) (4)

Para que el privilegio paulino pueda ser invocado con el fin

de obtener la disolución del vínculo matrimonial, es necesario que se trate de un matrimonio entre fieles, y no de matrimonio contraído con la dispensa del impedimento de disparidad de cultos, entre un bautizado y un no bautizado.

El matrimonio de los infieles no se disuelve si uno de los cónyuges se convierte y el otro sigue viviendo con el cónyuge convertido, sin peligro para la fe de éste; pero si el cónyuge infiel no acepta convertirse ni continuar pacíficamente la vida conyugal, entonces el convertido puede invocar el privilegio paulino para disolver su matrimonio contraído en la infidelidad, no obstante que haya sido consumado, y celebrar uno nuevo con una persona católica.

La ley canónica dispone en este caso que, antes de que el cónyuge fiel contraiga nuevas nupcias, debe interpelarse al infiel para que manifieste si quiere convertirse (recibiendo el bautizo) o cohabitar en forma pacífica; de responder negativamente, surge el derecho del cónyuge fiel para contraer otro matrimonio con persona católica. (CANON 1123) (5)

El matrimonio contraído en la infidelidad no se disuelve, sino en el momento de la celebración del nuevo matrimonio, de tal manera que si el convertido no hace uso del privilegio paulino, inmediatamente después de recibido el bautismo, el matrimonio subsiste con todas sus consecuencias.

Es imposible una dispensa pontificia respecto del matrimonio de los infieles en dos casos: cuando ninguno de los dos cónyuges -

consienta en bautizarse y cuando han sido bautizados válidamente y tuvieron después trato carnal.

Aunque como señalamos anteriormente, la iglesia católica ha mantenido firme el principio de la indisolubilidad del vínculo conyugal, el cual sólo se puede disolver con la muerte, o por las razones que ya mencionamos -matrimonio rato y matrimonio de infieles-, no ha dejado de reconocer que como consecuencia de las pasiones y debilidades humanas, se pueda llegar a una desarticulación de la vida conyugal que puede tornarla insostenible; con base a determinadas causas ha autorizado la separación de cuerpos a la que ha dado en llamar "divorcio de los católicos". Esta separación es de lecho, mesa y habitación.

c) LA SEPARACION DE LECHO, MESA Y HABITACION.

Esta separación es otra de las formas previstas en el derecho canónico para la solución de problemas conyugales, y puede ser temporal o definitiva, según sea la gravedad de las causas que la motivan.

La Separación Definitiva de Lecho, mesa y habitación, se origina por una sola causa, que es el adulterio de uno de los cónyuges, hecho que daña gravemente la naturaleza del matrimonio y por lo tanto, el esposo ofendido, tiene derecho a solicitar la separación.

Es pues, el adulterio la única causa que justifica la separación definitiva, pero para que el adulterio sea causa de separación no debe ser consentido, ni provocado, ni condenado expresa o

tácitamente, por el cónyuge inocente. Para que esta separación sea válida debe ser decretada por la autoridad eclesiástica.

La Separación Temporal de lecho, mesa y habitación. Tiene lugar por otras causas que la iglesia considera de menor gravedad y que al desaparecer éstas, la vida común se restablece. Dichas causas estan consignadas en el CANON 1131; "Si uno de los cónyuges se adscribe a una secta católica, si educa a la prole acatólicamente, si lleva una vida criminosa e ignominiosa, si constituye para el cónyuge grave peligro de alma o de cuerpo, si le hace la vida común sumamente difícil por sus sevicias, etc.; éstas y otras causas análogas son para el otro cónyuge otras tantas causas legítimas de separarse por autoridad del Ordinario del lugar y aún por autoridad propia si constan ciertamente dichas causas y hay peligro en la demora". (6)

Los efectos que en relación con los hijos produce la separación de los cónyuges son los siguientes; "Hecha la separación, los hijos han de ser educados por el cónyuge inocente, y si uno de ambos cónyuges fuese acatólico, por el cónyuge católico.

La separación de cuerpos en los matrimonios católicos, concedida por la iglesia, nos demuestra que hay situaciones conyugales que a veces se tornan tan difíciles de sostener, que la misma iglesia ha tenido que reconocerlas y darles una reglamentación en el código canónico, sin llegar a romper el vínculo matrimonial.

§.- DERECHO AZTECA.

El divorcio fue entre los aztecas una de las instituciones sociales que respondieron con mayor claridad a las exigencias del pueblo en relación a sus costumbres. Precisamente la existencia del divorcio en sus leyes nos está demostrando que hubo en él un elevado concepto de las relaciones matrimoniales.

Es necesario hacer resaltar la circunstancia de que los aztecas tuvieron una alta concepción de la necesidad absoluta de mantener hasta donde fuera posible el hogar, estableciendo el divorcio como un recurso extraordinario al que podían llegar sólo en extremas circunstancias.

El hecho anterior es fácilmente comprensible si recordamos que el pueblo azteca, guerrero por antonomasia, necesitaba que su raza se conservara y no se extinguiera, cosa que podía ser factible debido a la cantidad de guerreros que morían en cada batalla o que eran ofrecidos en continuos sacrificios a sus dioses. Por lo tanto, era obvio que se exigiera el matrimonio a fin de incrementar la población.

El matrimonio era la base de la familia y como tal, se le tenía en un alto concepto, estuvo en todo tiempo sancionado por la ley, además como era un acto exclusivamente religioso carecía de validez alguna cuando no se celebraba según el ritual. (7)

"El matrimonio así constituido solamente podía disolverse en virtud de un fallo judicial; la solicitud de separación no era acogida con favor y los jueces trataban de dificultarla en todo lo posible.

Ahora bien, es preciso hacer notar que el pueblo azteca, siendo profundamente religioso, se inclinaba por la indisolubilidad del matrimonio, para poder conservar y proliferar su raza, sin embargo practicaron el divorcio, para responder con mayor claridad a algunas exigencias, pero de cualquier forma sólo se otorgaba excepcionalmente y mediante un fallo judicial.

La declaración judicial no decretaba directamente la separación, sino que autorizaba a los esposos a hacer lo que mejor les conviniera; los jueces, por tanto, permitían la separación pero no la ordenaban, con lo que la forma de autorizar el divorcio era, tal como antes quedó indicado, no un procedimiento muy socorrido, sino un recurso al que solamente en verdaderas circunstancias apremiantes podía acudirse, y nunca un medio para burlar mujeres, o para solicitarlo cuantas veces lo desearan y luego poder contraer nuevo matrimonio. Para evitar lo anterior, una vez concedido el divorcio por la ley, los esposos divorciados no podían contraer nupcias por segunda vez, entre ellos mismos, porque se les aplicaba la pena de muerte.

Aludiendo a esta circunstancia el historiador Carlos Durán nos dice:

"Los esposos divorciados no deberían volver a casarse, so pena de muerte". (8)

El procedimiento del divorcio era el siguiente; los esposos que deseaban separarse acudían a la autoridad que debía resolver su situación, el juez trataba que los cónyuges se reconciliaran,

y en caso de no lograrlo los despedía con aspereza, cosa que los cónyuges interpretaban como autorización tácita de consentir el divorcio.

Las causas que podían originar la separación de los esposos eran las siguientes:

- 1.- El marido podía pedir el divorcio cuando la mujer fuera estéril y en los casos que ésta se mostrara pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa. (9)
- 2.- La mujer, a su vez, podía solicitar el divorcio cuando su esposo fuera incapaz de sostenerla, de educar a los hijos, y cuando la maltratara físicamente. (10)

La ley azteca consideró a los hijos como el eje principal sobre el cual deberían girar todos los demás aspectos de las relaciones de los esposos, y es así como se estatuyeron las normas siguientes:

- 1.- Los aztecas señalaron normas tendientes a evitar la confusión en la paternidad, y para garantizar, dentro de las relaciones familiares, la paternidad de cualquier infante establecieron la siguiente prohibición, "una viuda que amamantara no podía volverse a casar durante el tiempo de la crianza, la cual duraba cuatro años".
- 2.- Señalaron normas que aseguraban la existencia de los hijos, de tal manera que en todos aquellos casos en los que un juez autorizaba un divorcio, los hijos eran atribuidos al esposos y las hijas a la esposa. La parte culpa-

ble perdía la mitad de sus bienes.

Lo anterior demuestra que la legislación azteca buscó siempre un camino adecuado para procurar que los hijos no resultaran perjudicados al concederse un divorcio.

Haciendo un pequeño resumen, podemos concluir que el derecho azteca, en lo que se refiere al divorcio, no fué utilizado por los aztecas como un medio para satisfacer vanos caprichos, sino que trató de regular todos los aspectos jurídicos que producía el rompimiento del vínculo conyugal, el cual comprende a los esposos, a los hijos y a los bienes del matrimonio; y que solamente se usaba como un recurso extraordinario al que se llegaba en circunstancias extremas.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) PETIT, Eugene.- "Tratado Elemental de Derecho Romano". Ed. -
Nacional México, 1966. p. 109.
- (2) ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Derecho Civil Mexicano". T.II
Vol. II. Ed. Libros de México, S. A. México, D. F., 1962.
p. 14.
- (3) PETIT, Eugene. Op. cit. p.110.
- (4) ALONSO CABREROS, Miguélez.- "Código de Derecho Canónico". -
T.I. Ed. Católica, S. A. Madrid, 1969. p. 434.
- (5) ALONSO CABREROS, Miguélez. Op. cit. p. 436.
- (6) MONTERO Y GUTIERREZ, Eloy.- "Manual de Derecho Canónico". -
T.II. Ed. Perrot. México, 1950. p.175.
- (7) ZURITA, Alonso de.- "Historia de México". Ed. Salvador Chá--
vez Hayhoe. México. p. 58.
- (8) DURAN, Carlos.- "Costumbres de los Aztecas". T.II. Ed. Na--
cional. México. p. 116.
- (9) ESQUIVEL OBREGON, Toribio.- "Apuntes para la Historia del De--
recho en México". T.I. Ed. Polis. México, D. F., 1937.
p. 365.
- (10) VAILLANT, George.- "La Civilización Azteca". Ed. Fondo de -
Cultura Económica. México, 1944. p. 142.

CAPITULO II

EL DIVORCIO

C A P I T U L O I I

1.- ORIGEN DE LA PALABRA.

Desde el punto de vista etimológico, el divorcio proviene - de la raíz latina "DIVORTIUM" la que a su vez deriva de "DIVERTERE" y que significa irse cada uno por su lado.

Gramaticalmente la palabra divorcio significa separar, apagar los que debían estar juntos. (1)

En un sentido jurídico significa la disolución del vínculo matrimonial, mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, basada en las causas determinadas por la ley, y que deja a los cónyuges en aptitud de - contraer un nuevo matrimonio.

La institución del divorcio es un tema que, dentro de las distintas etapas por las que ha atravesado la civilización, ha sido - de amplia discusión, en cuanto a su fundamento jurídico y social.

Ya en el capítulo anterior analizamos algunas de las civilizaciones que conocieron el divorcio entre ellas a los romanos, los griegos y los aztecas.

2.- CONCEPTO DE DIVORCIO

A) CONCEPTO DOCTRINAL

El divorcio ha existido desde tiempos remotos, y ha sido de finido por diversidad de autores. A continuación citaremos a algunos de ellos.

a) PLANIOL Y RIPERT.- Estos tratadistas franceses le dan al

divorcio la siguiente definición; "Es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido, que no puede obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley". (2)

b) BONNECASE.- "Divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial". (3)

La definición de Bonnecase es compatible con el espíritu de nuestra legislación, pues dentro de su contenido se encuentran los elementos de la ruptura del vínculo que une a los cónyuges, y el requisito previo de ser legal el matrimonio; existe también el acto que disuelve el matrimonio, o sea, el divorcio, que debe ser pedido por ambos cónyuges o por uno de ellos, fundándose en las causas que la misma ley señala y que debe decretarse por sentencia judicial emanada de autoridad competente.

c) COLIN Y CAPITANT.- Definen el divorcio de una manera muy semejante a como lo hace Bonnecase, señalando que: "Divorcio es la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por una de las causas establecidas en la ley". (4)

Desde luego, en nuestro derecho tal definición resultaría incompleta, pues no comprende la decisión administrativa que recae en el especial divorcio, previsto en el artículo 272 del Código Civil, y el cual reseñaremos con posterioridad.

Por lo que respecta a la doctrina mexicana, citaremos a los siguientes tratadistas:

Ignacio Galindo Garfias.- Define al divorcio como: "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". (5)

Por su parte Benjamín Flores Barroeta, dice: "Divorcio, es la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración, y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio". (6)

B) CONCEPTO JURIDICO

En materia civil nuestra legislación actual no define ni en su naturaleza, ni en su esencia el concepto de divorcio, los códigos de 1870 y 1884 se encontraban en la misma situación, asimismo lo olvida la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. Desde el punto de vista de sus efectos el Código Civil de 1928 (que es el código vigente), en su artículo 266 nos lo menciona de la siguiente manera: "Divorcio es la disolución del vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

CODIGO CIVIL DE 1870.- El divorcio ha sufrido cambios considerables desde el punto de vista de sus efectos, de esta manera encontramos que el Código Civil de 1870, en el artículo 239, disponía "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".

CODIGO CIVIL DE 1884.- Por lo que respecta al Código Civil -

de 1834, en su artículo 226, en forma general, lo establecía en la misma forma que el Código de 1870. Es decir sólo admitía la separación de cuerpos, subsistiendo el vínculo matrimonial y suspendiendo alguna de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.- Esta ley hace que el concepto de divorcio adquiriera una significación nueva, ya no suspende algunas de las obligaciones civiles que impone el matrimonio como hasta entonces se le había conceptuado; estatuye que el matrimonio es un vínculo disoluble y que el divorcio da término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados contraer nuevas nupcias. (7)

En el artículo 75 de dicha ley se estatuyó: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". (8)

Código Civil Vigente.- El Código Civil de 1928 le da el divorcio el mismo concepto jurídico que la Ley sobre Relaciones Familiares. En el artículo 266 el Código Civil Vigente reprodujo el artículo 75 de la citada ley, que a la letra dice: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". (9)

El divorcio en su concepción jurídica, esclarece toda confusión con instituciones análogas, viene a ser la disolución del vínculo matrimonial, decretada por la autoridad judicial y en ciertos

casos por la administrativa, en vida de los cónyuges, a petición de uno o de ambos, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe, basándose en causas especificadas por la ley, la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.

Estas apreciaciones doctrinarias y jurídicas bastan para precisar la idea esencial que se requiere de la institución que nos ocupa, y para abordar el estudio de sus generalidades.

3.- NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO.

El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual el contrato de matrimonio concluye y disuelve el vínculo conyugal, tanto en relación a los cónyuges como respecto a terceros. Decimos que puede ser jurisdiccional si emana de la autoridad judicial; también puede ser administrativo. El divorcio administrativo emana de autoridad administrativa; y lo declara el juez del Registro Civil.

Lo anterior se deduce de los artículos relativos, en especial del artículo 266 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, que establece: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En resumen, el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal, que sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la misma ley establece, produciendo, en consecuencia, dos efectos: el de dicha ruptura, y el de otorgar a los cónyuges el derecho de contraer un nuevo matrimonio, como lo previene el artículo 289 del

propio código al establecer: "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio."

Los tipos de divorcio, tanto el que se tramita ante el órgano jurisdiccional, como el que se tramita ante el juez del Registro Civil serán objeto de nuestro estudio en el inciso número cinco del presente capítulo.

4.-LA ACCION DE DIVORCIO

Características de la acción de divorcio:

- 1.- Es una acción personalísima.
- 2.- Es una acción sujeta a caducidad.
- 3.- Se extingue por reconciliación o perdón.
- 4.- Es susceptible de renuncia y desistimiento.
- 5.- Se extingue por la muerte de cualesquiera de los cónyuges, antes de ser ejercitada o durante el juicio.
- 6.- La acción de divorcio sólo se otorga al cónyuge que no dió causa al mismo.

1.- CARACTER PERSONALISIMO DE LA ACCION DE DIVORCIO.

Es una acción personalísima, porque sólo puede intentarla la persona facultada por la ley. Esta acción no puede ser intentada por los herederos, tampoco los acreedores podrán substituirse al cónyuge inocente por el interés pecuniario que tuvieran para intentar la acción.

El cónyuge menor de edad puede hacer valer directamente la

acción de divorcio, porque su matrimonio produjo de pleno derecho su emancipación; tendrá personalmente que hacerla valer, pero asistido de un tutor especial que no realiza una función de representación, sino de asistencia, (artículo 643 fracc. II)

No es la voluntad del tutor la que substituye a la del menor emancipado, sino que solamente lo aconseja, lo asesora. Por tanto, la decisión en principio tiene que existir del menor emancipado, - la que posteriormente ratificará ante el juez.

En relación al mayor de edad incapacitado, por locura, idiotismo, imbecilidad, embriaguez consuetudinaria o uso excesivo de drogas enervantes, el maestro Rojina Villegas cree que puede el tutor interino que se le nombre, intentar la acción de divorcio en representación de su protegido, si se trata del cónyuge inocente - incapacitado. (*) Este es un caso, no de asistencia, sino de verdadera representación jurídica (*) lo anterior lo dice el maestro Rojina Villegas y fundamenta su opinión en la fracción II del artículo 581, que dice:

ARTICULO 581.- FRACCION II: "En los casos en que el cónyuge incapaz pueda querrelarse del otro, denunciarlo o de mandar para asegurar sus derechos violados o amenazados, será representado por un tutor interino que el juez le nombrará. Es obligación del curador promover este nombramiento y si no lo cumple, será responsable de los perjuicios que se causen al incapacitado. También podrá promover este nombramiento del Consejo Local de Tutelas (SIC). (10)

2.- CADUCIDAD DE LA ACCION DE DIVORCIO.

La caducidad, en el derecho consiste en la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la ley, no se puede evitar esa extinción porque no se interrumpe el plazo ni se suspende. La caducidad se caracteriza, por consiguiente, por la extinción fatal, necesaria o inevitable de la acción, del derecho o de la obligación, por el solo transcurso del tiempo; y el juez debe declararla de oficio de tal manera que para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta caducidad, no queda otra posibilidad que hacer valer oportunamente la acción. Si no se ejercita oportunamente por la lógica misma del sistema jurídico, de manera irremediable, se extingue la acción.

3.- LA ACCION DE DIVORCIO SE EXTINGUE POR RECONCILIACION O POR PERDON EXPRESO O TACITO

El perdón se encuentra contenido en el artículo 279 del Código Civil vigente que establece: "Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 puede alegarse para pedir el divorcio cuando ha ya mediado perdón expreso o tácito"

Según este precepto todas las causas de divorcio son susceptibles de perdonarse. En el artículo 267. hay algunas que no pueden catalogarse como hechos imputables, tales como; la locura, enfermedades crónicas e incurables y la impotencia incurable para la cópula.

La reconciliación se estatuye en el artículo 280 del citado

código, y establece: "La reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoria".

La reconciliación existe cuando, después que se presenta la demanda de divorcio, hay cohabitación entre los cónyuges.

4.- LA ACCION DE DIVORCIO PUEDE SER OBJETO DE RENUNCIA O DESISTIMIENTO.

En relación a la renuncia, solamente pueden renunciarse las causas de divorcio ya consumadas, de tal manera que, son susceptibles de renuncia, todas las causas señaladas en el artículo 267,

La acción de divorcio también puede ser objeto de desistimiento, que equivale a una renuncia pero de la acción ya intentada. Es decir, la renuncia puede presentarse en dos formas: antes de que se intente la acción, o una vez intentada; pero en los dos casos la causa de divorcio debe ser consumada.

5.- LA ACCION DE DIVORCIO SE EXTINGUE CON LA MUERTE DE CUAL-ESQUIERA DE LOS CONYUGES.

La acción de divorcio se extingue y se da por terminado el juicio en el caso de muerte de cualesquiera de los cónyuges.

Si tomamos como base que la acción de divorcio tiene por objeto la disolución del vínculo matrimonial, y ésta se produjo por la muerte de uno de los cónyuges, necesariamente el procedimiento debe terminar, porque dejó de existir la materia de la sentencia. (artículo 290)

6.- LA ACCION DE DIVORCIO SOLO SE OTORGA AL CONYUGE QUE NO DIO CAUSA AL MISMO.

La acción de divorcio sólo se otorga al cónyuge inocente, o en su caso, al cónyuge sano. Es decir, al que no hubiere dado causa al divorcio.

El artículo 278 establece: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda". (11)

5.- TIPOS DE DIVORCIO.

Nuestro Código Civil establece las siguientes formas de divorcio:

1.- DIVORCIO VOLUNTARIO

- a) Divorcio voluntario administrativo.
- b) Divorcio voluntario judicial.

2.- DIVORCIO NECESARIO

- a) Divorcio Sanción.
- b) Divorcio Remedio.

3.- Separación de Cuerpos.

El Código Civil vigente establece dos clases de divorcio; divorcio voluntario y divorcio necesario.

El divorcio voluntario se clasifica por la forma en que se efectúa y por los presupuestos que deben reunir los consortes en: divorcio voluntario administrativo y divorcio voluntario judicial.

A su vez el divorcio necesario se clasifica, tanto por sus

consecuencias como por la causa que lo origina en: divorcio sanción y divorcio remedio.

1.- DIVORCIO VOLUNTARIO

La fracción XVII del artículo 267 del Código Civil vigente, señala como causa de divorcio, el mutuo consentimiento, dando lugar al divorcio voluntario.

Esta causal de divorcio da lugar a dos formas diferentes respecto al procedimiento para obtener el divorcio, ellas son: el divorcio voluntario administrativo y el divorcio voluntario judicial, necesitándose desde luego, para intentarlo, en cualquiera de los procedimientos, además del mutuo consentimiento como requisito esencial, que haya transcurrido como lo indica el artículo 274 del propio código, un año desde la celebración del matrimonio hasta la iniciación del procedimiento.

a) DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO

Esta forma de divorcio, en la cual se sigue un procedimiento sencillísimo, es llamado así porque no interviene en su tramitación ninguna autoridad judicial, sino simplemente el juez del Registro Civil del lugar del domicilio conyugal, es decir, una autoridad administrativa.

De conformidad con el artículo 272 del Código Civil se requiere para tramitar este tipo de divorcio que ambos consortes, además de convenir en divorciarse, sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal, si

bajo este régimen se casaron.

El procedimiento para obtenerlo es el siguiente: ambos consortes deberán presentarse ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, ante quien acreditarán con las respectivas copias de las actas de matrimonio y nacimiento que son casados y mayores de edad, manifestándole su voluntad de divorciarse.

En tales condiciones, el Juez del Registro Civil una vez - obtenida la identificación de los consortes, por los medios establecidos por la ley, levantará una acta en la cual se hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que comparezcan nuevamente ante su presencia a ratificarla a los quince días. Si los consortes la ratifican, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta del matrimonio anterior.

En caso que los consortes se divorcien sin reunir los requisitos anteriores, su divorcio no surtirá efectos legales y sufrirán las penas establecidas en el Código Penal.

b) DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

El divorcio voluntario judicial se encuentra basado en el último párrafo del artículo 272, que se expresa en los términos siguientes: "Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, acudiendo ante el juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles".

El divorcio voluntario judicial debe tramitarse ante el Juez de lo familiar y se encuentra regulado por los artículos del 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles. Este cuerpo de leyes dispone que cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos que dispone la parte final del artículo 272 del Código Civil, transcrito anteriormente, deberán acudir al tribunal competente presentando el convenio que exige el artículo 273 del citado ordenamiento, así como también deberán acompañar a su solicitud de divorcio una copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos menores de edad.

El convenio exigido por el artículo 273 que deben presentar los consortes junto con su demanda de divorcio, debe contener los siguientes puntos:

- 1.- Designación de la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- 2.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- 3.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.
- 4.- 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;

5.- 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 este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Por lo demás, el Código de Procedimientos Civiles señala un procedimiento de avenimiento, al cual debe sujetarse este divorcio voluntario judicial. Así, en el citado código se establece que presentada la solicitud de divorcio, con el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, el Juez citará a una segunda junta en que volverá a exhortarlos a la reconciliación, solamente que después de esta segunda junta de avenencia, no se lograre la reconciliación, el Juez dictará la sentencia en que declarará disuelto el vínculo matrimonial.

Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el tribunal mandará -- remitir copia de ella al Juez del Registro Civil del lugar en que el matrimonio se efectuó, y al nacimiento de los divorciados, para que haga la inscripción de la sentencia en los términos que indica la ley (artículos 114, 115, 116 y 291 del C.C.)

2.- DIVORCIO NECESARIO

El divorcio necesario tiene su origen en las causales señaladas en las fracciones I a la XVI del artículo 267 del Código Civil vigente.

Dentro de este sistema de divorcio podemos considerar los --

dos tipos. que son: el divorcio sanción y el divorcio remedio.

Ambas formas implican una contienda entre las partes, - por lo que es necesario llevar a cabo un juicio, que de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles, corresponde al juicio ordinario civil.

a) DIVORCIO SANCION

El divorcio sanción se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien, un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio.

Como su nombre lo indica, este divorcio supone culpa en el cónyuge que incurre en la causal que lo origina, y por ende, al ser declarado el divorcio impone la sanción respectiva al consorte culpable, que es como hemos indicado, lo que da el nombre a este tipo de divorcio.

Se encuentra establecido en los artículos 267 (fracciones I, II, III, IV, V, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV y XVI) y 268 del Código Civil vigente, Dichas fracciones del artículo 267 establecen lo siguientes:

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

II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este 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 carnales 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.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

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

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

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

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

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de

los cónyuges en el caso del artículo 168.

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

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

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

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

Por su parte el artículo 268 establece lo siguientes: -
"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

Las sanciones que se imponen al cónyuge culpable son: en relación a los hijos del matrimonio; de carácter pecunario y de restricción para contraer nuevo matrimonio. Sin embargo este aspecto

to de los efectos del divorcio lo trataremos en el siguiente punto del capitulario, con excepción del efecto que se refiere a la libertad de contraer nuevo matrimonio el cual citaremos a continuación.

En relación a la libertad de contraer nuevo matrimonio, al cónyuge culpable se le impone de conformidad con el artículo 289, la restricción de no poder volverse a casar sino pasados después de transcurrir dos años contados a partir de la fecha en que se decretó el divorcio.

b) DIVORCIO REMEDIO

El divorcio remedio se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias. (12)

Es decir, esta forma de divorcio es llamado así porque se dicta en atención a que las causas que lo originan, suponen una situación de tal magnitud grave que hace imposible la vida en común o la imposibilidad de cumplimiento de los fines esenciales del matrimonio por causas que no suponen ninguna culpabilidad en el cónyuge en quien se realizan las hipótesis previstas en las causas VI y VII del mencionado artículo 267, pues son involuntarias, ya que es evidente la gravedad que significa para el otro cónyuge contraer - cualquiera de los males de que nos hablan las fracciones mencionadas. Con este tipo de divorcio se busca evitar males más graves, tanto - para el cónyuge sano, como para los hijos a quienes se les protege de ser contagiados; o bien de la sana influencia que puede ejercer

en el seno de una familia un sujeto desequilibrado permanentemente.

Las causas mencionadas de divorcio remedio, dicen literalmente:

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

VII.- Padecer enajenación mental incurable.

Respecto al último caso de la fracción VI, o sea la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, podemos decir, que entre el objeto del matrimonio, está precisamente el débito carnal y no siendo posible éste, sería en extremo injusto condenar a una persona de por vida a una serie de frustraciones que la falta de actividad sexual origina sobre todo en una persona joven.

El divorcio obtenido con fundamento en las causales previstas en las fracciones citadas no produce sanción alguna que pueda revestir ese carácter, y a pesar de la obscuridad de nuestro Código Civil en este punto, se consigna en la tercera regla del artículo 283 que los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, agregando que el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

3.- SEPARACION DE CUERPOS

Como ya quedó dicho, además del divorcio vincular, - existe en nuestro Código Civil vigente una forma moderada de separación de cuerpos.

La separación de cuerpos no puede considerarse como un verdadero divorcio; se pronuncia al igual que éste por medio de una sentencia, pero se diferencia en que no disuelve el vínculo matrimonial, quedando subsistentes todas las obligaciones y deberes inherentes al matrimonio, a excepción del deber de cohabitación.

Nuestro Código Civil, establece en su artículo 277 la separación de cuerpos al decir textualmente: "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

Como podemos apreciar, las causas que sirven de apoyo para pedir la separación de cuerpos están enunciadas limitativamente en las fracciones VI y VII del artículo 267, y son las mismas causas que originan el divorcio remedio, de donde se infiere que el cónyuge que se encuentre en la hipótesis de dichas fracciones, puede pedir, o bien el divorcio vincular o la simple separación de cuerpos, en cuyo caso el cónyuge sano sigue conservando el vínculo matrimonial, pero previniéndose del contagio del cónyuge enfermo, no sólo a su persona sino a los propios hijos, evitando incluso, que nazca con deficiencias genéticas.

6.- EFFECTOS DEL DIVORCIO

Los efectos del divorcio se dan en razón del proceso y de la sentencia definitiva, afectando a la persona de los cónyuges, a

la persona de los hijos y al patrimonio familiar.

Los efectos pueden ser de dos tipos: provisionales y definitivos.

Efectos Provisionales.- Se dan de la fecha de admisión de la demanda hasta la sentencia.

Efectos Definitivos.- Son los que resuelven la situación creada por el divorcio.

Los efectos provisionales, en cuanto a los cónyuges son: separación de hecho, designación de la persona a quienes sean confiados los hijos del matrimonio, que puede ser uno de los mismos cónyuges.

En cuanto a los hijos, los efectos con respecto a las obligaciones y derechos que se tienen sobre ellos con variados en la medida de la culpabilidad o inocencia de cada uno de los cónyuges, los alimentos deberán ser asegurados de igual manera para el cónyuge acreedor, caucionando su pago o señalando bienes que los garanticen. Las medidas tendientes a proteger el patrimonio se refieren a la administración y liquidación desde la iniciación del juicio, hasta la sentencia definitiva.

Los efectos definitivos, en cuanto a los cónyuges son: la disolución del vínculo matrimonial, que es el principal efecto del divorcio la capacidad para contraer nuevas nupcias;

Los efectos definitivos sobre la persona de los hijos giran en torno al derecho de alimentos y la legitimación, sobre todo del hijo que está concebido al momento de la separación conyugal o del divorcio.

Los efectos más importantes que sobre ellos se causan son los de la patria potestad, en este aspecto se sigue el sistema de Justiniano que otorga la patria potestad al cónyuge inocente. (13)

Si ambos fueren culpables, quedará en poder del ascendiente que corresponda y, en caso de no haberlo, se les nombrará tutor. (*)

Los efectos en relación al patrimonio familiar son: disuelve la sociedad conyugal, puede exigirse la devolución de las donaciones y el pago de indemnización de daños y perjuicios que el cónyuge culpable cause al inocente por los efectos del divorcio.

Después de ejecutoriado el divorcio se producirá la disolución de la sociedad conyugal que se hubiere estipulado entre los esposos, y se procederá a su liquidación tomándose las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges con relación a los hijos. (ART. 287)

En cuanto a las donaciones, el cónyuge que provocó la disolución del matrimonio pierde todo lo que el otro cónyuge u otra persona le hubiere dado o prometido en relación al matrimonio. El cónyuge inocente conserva lo recibido y puede reclamar lo pactado en su provecho. (ART. 286)

Por lo que respecta a la obligación del pago de alimentos y de indemnizar al cónyuge inocente de todos los daños y perjuicios que se le hubieren causado por virtud del divorcio, el juez, tomando en cuenta la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable a cumplir con estas obligaciones.

En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los conyuges no tienen derecho para exigir pensión alimenticia o incemnización. (ART. 288)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA".- Real Academia Española. Ed. Espasa-Calpe, S. A. Madrid, 1958. - p. 592.
- (2) PLANIOL, Marcel y Ripert, Jorge.- "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". T.II. Ed. Cultural, S. A. La Habana, - 1946. p. 368.
- (3) BONNECASE, Julian.- "Elementos de Derecho Civil". T.I. Ed. José Ma. Cajica Jr. Puebla, Pue., 1945. p.552.
- (4) COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry.- "Curso Elemental de Derecho Civil" T.I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1952. -- p. 436.
- (5) GALINDO GARFIAS, Ignacio.- "Derecho Civil". Editorial Porrúa, S. A. México, 1976. p. 563.
- (6) FLORES BARROETA, Benjamín.- "Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil". T.II. México, 1964. p. 461.
- (7) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.- Ed. Ediciones Andrade, S.A. Segunda Edición. México, D. F., 1964.
- (8) ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil". Editorial Porrúa, S. A. México, 1971. p.350.
- (9) NUEVO CODIGO CIVIL DE 1928 PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Anotado y Concordado por el Lic. Gabriel Leyva y el Lic. Lisandro Cruz Ponce. Ed. Colección Themis Chapultepec. México, 1978. p.59.

- (10) ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Derecho Civil Mexicano". T.II, Vol. III.- Ed. Libros de México, S. A. México, D. F., 1962. p. - 143.
- (11) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 400.
- (12) Ibid. p. 347.
- (13) Justiniano.- "The Institutes of Justiniano". Traducción de - J.B. Mayle D.C.O. The Clarendon Press. Oxford, 1945. pp. 15 y 16.

C A P I T U L O I I I

L A S M O D E R N A S C O N C E P C I O N E S D E L D I V O R C I O .

C A P I T U L O I I I

LAS MODERNAS CONCEPCIONES DEL DIVORCIO

Características de las Nuevas Legislaciones en Materia de Divorcio.

En el actual derecho de familia encontramos una variada y nutrida sucesión de conceptos que han hecho cambiar radicalmente principios que antes eran considerados inmutables.

En las organizaciones sociales de la última década encontramos un afán de transformar el derecho familiar, para hacerlo más amplio y darle mayor seguridad al grupo humano que constituye la familia.

Muchos creen que el derecho familiar debiera ser una rama del derecho público, porque la legislación que rige los diversos aspectos de esta disciplina, por su rigidez y la imposibilidad de reemplazo de las normas que la regulan, debe aparecer mejor ubicado entre los sistemas que rigen las instituciones de orden público.

Es verdad que el fundamento celular de las organizaciones sociales es la familia, y por lo tanto, están íntimamente relacionadas sus diversas manifestaciones internas y externas con los principios colectivos del derecho público, pero no es menos cierto que la familia, y en especial el hogar, debe ser un sitio privilegiado donde no deben tener acceso los extraños. Con razón se ha dicho que el hogar es un verdadero santuario y que los problemas hogareños deben ser tratados y resueltos por los propios integrantes de la familia. Es decir, nos encontramos con una opinión que fue válida hasta hace muy pocos años.

Hoy la vuelta de la privacidad al derecho familiar es unánimemente reconocida y es uno de los fundamentos básicos del derecho moderno.

1.- MEDIDAS PREVENTIVAS

No obstante, el legislador en su afán por darle relevancia al derecho familiar y garantizar la permanencia de la familia ha sido elaborando un conjunto de normas que tienden a ese fin, y que vamos a analizar en detalle.

a) LIMITACION DE LA EDAD DE LOS CONTRAYENTES

No obstante haberse reconocido universalmente la imperiosa necesidad de dar la mayor importancia a todos los grupos familiares, no es menos cierto que sigue siendo el matrimonio el fundamento más importante del derecho familiar y el legislador piensa que en la estabilidad de estas uniones legales debe descansar también el orden institucional.

De ahí que encontremos hoy numerosas leyes cuyo objetivo esencial es la permanencia de la familia dentro de uniones estables y - para ello ha sido necesario legislar con el objeto de impedir la celebración de matrimonios de contrayentes inmaduros. En la mayor parte de los países que han legislado, recientemente, sobre la materia se ha ido elevando paulatinamente la edad mínima de los futuros contrayentes. En un principio se creyó que el límite de edad podían ser los 18 años, pero hoy se considera que es mejor aumentarla hasta los 21 años.

Si las leyes permiten con facilidad la disolución del matrimo

nio por divorcio, ello tiene una influencia negativa. El saber que es fácil desprenderse de los vínculos matrimoniales posibilita los enlaces irreflexivos de contrayentes inmaduros que consideran el matrimonio sin la debida seriedad que merece.

Es por eso que al regular el divorcio las modernas legislaciones adoptan, entre sus medidas preventivas, "la limitación de edad de los contrayentes", para crear una mayor conciencia, pues al contraer matrimonio, los cónyuges deben estar preparados tanto física como mentalmente. De lo anterior ha resultado que los legisladores estén optando por elevar la edad límite para poder contraer matrimonio.

CANADA

Este país es uno de los que establecen los 21 años como edad límite para poder contraer matrimonio. Sin embargo, el promedio de edad en que los canadienses contraen matrimonio es mucho mayor que el de 21 años.

Desde el fin de la segunda guerra mundial, ha existido la tendencia, entre los canadienses y entre habitantes de muchos otros - países, de casarse no muy jóvenes, sino esperar a madurar física y mentalmente para llevar a cabo un acto de tanta importancia, por todas las responsabilidades que implica.

La citada edad límite es variable, dependiendo de la Provincia o Estado en que se lleve a cabo el matrimonio.

Por ejemplo: Newfoundland, Nueva Escocia, Quebec, Alberta y - Columbia Britanica permiten contraer matrimonio a los 21 años. En - Prince Edward Island, el hombre puede contraer nupcias a los 21 años

yla mujer a los 18.

Actualmente el canadiense contrae matrimonio, por vez primera, en un promedio de edad de 25.6 años; la mujer canadiense lo hace en un promedio de 22.8 años. (1)

b) EXAMENES CLINICOS Y MENTALES DE LOS FUTUROS CONTRAYENTES

El matrimonio es un paso que debe darse con mucha cautela y no debe facilitarse la acción de quienes llegan a él más bien en base al entusiasmo que mediante una acción meditada y cuerda. Por eso es necesario que esta acción se realice con el máximo de precauciones y seguridades para evitar futuros fracasos.

Hay legislaciones en donde se extreman estas precauciones como ocurre en Alemania Oriental, donde el moderno Código de la Familia exige el análisis previo de las condiciones psicológicas de los futuros contrayentes a través de "Consejeros Matrimoniales", cuya misión consiste en encontrar afinidades y semejanza de criterios entre los examinados, todo ello tendiente a preservar la estabilidad del matrimonio, pues si existe concordancia de opiniones y de afinidades entre los contrayentes no habrá peligro de separaciones prematuras que en el fondo constituyen un grave daño no sólo al grupo familiar, sino a la organización social misma, que ve resquebrajarse su fundamento más próximo.

2.- TRABAS QUE CONTEMPLAN LAS LEGISLACIONES CON EL FIN DE EVITAR EL DIVORCIO

No solamente se adoptan ciertas medidas preventivas para evitar la quiebra del hogar formado por la pareja humana, sino también otras que tienden a impedir la disolución y quiebra del matrimonio,

estableciendo trabas y nuevas modalidades para mantener su estabilidad.

Las formas anticuadas son substituidas por otras nuevas que resumen mejor el pensamiento que han tenido en vista los legisladores al instituir los sistemas de disolución del matrimonio.

a) SISTEMAS DE CONCILIACION

Las normas tradicionales de ruptura del matrimonio llevan consigo la separación de los cónyuges; por el contrario las leyes modernas tratan de impedirlo para que pueda haber una reconciliación entre los cónyuges.

Es razonable que la ley permita la separación cuando los esposos están realmente convencidos que debe ponerse fin al matrimonio. A nuestro parecer se puede llegar a este mismo resultado de una manera más segura y humana por una serie de innovaciones que contemplan las modernas legislaciones, tales como servicios de consultas agregados al tribunal de la familia, servicios que pueden permitir una exploración completa de los problemas conyugales cuando se autoriza a los cónyuges que se separen durante un período prolongado. Bajo reserva de un período de ensayo para fines de reconciliación, la ley exige a los cónyuges separados, que mantengan sus contactos familiares y sociales.

SISTEMA DE CONCILIACION EN LA LEGISLACION CANADIENSE

La "Ley Sobre el Divorcio de 1968" establece un sistema de conciliación para impedir que los cónyuges se divorcien, obligando a los abogados a aconsejar jurídicamente a sus clientes buscando la

posibilidad de reconciliarlos.

Este es un deber especial de todo abogado, y acerca de esto - la ley dice:

Todo abogado que acepte la representación de un requirente o un demandado en una demanda de divorcio, salvo cuando las circunstancias del caso sean de naturaleza tal que no sería apropiado hacerlo, debe:

1.- Llamar la atención de su cliente sobre las disposiciones de la ley que tienen por objeto inducir, cuando sea posible, a los esposos a reconciliarse.

2.- Explicar a su cliente sobre los servicios de consultas y de orientaciones matrimoniales que conozca, y que pueden servir para ayudar al cliente y a su cónyuge para llegar a lograr, si es posible, una reconciliación.

3.- Discutir con su cliente sobre la posibilidad de una reconciliación con su cónyuge.

Toda demanda de divorcio presentada ante un tribunal por el abogado del requirente debe contener una declaración de este abogado, testimoniando que ha cumplido satisfactoriamente las exigencias de la ley. (2)

PROCEDIMIENTO DE RECONCILIACION

Antes de proceder a la audiencia de prueba, el tribunal que conoce de una demanda de divorcio debe tratar con el requirente y, cuando el demandado esté presente con él, los puntos que el tribunal juzgue necesarios a fin de ver si hay posibilidad de reconcilia

ción, a menos que las circunstancias del caso sean de naturaleza - tal que no sería, de toda evidencia, apropiado hacerlo, pero si en este estado o en uno ulterior del procedimiento aparece, de acuerdo con la naturaleza del caso, la actitud de los cónyuges o de uno de ellos de que una reconciliación es posible, el tribunal debe:

1.- Aplazar los procedimientos para dar a los cónyuges la oca sión de reconciliarse.

2.- Con el consentimiento de los cónyuges o discrecionalmente el tribunal mismo, designar:

a) A una persona que tenga experiencia y práctica en materia de consultas y orientaciones matrimoniales.

b) Y en circunstancias especiales a cualquiera otra persona - calificada que ayude a los cónyuges para intentar, si es posible, una reconciliación. (3)

SISTEMAS DE CONCILIACION EN LA LEGISLACION INGLESA

La "Ley de Reforma del divorcio de 1969" contiene medidas especiales para el mantenimiento de los matrimonios y para alentar la reconciliación entre los esposos. A fin de evitar acciones precipitadas para conseguir el divorcio y de dar al matrimonio una oportunidad razonable de afianzarse, sobre todo cuando hay hijos, no puede entablarse una demanda de divorcio dentro de los tres primeros años de haberse celebrado el matrimonio, a menos que el juez conceda un permiso especial fundado en el sufrimiento a que esté sometido el demandante o en la depravación del demandado. Cuando se concede permiso para la formulación de la demanda, el juez debe tener en cuenta las intereses de los hijos y la posibilidad de una recon-

ciliación entre los esposos. (4)

En todas las acciones planteadas para el divorcio, el abogado que actúe en nombre del solicitante deberá hacer constar si ha tratado con su cliente la posibilidad de una reconciliación y si le ha facilitado, a él o a ella, los nombres y direcciones de consejeros titulados en cuestiones matrimoniales. En el curso de los procedimientos, el juez tiene la facultad de aplazar el caso, en cualquier momento y por el período necesario, si considera que hay una razonable posibilidad de reconciliación, y durante el aplazamiento se intentará reunir nuevamente a los cónyuges.

Cuando el demandante solicita el divorcio basándose en el rompimiento del matrimonio porque el adulterio de su marido o de su esposa y otros motivos han hecho insoportable la cohabitación, el tribunal no considerará que el matrimonio se ha quebrantado irremediablemente si los esposos han continuado viviendo juntos durante más de seis meses después que se haya enterado el solicitante de la conducta del otro cónyuge.

b) SEPARACION PROVISIONAL DE CUERPOS

La mayoría de las legislaciones establecen un período de separación de cuerpos antes de conceder el divorcio a los cónyuges. Este procedimiento es establecido en las legislaciones precisamente para tratar de evitar el rompimiento del vínculo conyugal, procurando que los esposos reflexionen sobre esta situación y cuando tomen una resolución final, ésta sea adoptada de la manera más conducente para ambos.

Las nuevas tendencias vacilan en quebrar en su totalidad el - vínculo conyugal y limitan los efectos de ciertos divorcios que se transforman ~~de los~~ en una simple separación de cuerpos.

Citaremos lo que al respecto señalan algunas de las legisla-- ciones que estamos analizando en la presente tesis:

INGLATERRA

El "Divorce Reform Act" ha consultado en la legislación inglesa un período de separación de cuerpos, antes que los cónyuges puedan solicitar el divorcio. Dicho período de separación de cuerpos, es de mayor duración cuando el divorcio es pedido por un solo cónyuge (se exige un período de separación de cinco años); y es más corto, cuando ambas partes, de común acuerdo, solicitan el divorcio, - luego de vivir separados por un período continuo de dos años anteriores a la presentación de la demanda.

La separación provisional de cuerpos puede ser de dos formas: Por consentimiento y Judicial.

a) Separación por consentimiento.- Esta se presenta cuando los cónyuges, de común acuerdo, sin haberlo por escrito, ni emplear términos oficiales, acuerdan vivir separados.

b) Separación judicial.- Cuando los cónyuges no llegan a un acuerdo voluntario, pueden solicitar ante el tribunal una orden de separación judicial.

El decreto de separación judicial es de efecto inmediato, a diferencia de la separación por consentimiento, cuyo efecto es provisional y se hace efectivo posteriormente. (5)

CANADA

La "ley sobre el divorcio" establece también un período de separación de cuerpos, antes de que los cónyuges puedan solicitar el divorcio.

Esta situación es de mucha importancia dentro de la ley de 1963, la cual prevé que el divorcio fundado por la sola separación puede ser solicitado por cualquiera de las partes, cuando la otra ha vivido separada o apartada de su cónyuge por un período no menor de tres años antes de la presentación de la demanda ante la Corte.

Los legisladores consideran que es preferible establecer este período de separación de cuerpos obligando a los esposos que se han separado a sacrificar una buena parte de su vida de adulto a la quiebra de una relación personal. (6)

ITALIA

La "ley sobre el divorcio de 1970" establece la separación legal o de hecho de los esposos como requisito para poder solicitar el divorcio.

Este es admitido si la demanda es hecha cinco años al menos después que los esposos han comparecido ante el presidente del tribunal para obtener la separación, y si ésta ha durado todo ese tiempo.

Si los esposos solicitan la separación en razón de la falta del esposo demandado, el plazo es de siete años, y de seis años si la separación ha llegado a ser definitiva antes de la entrada en vigor de la ley de 1970, o si ha habido separación de hecho ininterrumpida. (7)

Sabemos que la separación permanente de los cónyuges puede producir la ruptura irremediable del matrimonio.

De modo que otorgar el divorcio cuando el matrimonio ha dejado de existir, con mayor razón debe concederse cuando los cónyuges han vivido separados por un período sin voluntad de unirse.

Y aquí ya no será necesario probar una situación de desquicio y distanciamiento que llegue a lo injurioso y ofensivo. Aunque, los fundamentos que se plantean para otorgarlo se basan generalmente en el concepto de "culpa".

Además, el juez no será suficientemente sincero ni ante sí, ni ante la situación planteada, si persiste en mantener legal y forzadamente un vínculo deteriorado.

Si después que los cónyuges han vivido separados durante un determinado período, aún persiste en su afán de romper el vínculo conyugal, consideramos que no puede haber objeción para otorgarles el divorcio, si además las dos partes están de acuerdo para lograrlo. Sólo importa reconocer una realidad y darle valor legal.

Sería ilógico, desde cualquier punto de vista, negar el divorcio y obligar a los cónyuges a continuar la vida en común contra su voluntad.

c) INTERVENCION DE LOS CONSEJEROS MATRIMONIALES

Las modernas legislaciones para estar seguras que los cónyuges quieren realmente romper el vínculo matrimonial y divorciarse, establecen una serie de trabas que después de practicadas tienden a hacerlos desistir de su afán de divorciarse. Si no logran este obje

tivo, una vez cumplidos todos los requisitos legales que establece la ley, podrán llevar a cabo su deseo de poner fin a su matrimonio.

La ley ofrece a los cónyuges sistemas innovadores y efectivos que han logrado un gran número de reconciliaciones; dentro de estos sistemas está "el servicio de consulta", agregado al tribunal de la familia, "los consultorios para matrimonios y familias", etc.

Este servicio de consulta es realizado por profesionales preparados y conocedores de materias familiares; a los cuales se les conoce con el nombre de "Consejeros Titulados en Cuestiones Matrimoniales".

Los tribunales que conocen de cuestiones de derecho familiar deben ayudar a los esposos que pretenden divorciarse, enviándolos a estos consejeros matrimoniales para que se les oriente y se les haga comprender su error o equivocación.

LEGISLACION INGLESA

Un caso concreto lo encontramos en la legislación, como ya lo vimos, la cual establece que en todas las demandas de divorcio el abogado debe hacer constar si ha tratado con su cliente la posibilidad de una reconciliación y si le ha facilitado, a él o a ella, los nombres y direcciones de "Consejeros Titulados en Cuestiones Matrimoniales". Además, el abogado debe comprobar que ha cumplido con esta exigencia de la ley. (8)

ALEMANIA ORIENTAL

Según el "Código de la Familia de 1965" de la República Democrática Alemana, el Estado y la sociedad tienen la obligación de a-

yudar a los cónyuges a mantener el núcleo familiar, y ayudar a los padres en la educación de sus hijos, a través de los "Consultorios para matrimonios y familias".

Este es un deber especial para los organismos de la educación pública, de asistencia juvenil, de salud pública, de asistencia social y la administración de la justicia.

Las actividades de los consultorios para matrimonios y familias han dado muy buenos resultados como forma especialmente eficaz de ayuda. Se encuentran distribuidos en todos los distritos de Alemania Oriental; en la actualidad hay aproximadamente 240 consultorios de esta índole. La gente aprovecha cada vez más la posibilidad de pedir consejo y ayuda en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia y las relaciones sexuales.

En estos consultorios colaboran médicos, pedagogos, psicólogos, juristas y asistentes sociales. Esta combinación le garantiza a la persona que viene a pedir consejo, que será atendida por personas con experiencia en cuestiones matrimoniales, de familia y de la vida en general, capaces de entender el problema individual. El asesoramiento es gratuito, y todos los consultores están obligados a guardar el secreto. (9)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) KEALEY, Glen J. .- "Weekend Magazine". Ottawa, Canada. March 3, 1973. p. 16.
- (2) LEY SOBRE EL DIVORCIO EN CANADA DE 1968.- Imprimeur de la Reine pour le Canada. Ottawa, 1970. p.5.
- (3) Ibid. p.6.
- (4) LEY DE REFORMA DEL DIVORCIO EN INGLATERRA DE 1969.- Central - Office of Information. London, 1976. p.2.
- (5) Ibid. p.6.
- (6) LEY SOBRE EL DIVORCIO EN CANADA DE 1968... ob. cit. p.2.
- (7) ONDEI, Emilio.- Revue Internationale de Droit Comparé.- "El Divorcio en Italia". París, Francia. 1972. pp. 30 y 32.
- (8) LEY DE REFORMA DEL DIVORCIO EN INGLATERRA DE 1969 ... ob. cit. p.2.
- (9) CODIGO DE LA FAMILIA DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA ALEMANA DE 1965 Panorama D D R . Traducción: Intertext Berlín, 1976. p. 30.

C A P I T U L O I V

SISTEMAS MODERNOS EN MATERIA DE PROCEDENCIA DEL DIVORCIO

C A P I T U L O I V

SISTEMAS MODERNOS EN MATERIA DE PROCEDENCIA DEL DIVORCIO.

a) Substitución del Sistema de Causales Reduciendo su Número

Las modernas legislaciones, en materia de divorcio, no establecen un gran número de causales para obtenerlo, sino las resumen en una sola norma general que tiene la amplitud necesaria para comprenderlas a todas.

La principal causa de divorcio que se señala en las modernas legislaciones es la "Imposibilidad de la vida en común", si tomamos como base que el matrimonio es la unión legal de un hombre con una sola mujer para perpetuar la especie, vivir en común y prestarse mutua asistencia en todas las circunstancias de la vida, y si totalmente se hace imposible el mantenimiento del vínculo conyugal y no es posible la reconciliación entre los cónyuges, entonces se hace necesario que se conceda la disolución del matrimonio.

LEGISLACION INGLESA

Analizando el Divorce Reform Act (Ley de Reforma de Divorcio de 1969), observamos que los legisladores ingleses consideran que el único motivo por el que puede solicitarse el divorcio es el rompimiento irreparable del matrimonio, es decir, porque el matrimonio ha fracasado en forma irreparable.

La ley establece cuándo un tribunal debe considerar que el matrimonio se ha roto irremediablemente. Para ello, el actor debe demostrar una o más causales de divorcio; que son una reformulación

de las antiguas, entre las cuales hay dos, de nueva creación, referidas a un "período de separación", de "mayor duración", cuando el divorcio es solicitado por un sólo cónyuge, y "más corto", cuando es solicitado por ambos.

Para que el rompimiento del matrimonio pueda establecerse se deben aportar pruebas de una o más de las cinco circunstancias siguientes:

PRIMERA CAUSAL

"Que el demandado haya cometido adulterio, y al demandante le resulte insoportable continuar viviendo con él o con ella".

Esta causal es una nueva reformulación de la de "adulterio"; requiriéndose que el peticionante estime intolerable convivir con el cónyuge.

SEGUNDA CAUSAL

"Que el demandado se haya comportado de tal modo que no sea justo pensar que el demandante pueda continuar viviendo con él o con ella".

La segunda causal para que se considere al matrimonio fracasado irreversiblemente, se fundamenta en que desde la celebración del matrimonio, uno de los cónyuges se haya comportado de tal manera, que sea imposible la convivencia con el otro. Este nuevo concepto involucra el de "crueldad mental", "problemas sexuales", etcétera.

TERCERA CAUSAL

"Que el demandado haya abandonado al demandante durante un período continuo de, por lo menos, dos años antes de la formulación de

la demanda".

La tercera causal, por la cual el tribunal puede considerar al matrimonio un fracaso, consiste en el abandono por uno de los cónyuges en un período continuado de, por lo menos, dos años anteriores a la demanda.

CUARTA CAUSAL

"ue los cónyuges hayan vivido separados durante un período continuo de, por lo menos, dos años inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y el demandado muestre su conformidad con el decreto de disolución".

Esta causal se basa en la separación temporaria, que confirma la ruptura irremediable del matrimonio. Se configura cuando ambas partes, de común acuerdo, solicitan el divorcio, luego de vivir separados por un período continuo de dos años anteriores a la presentación de la demanda.

QUINTA CAUSAL

"Que los cónyuges hayan vivido separados durante un período continuo de, por lo menos, cinco años inmediatamente anteriores a la formulación de la demanda".

Esta causal se basta en la separación temporaria y que confirma la ruptura irremediable del matrimonio. Se configura cuando una de las partes solicita el divorcio y se le exige un período de separación de cinco años antes de formular la demanda.

Al probarse cualquiera de estas circunstancias, el tribunal debe decretar (teniendo en cuenta ciertas salvaguardias) la disolu--

del matrimonio, a menos que a través de las pruebas considere que el rompimiento no sea necesario. (1)

REPUBLICA DEMOCRATICA ALEMANA

En Alemania Oriental, el Código de la Familia de 1965, establece como único motivo general por el que se puede solicitar el divorcio "que el matrimonio haya perdido su sentido para los cónyuges, para los hijos y, por consiguiente, para la sociedad".

Además, el tribunal debe comprobar que una profunda causa de disolución matrimonial, no permite esperar una reconciliación.

De modo que cuando un matrimonio ha perdido su razón de ser se puede disolver tanto en interés de los cónyuges como también en el de los hijos, y para la sociedad no será de ninguna utilidad mantener estos matrimonios. (2)

C U B A

Los legisladores cubanos conceptúan el divorcio de manera semejante al de Alemania Oriental, que es también un país de régimen socialista.

El Código de Familia de Cuba de 1975, establece un motivo general para divorciarse "que el matrimonio haya perdido su sentido para los cónyuges y para los hijos, y con ello para la sociedad".

Al demostrarse la existencia de estas circunstancias, el tribunal debe decretar el divorcio, a menos que a través de ellos considere que la disolución del matrimonio no es necesaria.

Se entiende que el matrimonio pierde su sentido para los cón-

yuges y para los hijos, y con ello también para la sociedad, cuando existan causas que hayan creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en que se puedan ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lograr los fines de ese matrimonio. (3)

b) ELIMINACION DEL DIVORCIO SANCION O DIVORCIO CULPABLE

Para inciar el estudio de esta situación vamos a citar lo que diversas legislaciones establecen respecto a ello.

ALEMANIA ORIENTAL

Los legisladores alemanes señalan que en el juicio de divorcio no se trata de establecer cuál de los cónyuges es culpable del fracaso del matrimonio. En la sentencia de divorcio no se pronuncia un veredicto sobre la culpabilidad, ya que se ha comprobado que el investigar la culpabilidad se procede generalmente basándose en criterios muy formales y superficiales. (4)

ITALIA

En Italia ha entrado en vigor un nuevo régimen en lo relativo al divorcio, éste ha sido cambiado en sus motivaciones: ha desaparecido el concepto de culpa y se ha afirmado el poder del juez que, si es interpelado, puede atribuir al uno o al otro cónyuge la principal responsabilidad del fracaso de la relación matrimonial. (5)

FRANCIA

La legislación francesa no elimina el divorcio sanción en forma total, sino relativamente al admitir nuevos sistemas de divorcio (divorcio por consentimiento mutuo, divorcio soportado, etc.) .

El divorcio sanción es considerado como una pena infringida al culpable, y se le reprocha al imponer una lucha real o simulada que hace del divorcio un drama en donde cónyuges e hijos, sobre todo éstos, salen siempre lesionados. (6)

CANADA

La "ley sobre el divorcio" abolió, en gran parte, el antiguo concepto de "FALTA", al menos en teoría, porque en la práctica aún se requiere que uno de los cónyuges demande al otro.

Sin embargo, la citada ley prevé un motivo de divorcio que no está ligado a la noción de falta. Este motivo se designa ordinariamente por la expresión de "Ruptura del matrimonio", donde la quiebra de la relación personal entre los esposos es generalmente la causa.

Algunos legisladores consideran que la "Ruptura del Matrimonio" debería ser el único motivo para su disolución. Dicho motivo sería materia no litigiosa, y el testimonio de uno solo de los esposos prueba suficiente. (7)

De esta manera, nosotros podemos observar que en los países que todavía admiten el divorcio sanción o divorcio culpable, las leyes dejan en manos de los jueces la facultad de otorgar o negar el divorcio, pero no les acuerda los medios para conocer suficientemen-

te la relación conyugal, ya que únicamente tienen ante sí manifestaciones que les hacen las partes y no la realidad de los hechos.

Si se le quiere dar realmente esta facultad (la de entender - la relación conyugal) entendemos que además de las manifestaciones que las partes formule debe poseer un exacto conocimiento de los hechos; tener ante sí el informe de profesionales especialmente capacitados para la investigación de los mismos y valerse de todo medio de prueba.

El juez tiene que considerar que las partes pondrán más énfasis en sus manifestaciones, mas dramatismo en la situación o que agravaran los hechos para llevar a su ánimo la seguridad de que se encuentra ante una situación irreversible y decretar el divorcio y señalar un culpable.

Debe dejarse de lado la acción de divorcio como persecución represiva y considerar que los divorcios acordados en virtud de causales se encuentran fundados en la mayoría de los casos, en causas que no son realmente las determinantes de una vida conyugal intorelable; por consiguiente todo el procedimiento acusa algo de falso; la doctrina de la "Culpa" o "Inocencia" en la disolución del matrimonio sólo trajo a los tribunales el perjurio y los subterfugios para probarlo y resultan insuficientes para el actual concepto de desajuste conyugal.

De esta manera los conceptos de "culpable e inocente" pueden no ser suficientes para cubrir la "imposibilidad de la vida en común". La culpa es reemplazada por el reconocimiento de un hecho po

sitivo: el matrimonio ha dejado de existir. (8)

Debe intentarse con empeño demostrar a la pareja que ambos son víctimas de una relación desafortunada, en lugar de forzar a los cónyuges a una "hostilidad mutua" en busca de causales y de un culpable; evidenciando que tienen en común la solución del problema, ya sea terminando esa relación, o mejorándola, en una combinación de hechos que se distribuirán en proporción variable, entre las partes.

No obstante, si hemos de ser realistas, debemos reconocer que la teoría de "Divorcio Sanción" solidamente incrustada en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica, continúa por dominar (en algunas legislaciones) la disolución del matrimonio. De hecho, aunque muchos países ya erradicaron este tipo de divorcio de sus legislaciones, hay otros que aún no lo hacen.

Sin embargo, no es mucho esperar que estas legislaciones sean revisadas y actualizadas para organizar mejor sus sistemas de vida social, sanamente y fuera de cánones que han perdido validez.

c) MODALIDADES ESPECIALES EN MATERIA DE GUARDA DE LOS HIJOS DE LOS DIVORCIADOS.

Las modernas leyes de divorcio establecen una serie de medidas más proteccionistas para los hijos de los matrimonios disueltos, tratando siempre de beneficiarlos.

Los tribunales prevén que los cónyuges, antes de divorciarse, deben establecer un acuerdo, por medio del cual aseguren la guarda, cuidado, mantenimiento y educación de los hijos. De esta manera el bienestar de los hijos será el factor esencial para determinar la -

guarda y cuidado de los mismos.

Además, si los cónyuges se separan, deberán mantener contacto con los hijos, aún cuando no tengan la guarda de ellos.

ALEMANIA

"El Código de la Familia de 1965" establece que en la sentencia de divorcio el tribunal debe señalar a cual de los cónyuges se le concederá el derecho a educar a los hijos. En la mayoría de los casos y, sobre todo, tratándose de niños pequeños, se le entrega a la madre el derecho de guarda y educación. El otro cónyuge es obligado a pagar alimentos al hijo, aunque no tenga la guarda y cuidado del mismo.

Los padres tienen el deber de alimentos respecto a sus hijos hasta que éstos tengan independencia económica, es decir, por regla general, hasta que hayan terminado sus estudios.

La forma en que se va a mantener el contacto con los hijos ha de acordarse entre los padres; en caso necesario, el organismo competente de la asistencia juvenil ayudará a los padres a decidir sobre esta cuestión. (9)

CUBA

"El Código de Familia de 1975" señala, respecto a la guarda y cuidado de los hijos, lo siguiente:

Los padres deben llegar a un acuerdo voluntario, en caso de que éstos vivan separados.

En el supuesto de que no llegarán a un acuerdo los padres, o que el mismo perjudique los intereses de los hijos, la cuestión la

resolverá el tribunal competente, procurando beneficiar siempre a los hijos menores.

Por regla general, los hijos quedan al cuidado del padre en cuya compañía se encontraban hasta el momento en que se produce el desacuerdo; y se preferirá a la madre si estaban en compañía de ambos.

El tribunal debe disponer lo conveniente para que los hijos menores mantengan una adecuada comunicación con el padre a quien no se defiera la guarda y cuidado. (10)

CANADA

"La ley sobre el divorcio de 1968" al regular los efectos del mantenimiento, guarda, administración y educación de los hijos del matrimonio, establece lo siguiente:

En la mayoría de los casos las acciones para la custodia no son disputadas de buena fe. Sin embargo, el bienestar de los hijos es el factor esencial para determinar la guarda y cuidado de los mismos.

Tradicionalmente, en caso de divorcio, la madre mantenía la guarda y cuidado de los hijos. Hoy, con algunas madres trabajando o realizando labores diversas, el padre tiene oportunidad de obtener la guarda de los hijos, principalmente de los mayores de nueve años.

Los cónyuges pueden establecer un acuerdo mutuo de que uno de ellos mantendrá la custodia de los hijos, debido a la incapacidad física o mental del otro esposo. (11)

ITALIA

"La ley de 10. de diciembre de 1970 sobre el divorcio" dispone que, por regla general, los padres conservan la potestad paterna y el ejercicio de ella sobre los hijos que les son confiados, sin embargo, cada uno de ellos tendrá la posibilidad de resolver sobre la educación y la instrucción de los hijos, aún cuando no tengan la guarda de ellos. (12)

INGLATERRA

"La ley de Reforma de divorcio de 1969" señala que ningún decreto de divorcio puede hacerse efectivo si no se han tomado las previsiones que aseguren la custodia, mantenimiento y educación de los hijos, incluyendo los mayores de 16 años que cursan estudios o aprendizajes.

En caso de que haya o pueda haber hijos de la familia, el tribunal, antes de hacer efectivo el divorcio, debe declarar que las medidas adoptadas para la custodia, educación y seguridad financiera son satisfactorias o las mejores que podían conceder los cónyuges.

También, los cónyuges deben acordar quien de los dos mantendrá la custodia de los hijos, en caso de discrepancia el tribunal resolverá lo conducente, tratando siempre de beneficiar a los hijos. (13)

d) LIQUIDACION DE LOS BIENES MATRIMONIALES

En relación a la liquidación de bienes, la mayoría de las legislaciones coinciden en que ésta debe realizarse de una manera equitativa, de manera que ninguno de los cónyuges resulte perjudicado.

Por regla general, los bienes se dividen en partes iguales.

A continuación citaremos la forma en que realizan la liquidación de bienes algunas legislaciones extranjeras:

CJBA

"El Código de Familia de 1975", al regular la disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, establece:

La comunidad matrimonial de bienes termina por la extinción del matrimonio. Los bienes comunes deben dividirse por partes iguales entre los cónyuges, y en caso de muerte, entre el sobreviviente y los herederos del fallecido.

Cualquiera de los cónyuges puede renunciar en todo o en parte a sus derechos en la comunidad matrimonial de bienes, después de haber roto el vínculo matrimonial; esta renuncia debe hacerse siempre en forma escrita.

En caso de que los cónyuges no se pongan de acuerdo en la forma de liquidación de los bienes, ésta se realizará judicialmente, haciendo un inventario y avalúo de los bienes sobre la base del valor que tenían en la fecha de extinción del matrimonio. Después del avalúo se deducen las deudas pendientes, y el remanente se reparte por mitad entre los cónyuges (14).

Si después de un año de la disolución del matrimonio no se ha iniciado judicial o extrajudicialmente la liquidación de bienes, cada cónyuge será propietario de los bienes muebles de propiedad común cuya posesión hubiera mantenido a partir de la disolución del matrimonio.

Sin embargo, el tribunal, al realizar la liquidación de bienes, puede disponer que determinados bienes de propiedad común que considere necesarios para la educación y desarrollo de los hijos menores, se adjudiquen al cónyuge a cuya guarda y cuidado queden los menores.

CANADA

"La ley Sobre el Divorcio de 1968" duce, en relación a la liquidación de bienes matrimoniales, que cuando se decreta el divorcio, los bienes acumulados durante el matrimonio serán divididos entre los cónyuges por partes iguales.

FRANCIA

"La ley del 11 de julio de 1975 sobre el divorcio" señala, acerca de la liquidación del régimen matrimonial, que los cónyuges, en el divorcio por consentimiento mutuo, deben presentar un acuerdo no sólo sobre el divorcio mismo, sino también sobre sus consecuencias.

Ellos deben presentar al juez un proyecto de convención definitiva que lleve la reglamentación completa de los efectos del divorcio, con la indicación, si fuera necesario, de un notario encargado de liquidar el régimen matrimonial. (art. 23 decreto de 5 de dic. de 1975).

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) LEY DE REFORMA DEL DIVORCIO EN INGLATERRA DE 1969.- Central Office of Information. London, 1976. p. 2.
- (2) CODIGO DE LA FAMILIA DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA ALEMANA DE 1965.- Panorama D D R. Traducción: Intertext Berlín. Berlín 1976. p. 31.
- (3) CODIGO DE FAMILIA DE CUBA.- Unidad Productora O4, "Urselia Díaz Báez" del Instituto Cubano del Libro. La Habana, Cuba. 1975. pp. 28 y 29.
- (4) CODIGO DE LA FAMILIA DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA ALEMANA DE 1965 ... ob. cit. p. 31.
- (5) VITA ITALIANA.- "El Nuevo Derecho de Familia". Instituto Poligrafico dello Stato. Roma, Italia. 1974. p. 326.
- (6) RANAUD, Pierre.- Recueil Dalloz Sirey.- "Las Diversas Reglas del Divorcio". París, Francia. 1976. p. 145.
- (7) LEY SOBRE EL DIVORCIO EN CANADA DE 1968.- Imprimeur de la Reine pour le Canada. Ottawa, 1970. p. 2.
- (8) SZMULEWCZ, Musia.- La Ley.- "Un Nuevo Concepto en Materia de Divorcio". Buenos Aires. 19 de abril de 1971. p. 6.
- (9) CODIGO DE LA FAMILIA DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA ALEMANA DE 1965... ob. cit. p. 31.
- (10) CODIGO DE FAMILIA DE CUBA ... ob. cit. pp. 38 y 39.
- (11) LEY SOBRE EL DIVORCIO EN CANADA DE 1968 ... ob. cit. p. 5.

- (12) ONDEI, Emilio.- Revue Internationale de Droit Comparé.- "El Divorcio en Italia". París, Francia. 1972. p. 35.
- (13) LEY DE REFORMA DEL DIVORCIO EN INGLATERRA DE 1969 ... ob. cit. pp. 2 y 5.
- (14) CODIGO DE FAMILIA DE CUBA ... ob. cit. pp. 23-25

C A P I T U L O V

EL DIVORCIO EN ALGUNOS PAISES ANGLOSAJONES, SOCIALISTAS Y OCCIDENTALES.

C A P I T U L O V

1.- EL DIVORCIO EN LOS PAISES ANGLOSAJONES.

a) EL DIVORCIO EN CANADA

"La ley sobre el divorcio de 1968", fue el resultado de un exhaustivo estudio realizado por los legisladores canadienses, acerca del divorcio en su país.

Fue promulgada el 1° de Febrero de 1968, pero entró en vigor hasta el 2 de julio del mismo año. Dicha ley sufrió algunas reformas en enero de 1974 y en 1975.

La ley sobre el divorcio realizó cambios en los tipos de divorcio: facilitó los trámites y ha permitido, aún en la actualidad, hacerlo a todos aquellos que quieren divorciarse, lo que confiere a los cónyuges la facultad de decidir si conservan o no su estado civil. Además, modificó las estructuras jurídicas que regulan estas situaciones para adaptarlas a la realidad social. (1)

Los tipos de divorcio pueden ser agrupados dentro de dos categorías:

El primer grupo incluye: el adulterio, la homosexualidad o los actos de degeneración, el contraer un nuevo matrimonio a pesar de estar casado legalmente (o sea, cometer bigamia), y tratar al esposo requirente con una crueldad física o mental que haga imposible continuar la cohabitación.

El segundo grupo lo constituyen los actos definidos como "Ruptura permanente del matrimonio". Para establecer la ruptura

permanente del matrimonio, deben presentarse las siguientes circunstancias: prisión a un cónyuge, adicción al alcohol o a las drogas o la no consumación del matrimonio.

Una situación que es de mucha importancia dentro de la ley de 1968 es "La Separación", La ley prevé que el divorcio fundado por la sola separación puede ser solicitado por una de las partes cuando la otra ha vivido separada o apartada de su cónyuge por un período no menor de tres años antes de la presentación de la demanda ante la Corte, La ley prevé, además, el caso de que un esposo abandone al otro, en esta situación al esposo abandonado puede pedir el divorcio si la separación es superior a cinco años.

La ley sobre el divorcio abolió, en gran parte, el antiguo concepto de "FALTA", al menos en teoría.

Sin embargo, la ley sobre el divorcio prevé un motivo de divorcio que no está ligado a la noción de falta. Este motivo se designa ordinariamente por la expresión de "Ruptura del matrimonio", donde la quiebra de la relación personal entre los esposos es generalmente la causa.

Algunos legisladores consideran que la "Ruptura del matrimonio" debería ser el único motivo para su disolución. Dicho motivo debería ser materia no litigiosa, y el testimonio de uno solo de los esposos sería prueba suficiente.

CAUSAS DE DIVORCIO

Cualquiera de los cónyuges puede presentar una demanda de divorcio si después de la celebración del matrimonio, el otro cónyuge:

- 1) Ha cometido adulterio.
- 2) Ha sido declarado culpable de sodomia, de bestialidad o de violación, o si ha realizado actos de homosexualidad.
- 3) Ha contraído un nuevo matrimonio, a pesar de estar casado legalmente (es decir, ha cometido bigamia).
- 4) Ha tratado al requirente con una crueldad física o mental que hacen intolerable continuar la cohabitación.

CAUSAS COMPLEMENTARIAS

Además de las causas arriba mencionadas, se puede presentar una demanda de divorcio cuando los esposos viven separados, y el matrimonio ha sufrido una ruptura definitiva a causa de una o varias de las circunstancias siguientes:

- a) Que el citado haya estado encarcelado durante dos años, al menos, antes de la presentación de la demanda, y luego de haber sido declarado culpable de una pena por la cual ha sido condenado a muerte o a prisión de diez años o más, y que todos los recursos hayan sido agotados.
- b) Que el citado durante tres años, al menos, antes de presentar la demanda, se haya dedicado en forma excesiva al alcohol o a los estupefacientes, y no exista espíritu razonable de rehabilitación del citado en un plazo previsible.
- c) Que al requirente, durante tres años, al menos, antes de la presentación de la demanda, no le haya sido posible encontrar al citado.
- d) Que el matrimonio no haya sido consumado, y el otro cónyuge durante un período de un año, al menos, haya sido incapaz de con

sumar el matrimonio a causa de una enfermedad, de inválidez o proque haya rechazado consumarlo.

e) Si los cónyuges han vivido separados, por distinta razón de las emencionadas precedentemente, durante tres años al menos; o a causa del abandono del citado por el requirente durante cinco años al menos, antes de la presentación de la demanda.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE UNA DEMANDA

Un tribunal de cualquier provincia tiene competencia para conocer una demanda de divorcio y para resolver las peticiones de las partes:

1.- Cuando la demanda es presentada por una persona domiciliada en Canadá; y

2.- Si el requirente o el citado ha residido en esta provincia durante el período de un mes o un año, antes de la presentación de la demanda.

RECONCILIACION

Todo abogado que acepte representar a un requirente o un demandado en una demanda de divorcio, tiene la obligación de aconsejar jurídicamente a su cliente en cuanto a la posibilidad de reconciliación y, salvo cuando las circunstancias del caso sean de naturaleza tal que no sería apropiado hacerlo, debe:

1) Llamar la atención de su cliente sobre las disposiciones de la ley que tienen por objeto inducir, cuando sea posible, a los esposos a reconciliarse.

2) Explicar a su cliente sobre los servicios de consulta y de orientaciones matrimoniales que conozca, y que pueden servir para ayudar al citado y a su cónyuge a lograr una reconciliación.

3) Discutir con su cliente sobre la posibilidad de una reconciliación con su cónyuge.

Toda demanda de divorcio presentada ante un tribunal por el abogado del requirente debe contener una declaración, de este abogado, testimoniando que ha cumplido satisfactoriamente las exigencias de la ley.

PROCEDIMIENTO DE RECONGILIACION

Antes de proceder a la audiencia de prueba, el tribunal que conoce de una demanda de divorcio debe hablar con el requirente, y, si el demandado está presente con él, los puntos que el tribunal juzgue necesarios con el fin de ver si hay posibilidad de reconciliación, salvo que las circunstancias del caso sean de naturaleza tal que no sería de toda evidencia, apropiado hacerlo; pero si en este estado o en uno ulterior del procedimiento aparece, de acuerdo con la naturaleza del caso, o por la actitud de los cónyuges o de uno de ellos de que una reconciliación es posible, el tribunal debe:

1.- Aplazar los procedimientos para dar a los cónyuges la ocasión de reconciliarse.

2.- Con el consentimiento de los cónyuges o a discreción del tribunal mismo designar:

a) A una persona que tenga experiencia y práctica en materia de consultas y orientaciones matrimoniales.

b) Y en circunstancias especiales a cualquier otra persona calificada que ayude a los cónyuges para intentar, si es posible, una reconciliación.

RESOLUCIONES PROVISORIAS

Cuando se presenta una demanda de divorcio, el tribunal que tiene competencia para pronunciarse sobre las peticiones de las partes puede dictar las medidas provisorias que crea justas y adecuadas:

a) Para los efectos del pago, por uno de los cónyuges, de una pensión alimenticia o para el mantenimiento del otro cónyuge, siempre que la demanda haya sido examinada, fijando su monto en la cantidad que el tribunal estime razonable teniendo en cuenta los medios y necesidades de cada uno de ellos.

GUARDA Y CUIDADO DE LOS HIJOS

b) Para los efectos del mantenimiento, guarda, administración y educación de los hijos del matrimonio.

En la mayoría de los casos las acciones para la custodia no son disputadas de buena fe. Sin embargo, el bienestar de los hijos es el factor esencial para determinar la guarda y cuidado de los hijos.

Tradicionalmente, en caso de divorcio, la madre mantenía la guarda y cuidado de los hijos. Hoy, con algunas madres trabajando o realizando labores diversas, el padre tiene oportunidad de obtener la guarda de los hijos, principalmente de los mayores de nueve años.

c) Para los efectos de relevar al cónyuge de la obligación de vivir con el otro.

MEDIDAS ACCESORIAS

Al pronunciar una sentencia provisional de divorcio, puede el tribunal, si lo estima justo y apropiado tomando en consideración la conducta de las partes, de su estado, facultades y otras circunstancias en que se encuentren, adoptar una o varias de las resoluciones siguientes:

Obligar al marido a asegurar que efectuará el pago de las cantidades globales o de sumas escalonadas que el tribunal estime razonables para asegurar el mantenimiento: de la esposa, de los hijos del matrimonio o de la esposa y los hijos del matrimonio.

En relación a la liquidación de bienes matrimoniales, la ley establece que cuando se decreta el divorcio, los bienes acumulados durante el matrimonio serán divididos entre los cónyuges por partes iguales.

La ley de divorcio de 1968 tuvo algunas reformas en 1975. Entre dichas reformas se estableció lo siguiente: El matrimonio no crea un derecho al mantenimiento o una obligación de mantener después de divorciarse; la persona divorciada es responsable de su mantenimiento.

Sin embargo, el derecho al mantenimiento puede ser establecido por "Razones de necesidad", incluyendo el acuerdo mutuo de que un esposo deberá mantener al otro, y mantendrá la custodia de los hijos, debido a la incapacidad física o mental del otro esposo. Esta obli-

gación de mantenimiento subsiste mientras exista dicha necesidad.

La "ley sobre el divorcio de 1968" ha elevado las estadísticas de divorcios en gran porcentaje. Hasta antes de 1968 habían 11, 165 divorcios anuales; en el año de 1970 las solicitudes de divorcio fueron 35,000. Las causas más frecuentemente usadas para solicitar el divorcio han sido el adulterio y la crueldad física o mental. (3)

En 1971, 81 canadienses de cada 100,000 se divorciaron, en comparación con sólo 32 en 1966. (4)

b) EL DIVORCIO EN INGLATERRA

La ley en Inglaterra, al igual que en otros países del mundo occidental, considera el matrimonio como la unión voluntaria para toda la vida de un hombre y una mujer. Sin embargo, desde hace mucho tiempo ha reconocido que algunos matrimonios no pueden ser duraderos, y que en ciertos casos de excepción sería contrario a las normas públicas y ocasionaría grandes trastornos a los cónyuges si no fuera posible la disolución del matrimonio. Por lo tanto el Estado ha adoptado las medidas necesarias a fin de que en circunstancias especialmente definidas por la ley puedan los tribunales decretar la disolución del matrimonio, quedando las partes en libertad de casarse de nuevo.

La ley de divorcio en Inglaterra fue sometida a una radical revisión a través de la "Divorce Reform Act" (Ley de Reforma de Divorcio de 1969), el 22 de octubre de 1969, que entró en vigor a partir del 1o. de enero de 1971, según la cual el único motivo para el divorcio es el rompimiento irreparable del matrimonio, adoptando al -

mismo tiempo las medidas para la reconciliación ente los cónyuges - cuando ello fuere posible. Dicha ley fue complementada con la de Procedimientos Matrimoniales y Bienes de 1970, estableciéndose que, en cuanto fuese justo y necesario, ambos cónyuges y los hijos en caso de haberlos, debían ser puestos en la situación financiera en que se hallarían en caso de no haberse disuelto el matrimonio. Las provisiones tiene como base el principio de que los arreglos financieros consecuentes de la disolución matrimonial deberán afectar en términos iguales al hombre y a la mujer. Las leyes de 1969 y 1970 han sido consolidadas en la Ley de Causas Matrimoniales de 1973. (5)

MOTIVO PARA EL DIVORCIO

El único motivo por el que se puede solicitar el divorcio es el rompimiento irreparable del matrimonio, y el rompimiento puede establecerse solamente aportando pruebas de una o más de las cinco - circunstancias siguientes:

- 1) Que el demandado haya cometido adulterio, y al demandante le resulte insoportable continuar viviendo con él o con ella;
- 2) Que el demandado se haya comportado de tal modo que no sea justo pensar que el demandante pueda continuar viviendo con él o con ella;
- 3) Que el demandado haya abandonado al demandante durante un período continuo de, por lo menos, dos años con anterioridad a la formulación de la demanda.
- 4) Que los cónyuges hayan vivido separados durante un período continuo de, por lo menos, dos años con anterioridad a la presenta-

ción de la demanda y el demandado muestre su conformidad con el decreto de disolución; y

5) Que los cónyuges hayan vivido separados durante un período continuo, de por lo menos, cinco años con anterioridad a la presentación de la demanda.

Al probarse cualquiera de estas circunstancias, el tribunal deberá decretar la disolución del matrimonio, a menos que a través de las pruebas considere que el rompimiento no sea necesario.

RECONCILIACION

La ley Inglesa contiene medidas especiales para el mantenimiento de los matrimonios y para elevar la reconciliación entre los esposos. Con el objeto de que los cónyuges no se precipiten en conseguir el divorcio y, de procurar que el matrimonio pueda afianzarse, sobre todo cuando haya hijos, no será admisible la petición de divorcio dentro de los tres primeros años de celebrado el matrimonio, a menos que, el juez conceda un permiso especial fundado en el sufrimiento excepcional a que estará sometido el demandante o en la depravación del demandado. Al conceder permiso para la formulación de la demanda, el juez debe tener en cuenta los intereses de los hijos y la posibilidad de una reconciliación entre los esposos.

En todas las acciones planteadas para el divorcio, el abogado del solicitante debe acreditar que ha platicado con su cliente acerca de la posibilidad de una reconciliación y haber enviado a su cliente a consultar consejeros titulados en cuestiones matrimoniales. Si el juez considera que hay posibilidad de una reconciliación está fa

cultado para aplazar el caso, en cualquier momento y por el período necesario.

SALVAGUARDIAS

Cuando uno de los cónyuges solicita el divorcio basándose en que han vivido separados por lo menos dos años, pero menos de cinco, el demandado podrá declarar su consentimiento al divorcio, explicándole las consecuencias que tendrá para él de dar su aprobación. El cónyuge demandado que haya sido mal informado por el solicitante (intencionada o involuntariamente) acerca de los aspectos tomados en cuenta al dar su consentimiento tiene derecho a pedir, en cualquier momento después de haberse decretado el divorcio provisional, pero antes de hacerse efectivo, la rescisión de la resolución judicial.

Cuando se haya declarado el divorcio provisional proque los esposos hubieren vivido separados, el demandado puede solicitar no se haga efectivo el divorcio a menos que el tribunal tenga la seguridad que no obligará al demandante a hacer provisiones financieras para él o ella. El tribunal debe examinar todas las circunstancias concurrentes, incluyendo la edad, salud, conducta, capacidad para el trabajo y recursos financieros de cada cónyuge. No obstante, el tribunal está facultado para dar carácter definitivo al divorcio si lo considera razonable y el demandante se compromete a cumplir las provisiones financieras aprobadas por el tribunal.

Si el solicitante invoca la separación mas de cinco años como prueba del rompimiento del matrimonio, el demandado puede oponerse a que se conceda el divorcio provisional alegando que la disolución del

matrimonio le traería graves repercusiones económicas y sería injusto decretarlo. Con respecto a esta defensa especial, el tribunal debe tener en cuenta todos los factores del caso, como son el comportamiento de los cónyuges, los intereses de éstos y de los hijos.

No puede hacerse efectivo ningún decreto de divorcio si no se han tomado las medidas pertinentes para asegurar el bienestar de los hijos. Los "hijos de la familia" comprenden los hijos naturales o adoptados de los dos cónyuges y cualesquiera otros que sean tratados por ambos como miembros de la familia; esta restricción se refiere a cualquier hijo que en la fecha de ordenarse el divorcio no hubiera cumplido aún 16 años de edad o se encontrare cursando estudios o haciendo un parentizaje; la aplicación de esta restricción se puede extender a cualquier otro hijo si el tribunal considera que redundará en beneficio suyo.

En caso de que haya o pueda haber hijos de la familia, el tribunal, antes de hacer efectivo el divorcio, debe declarar que las medidas adoptadas para la custodia, educación y seguridad financiera son satisfactorias o las mejores que podían conceder los cónyuges, o que ni uno de los cónyuges, ni los dos juntos se encuentran en condiciones de hacer provisiones.

PROCEDIMIENTOS

El lugar donde puede presentarse la demanda de divorcio dependerá de si el demandado intenta o no oponerse a la acción, si no parece el demandado, (en casi todas las peticiones de divorcio no se entabla oposición) se ventila en el juzgado del condado, mientras que

los juicios matrimoniales se llevan ante jueces del Tribunal Supremo. En ambos casos, la acción judicial se desarrolla a puerta bierta.

A fin de ahorrar tiempo y costas, es posible evitar la comparecencia ante la autoridad judicial, siguiendo un procedimiento especial en el cual el solicitante debe presentar documentos bajo juramento. Para adoptar este procedimiento el otro cónyuge debe consentir por escrito al divorcio, y sólo será aplicable cuando no haya hijos menores de 16 años o estén haciendo un aprendizaje, ni plantearse disputa sobre las costas.

Si la petición falla, el asunto queda zanjado, pero el tribunal resolverá sobre la custodia, mantenimiento, educación de los hijos de la familia y costas de juicio. Si la petición se resuelve a favor del solicitante se dicta un decreto provisional de disolución del matrimonio, que se convierte en definitivo a las seis semanas, a menos que durante ese lapso se aporte un motivo que impida tal resultado (como la reconciliación o un recurso).

En el curso de la acción judicial, el Procurador de la Reina (Queen's Proctor) letrado funcionario del Estado que actúa bajo la dirección del Fiscal de la Corona, puede intervenir en cualquier momento antes de que se haga efectivo el decreto provisional, cuando se le informa que uno de los cónyuges ha actuado en confabulación a fin de obtener la orden judicial contraria a la justicia o que el decreto provisional haya sido conseguido mediante engaño realizado por el solicitante. De la intervención del Queen's Proctor el Tribunal Supremo, y el resultado dependerá de la irregularidad o del engaño y de la gravedad que le atribuya el tribunal después de haber tomado en cuen

ta las posibles circunstancias atenuantes del caso.

En virtud de la Ley de Domicilio y Procedimientos Matrimoniales de 1973 los tribunales de Inglaterra tiene jurisdicción para disolver sólo los matrimonios en que el marido o la esposa: a) esté domicilio en Inglaterra al iniciarse la acción judicial o: b) Hubiera sido residente habitual allí durante el año.

PROVISIONES FINANCIERAS

Los tribunales competentes en conflictos matrimoniales tienen facultades para conocer de los aspectos económicos de los matrimonios disueltos. Ambos cónyuges reciben el mismo trato, y todas las medidas son igualmente aplicables a uno y otro cónyuge.

Las provisiones financieras pueden hacerse de diverso modos y beneficiar a ambas partes o a los hijos de la familia, mediante: 1) pagos periódicos, 2) pago de una suma global, 3) transmisión de bienes, 4) arreglos sobre bienes, 5) modificaciones de los acuerdos existentes sobre bienes de los cónyuges y 6) terminación o reducción de los intereses de los esposos en esos acuerdos.

En el curso de la acción el tribunal puede decretar el pago de alimentos durante el litigio a favor de que una de las partes para el mantenimiento de la otra y de los hijos que hubiera hasta la concesión o negativa del decreto de disolución.

Una vez concedido el divorcio el tribunal puede dictar una provisión financiera realizable mediante cualquiera de los modos indicados con anterioridad. El pago de una suma global (que puede hacerse

a plazos) puede ser concedido para las futuras necesidades del cónyuge, como participación en los bienes familiares o para ayudar al pago de los gastos de mantenimiento efectuados por el cónyuge e hijos de la familia con anterioridad a la solicitud de provisión financiera. En cuanto a la índole y a la cuantía de la provisión, el tribunal debe considerar los recursos y obligaciones económicas de los cónyuges; la edad y cualquier impedimento físico o afección mental de las partes; su aportación individual al bienestar de la familia; la duración del matrimonio; y el valor de cualquier beneficio (por ejemplo: una pensión que uno de los cónyuges deje de percibir a causa del divorcio. La validez de las órdenes de pagos periódicos cesa al contraer nuevamente matrimonio el cónyuge beneficiado con esta provisión.

LAS PROVISIONES FINANCIERAS PARA LOS HIJOS

Las provisiones financieras para los hijos, a diferencia de las que se conceden a uno de los esposos (salvo las de mantenimiento durante el litigio), no dependen de la concesión del divorcio; se pueden otorgar en cualquier fase del litigio e, incluso, si no se declara la disolución del matrimonio, dentro de un plazo razonable desde la conclusión del caso. Puede dictarse la provisión para cualquier hijo de la familia, y estos pagos continuarán hasta término del período escolar (a los 16 años), pero la orden se puede prorrogar si el hijo continúa estudiando o haciendo un aprendizaje. Al señalar la índole y la cuantía de la orden, el tribunal debe tener en cuenta las necesidades financieras y los ingresos de los hijos; cualquier incapacidad física o mental; el nivel de vida que

la familia tenía con anterioridad a la disolución del matrimonio; y la clase de educación que estuvieran recibiendo o que se esperaba - darles.

Las órdenes son de la misma clase que las que se decretan para uno de los cónyuges.

MODIFICACION DE LAS RESOLUCIONES

Una vez decretado el divorcio, el tribunal está facultado para modificar, suspender temporalmente o decretar nuevamente órdenes por las que una parte deba abonar a la otra varias cantidades en el transcurso de un período determinado, por sumas globales a plazos. En el ejercicio de estas facultades de modificación deben considerarse todas las circunstancias del caso, incluso los cambios en cualquier de las cuestiones que el tribunal tenía la obligación de examinar al dictar la orden inicial. En caso de fallecer la persona contra quien se dictó la orden, se considerarán las nuevas circunstancias surgidas con motivo de su fallecimiento.

SEPARACION POR CONSENTIMIENTO Y SEPARACION JUDICIAL

Por lo que respecta a la separación de cuerpos los esposos pueden acordar, voluntariamente vivir separados, suspendiendo sus obligaciones conyugales. El matrimonio continua vigente y su nuevo objetivo es asegurar la mantención de la esposa y de los hijos, y resolver cuestiones tales como la liquidación de los bienes matrimoniales.

En caso de no obtenerse un acuerdo de este tipo, se puede solicitar, ante un tribunal, una orden de separación judicial, esta sus

pende la obligación de los esposos de vivir juntos, pero no disuelve el matrimonio. La acción para la separación judicial se puede entablar cuando se demuestre la existencia de una de las cinco circunstancias necesarias para el rompimiento irreparable del matrimonio, en cualquier momento después de celebrado el matrimonio. Los procedimientos relativos a las peticiones de separación judicial y a las facultades del tribunal para dictar provisiones financieras son semejantes a los de las demandas de divorcio, con excepción de que la separación judicial es de efecto inmediato, y no provisional.

En resumen: Los legisladores ingleses, al igual que en las nuevas legislaciones en materia de divorcio, realizarón un profundo estudio y análisis de su ley de divorcio a través de la "Divorce Reform Act. 1969" (Ley de Reforma de divorcio de 1969), entre las nuevas disposiciones que se plasmarón en esta ley están las siguientes:

Establecen una sola causa general como motivo de divorcio "el rompimiento irreparable del matrimonio", que puede establecerse por medio de cualesquiera de las cinco circunstancias señaladas anteriormente.

Su sistema de reconciliación plantea situaciones novedosas como la consulta de consejeros titulados en cuestiones matrimoniales, requisito esencial para admitirse la demanda de divorcio.

Las provisiones tienen como base el principio de que los arreglos consecuentes de la disolución del matrimonio afectan en términos iguales al hombre y a la mujer, es decir, las medidas establecidas son aplicables tanto a uno como al otro cónyuge.

Los decretos de divorcio no se pueden hacer efectivos sin antes tomar las previsiones que aseguren la custodia, mantenimiento y educación de los hijos, incluyendo los mayores de 16 años que cursen estudios o aprendizajes.

Respecto a la separación de cuerpos la ley establece dos formas: una por consentimiento mutuo y otra judicial, ambas los liberan de determinadas obligaciones conyugales, pero ninguna disuelve el matrimonio.

2.- EL DIVORCIO EN LOS PAISES SOCIALISTAS

a) EL DIVORCIO EN ALEMANIA ORIENTAL

El Estado socialista protege y fomenta el matrimonio y la familia. Al contraer matrimonio, un hombre y una mujer fundan una comunidad para toda la vida basada en el amor, el respeto y la fidelidad del uno hacia el otro, en la comprensión y la confianza mutuas y en la ayuda recíproca y desinteresada.

El supuesto del matrimonio es la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. Esta igualdad es una característica fundamental del derecho de familia en la República Democrática Alemana.

De manera que cuando un matrimonio ha perdido su razón de ser se puede disolver tanto en interés de los cónyuges como también en el de los hijos, y para la sociedad no será de ninguna utilidad mantener estos matrimonios. Así lo establece el derecho de familia en Alemania Oriental, que fue sometido a una radical revisión con el nuevo Código de la Familia de 1965 (actualizado complementado por

varias reformas). (5)

MOTIVO PARA EL DIVORCIO

El único motivo general por el que se puede solicitar el divorcio es "que el matrimonio haya perdido su sentido para los cónyuges, para los hijos y, por consiguiente, para la sociedad".

Además, el tribunal debe comprobar que una profunda causa de disolución matrimonial, no permite esperar una reconciliación.

Lo anterior concuerda con el concepto socialista del divorcio,

ELIMINACION DEL DIVORCIO CULPABLE

La legislación de Alemania Oriental es una de las que no regulan el divorcio sanción o divorcio culpable.

El concepto de disolución matrimonial, sin la incorporación del concepto de "culpa" se estableció desde 1933, en el "German Marriage Law", asimismo, el actual Código de la Familia, tampoco lo establece.

Lo anterior lo basan en que en el juicio de divorcio no se trata de establecer cuál de los cónyuges es culpable del fracaso del matrimonio. En la sentencia de divorcio no se pronuncia un veredicto sobre la culpabilidad, ya que se ha comprobado que al investigar la culpabilidad se procede generalmente basándose en criterios muy formales y superficiales.

CONCILIACION

El tribunal debe rechazar la acción de divorcio presentada de

manera imprudente y tiene que esforzarse por mantener unidos especialmente los matrimonios juvenes. Según el Código de familia de la República Democrática Alemana, el tribunal tiene la tarea de discutir con los cónyuges las causas del conflicto y las posibilidades que hay para superarlas, y hacer todo lo posible por lograr una reconciliación.

CONSULTORIOS PARA MATRIMONIOS Y FAMILIAS

Según el Código de la Familia, el Estado y la sociedad tienen la obligación de ayudar a los cónyuges a mantener el núcleo familiar, y auxiliar a los padres en la educación de sus hijos.

Un deber especial resulta de ello para los organismos de la educación pública, de asistencia juvenil, de salud pública, de asistencia social y la administración de la justicia.

Las actividades de los consultorios para matrimonios y familias han dado muy buenos resultados como forma especialmente eficaz de ayuda. Se encuentran distribuidos en todos los distritos de Alemania Oriental; actualmente hay unos 240 consultorios de esta índole. La gente aprovecha cada vez más la posibilidad de pedir consejo y ayuda en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia y las relaciones sexuales.

En estos consultorios colaboran médicos, pedagogos, psicólogos, juristas y asistentes sociales. Esta combinación le garantiza a la persona que viene a pedir consejo, que será atendida por personas con experiencia en cuestiones matrimoniales, de familia y de la ac-

vida en general, capaces de entender el problema individual. El asesoramiento es gratuito, y todos los consultores está obligados a guardar el secreto.

RESOLUCION DE DIVORCIO

El tribunal decreta el divorcio luego de haber comprobado que hay severas razones que han conducido a que el matrimonio haya perdido su sentido para los cónyuges y que además, una profunda causa de disolución matrimonial, no permite esperar un restauración de la vida en común. Al respecto, el tribunal examina especialmente si el divorcio no contradice los intereses de los hijos menores.

GUARDA Y CUIDADO DE LOS HIJOS

En la misma sentencia de divorcio el tribunal establece a cual de los cónyuges le concederá el derecho a educar a los hijos. En la mayoría de los casos y, sobre todo, tratándose de niños pequeños, de le entrega a la madre el derecho de guarda y educación. El otro cónyuge es obligado a pagar alimentos al hijos, aunque no tenga la guarda y cuidado del mismo.

Los padres tienen el deber de alimentos respecto a sus hijos hasta que éstos tengan independencia económica, es decir, por regla general, hasta que hayan terminado sus estudios.

La forma en que se va a mantener el contacto con los hijos ha de acordarse entre los padres; en caso necesario, el organismo competente de la asistencia juvenil ayuda a los padres a decidir sobre esta cuestión.

LIQUIDACION DE BIENES

La sentencia de divorcio incluye también, si se ha solicitado, la decisión del tribunal sobre el uso futuro del apartamento del matrimonio, el reparto de los bienes comunes y el subsidio para el cónyuge después del divorcio en caso de necesidad.

b) EL DIVORCIO EN CUBA

La legislación de divorcio en Cuba fue modificada con la promulgación del nuevo Código de Familia (el 14 de Febrero de 1975).
(7)

Dicho código conceptua el matrimonio como la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Además, el matrimonio se constituye sobre la base de la igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges, los cuales deben vivir juntos, guardarse lealtad, consideración y el respeto debidos y ayudarse mutuamente.

De manera que cuando no se cumplen estos fines del matrimonio y no se logra reconciliar a los cónyuges deseosos de separarse, el tribunal podrá decretar la disolución del matrimonio.

Así, los legisladores cubanos en su nuevo Código de Familia, establecieron que el divorcio procede:

- 1.- Cuando los cónyuges lo soliciten por mutuo acuerdo.
- 2.- Cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que "el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad".

Podemos entender que el matrimonio pierde su sentido para los cónyuges y para los hijos, y con ello también para la sociedad, - cuando existan causas que han creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en que se puedan ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lograr los fines de ese matrimonio.

MOTIVO PARA EL DIVORCIO

El Código de familia de Cuba, al igual que los nuevos códigos y leyes relativas a la disolución del matrimonio en los demás países, no establece un gran número de causas de divorcio, sino dentro de una sola causa general comprende a todas las demás; este motivo general es "que el matrimonio haya perdido su sentido para los cónyuges y para los hijos, y con ello para la sociedad".

Al demostrarse la existencia de estas circunstancias, el tribunal debe decretar el divorcio, a menos que a través de ello considere que la disolución del matrimonio no es necesaria.

DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA COMUNIDAD MATRIMONIAL DE BIENES

La comunidad matrimonial de bienes termina por la extinción del matrimonio. Los bienes comunes deben dividirse por partes iguales entre los cónyuges, y en caso de muerte, entre el sobreviviente y los herederos del fallecido.

Cualquiera de los cónyuges puede renunciar en todo o en parte a sus derechos en la comunidad matrimonial de bienes, después de haber roto el vínculo matrimonial: dicha renuncia debe hacerse siempre en forma escrita.

En caso de que los cónyuges no se pongan de acuerdo en la forma de liquidación de los bienes, ésta se realizará judicialmente, haciendo un inventario y avalúo de los bienes sobre la base del valor que tenían en la fecha de extinción del matrimonio. Después del avalúo se deducen las deudas pendientes, y el remanente se reparte por mitad entre los cónyuges.

Si después de un año de la disolución del matrimonio no se ha iniciado judicial o extrajudicialmente la liquidación de bienes, cada cónyuge será propietario de los bienes muebles de propiedad común cuya posesión hubiera mantenido a partir de la disolución del matrimonio.

Sin embargo, el tribunal, al realizar la liquidación de bienes, puede disponer que determinados bienes de propiedad común que considere necesarios para la educación y desarrollo de los hijos menores, se adjudiquen al cónyuge a cuya guarda y cuidado queden los menores.

GUARDA Y CUIDADO DE LOS HIJOS

En la sentencia de divorcio el tribunal debe establecer cuál de los padres va a conservar la guarda y cuidado de los hijos menores.

Respecto a dicha guarda y cuidado de los hijos, los padres deben llegar a un acuerdo voluntario, en caso de que éstos vivan separados.

En el supuesto de que no llegarán a un acuerdo los padres o que el mismo perjudique los intereses de los hijos, la cuestión la resolverá el tribunal competente, procurando beneficiar siempre a

los hijos menores.

Por regla general, los hijos quedan al cuidado del padre en cuya compañía se encontraban hasta el momento en que se produce el desacuerdo; y se preferirá a la madre si estaban en compañía de ambos.

El tribunal debe disponer lo conveniente para que los hijos menores mantengan una adecuada comunicación con el padre a quien no se defiera dicha guarda y cuidado.

PROVISIONES

Es obligación de ambos padres sostener a los hijos aunque no tengan la patria potestad sobre ellos, nó estén bajo su guarda y cuidado.

El tribunal debe fijar en la sentencia de divorcio la cuantía de la pensión que deberá abonar aquel de los padres que no los tenga bajo su guarda y cuidado.

Las medidas establecidas en las sentencias de divorcio sobre pensiones, patria potestad, guarda y cuidado y comunicación, pueden ser modificadas en cualquier tiempo en caso de haber variado las - circunstancias que determinaron su adopción.

Por lo que respecta a la sentencia de divorcio dictada en el extranjero que disuelve un matrimonio celebrado de acuerdo con las leyes cubenas o de un país extranjero, entre cubanos, o entre cubanos y extranjeros, o entre extranjeros, podrá tener válidez en Cuba, si se ha resuelto de acuerdo con las leyes del país en que se decreto.

3.- EL DIVORCIO EN LOS PAISES OCCIDENTALES

a) EL DIVORCIO EN FRANCIA

La ley de divorcio en Francia sufrió un cambio radical al promulgarse la "Ley de 11 de julio de 1975 sobre el divorcio y la separación de cuerpos" y el decreto del 5 de diciembre de 1975 sobre su procedimiento. (8)

Ha sido presentada como una ley de liberalización no sólo por el acceso más amplio que quiere darle al divorcio, sino también por la libertad de elección que ofrece, entre varios modelos, a los esposos deseosos de romper el vínculo conyugal.

La ley de 24 de julio de 1884 no contemplaba más que un solo divorcio, pues existían todavía defensores numerosos y resueltos del matrimonio indisoluble. El divorcio sanción analizado como una pena infrigida a un culpable era teóricamente exclusivo y excluyente de cualquier otro, especialmente del divorcio por consentimiento mutuo contra el cual las precauciones legales habían sido multiplicadas. Sin embargo, la práctica y la jurisprudencia habían introducido y desenvuelto, poco a poco, el divorcio por consentimiento mutuo.

La solución más clara era de subsistir al divorcio sanción por el divorcio por consentimiento mutuo, ya que el primero se reprochaba el imponer una lucha real o simulada que hacía del divorcio un drama en donde los cónyuges, y sobre todo los hijos, habían sido siempre lesionados.

Pero el divorcio por consentimiento mutuo no sería suficiente, puesto que la exigencia de un acuerdo entre los esposos impedía

la ruptura del vínculo matrimonial cuando era insoportable para uno de ellos.

El deseo de dramatizar el divorcio al momento de ser pronunciado ha llevado a crear el divorcio sin drama que puede ser el por consentimiento mutuo y el divorcio sin falta. Pero los legisladores no han querido eliminar totalmente el divorcio sanción.

La preocupación de hacer cesar lo más pronto, posible lo concienzoso del divorcio ha conducido a evitar los debates antes de él, impulsando a un pronunciamiento con efectos de una ruptura rápida y definitiva. Pero esta sin razón no se ajusta bien a ciertos divorcios que amenazan con lesionar a un inocente, consagrado al lado del divorcio que pone fin completa o inmediatamente a los efectos del matrimonio, otro que prolonga temporalmente ciertos deberes nacidos de la unión rota.

La variedad de aspectos del nuevo divorcio aparecen bajo estas dos formas:

I.- Divorcio Voluntario y Divorcio Soportado.

a) Divorcio Convenido o Divorcio por Consentimiento Mutuo.

b) Divorcio Soportado.

1.- Divorcio Soportado por el Culpable.

2.- Divorcio Soportado por el inocente

c) Divorcio Aceptado.

II.- Divorcio Ruptura y Divorcio que debilita los vínculos matrimoniales.

a) La ruptura Completa e Inmediata.

b) El Mantenimiento Parcial de los Vínculos del Matrimonio.

I.- EL DIVORCIO VOLUNTARIO Y EL DIVORCIO SUFRIDO O SOPORTADO

Es verdad que la ley ignora el divorcio p^áramente administrativo por simple declaraci3n ante el oficial del estado civil, y que el divorcio es siempre judicial en Francia; pero el rol del Jues es tambi3n diverso seg^un los procedimientos que deben ser elegidos por los interesados.

Hasta la reforma de 1975 el procedimiento era siempre contencioso, a^un cuando la contienda era simulada, el divorcio encontraba el m^ás notable ejemplo de contienda forzada. No obstante el procedimiento afable toma lugar al lado del procedimiento contencioso; y dos jurisdicciones disputan la competencia. El juez de la conciliaci3n y de medidas provisorias es competente para pronunciar el divorcio convenido, es decir, el verdadero divorcio por consentimiento mutuo.

Los dos procedimientos, contencioso y afable, corresponden a dos tipos de divorcio que coexisten: el divorcio por consentimiento mutuo, instaurado por la reforma, da lugar a un procedimiento afable; el divorcio por falta continua dando lugar a un procedimiento contencioso que se impone tambi3n al divorcio por ruptura de la vida com^un, nuevamente incorporado.

Pero es necesario considerar una especie de combinaci3n de un divorcio que tiene del uno y del otro, ambos tipos opuestos, es el "Divorcio Aceptado" que supone la combinaci3n de la voluntad com^un y de la decisi3n del tribunal mismo.

As^í aparecen tres tipos de divorcio:

- a) El Divorcio Convenido.
- b) El Divorcio Soportado.
- c) El Divorcio Aceptado.

a) EL DIVORCIO CONVENIDO O DIVORCIO POR CONSENTIMIENTO MUTUO.

El divorcio por consentimiento mutuo o divorcio convenido, parece tener la predilección del legislador, aunque las formalidades que lo rodean corran el riesgo de desviar a los esposos presionados cuando la liquidación de su régimen matrimonial es seria. Reviste la forma judicial del procedimiento sobre demanda conjunta, y se tramita ante el juez de asuntos matrimoniales.

El divorcio por consentimiento mutuo sólo puede llevarse a cabo hasta después de seis meses de celebrado el matrimonio (art. 230 c.c.), siempre que ninguno de los esposos se encuentre colocado Bajo el régimen de protección de sus mayores.

Este divorcio es muy fácilmente demandable, es un divorcio contractual, se tramita bajo un procedimiento afable y ante el juez de asuntos matrimoniales.

Este divorcio supone el acuerdo de los esposos, dicho acuerdo debe realizarse no sólo sobre el divorcio mismo, sino también sobre sus consecuencias.

El divorcio mismo depende del acuerdo de los esposos, y la voluntad de aquellos es discrecional porque la ley les dispensa de dar a conocer la causa de su ruptura (art. 230). Pero el acuerdo de los esposos debe también recaer sobre las consecuencias del divorcio. Ellos deben presentar al juez no sólo un proyecto de conven-

ción definitiva que lleve la reglamentación completa de los efectos del divorcio, con la indicación, si fuera necesario, de un notario en cargado de liquidar el régimen matrimonial (art. 23 dec. de 5 de dic. de 1975).

El rol del juez es importante puesto que le incumbe autorizar la convención y pronunciar el divorcio.

El juez puede sugerir a los esposos que renuncien a su proyecto de divorcio y DEbe dar conformidad al proyecto de acuerdo sobre las consecuencias del divorcio en interés de uno o de otro esposo y de los hijos.

Los esposos deben comparecer al menos dos veces ante él, fuera de la presentación de la demanda inicial, en la cual son recibidos separadamente, luego en conjunto y posteriormente en presencia de los abogados; una segunda vez sobre demanda ratificada o reiterada después de tres meses si ellos persisten en su intención de separarse. Los cónyuges deberán presentarse otra vez si el juez todavía no está seguro de su intención, sobre todo si no aprueba la convención que regula los efectos del divorcio, en cuyo caso puede postergar su decisión hasta la presentación de una convención modificatoria (art. 31 y 32 dec. de 5 de dic. de 1975).

En esta forma de divorcio la voluntad de los esposos no es ampliamente libre, puesto que está controlada y puede ser aclarada por los consejeros del juez (art. 25 del decreto). Las formalidades impuestas para permitir el control del juez están establecidas en beneficio de los esposos.

b) EL DIVORCIO SOPORTADO

El divorcio puede ser impuesto por un esposo al otro que no lo acepte; Deberá pronunciarse por el tribunal que resolverá el conflicto después de un debate contencioso. El juez de asuntos matrimoniales no juega su rol, sino en la primera fase del proceso como juez de conciliación y de medidas provisionales.

El mantenimiento del divorcio sanción soportado por el esposo culpable ha introducido el divorcio por causa objetiva que puede ser soportado por un esposo inocente.

1) EL DIVORCIO SOPORTADO POR EL CULPABLE

El divorcio sanción es mantenido por la ley de 1975 bajo el vocablo de divorcio por falta.

El divorcio sanción subsiste con modificaciones que son hasta cierto punto terminológicas; La ley de 1975 abandona los "excesos, sevicias o injurias", para hablar más felizmente de "hechos imputables al otro" cuando estos hechos constituyen una violación grave o renovada de deberes y obligaciones del matrimonio que hacen intolerable el mantenimiento de la vida común.

Se encuentran en esta materia los dos elementos de la causa del divorcio sanción como lo concebía el texto anterior, "combinando la falta y la causa objetiva".

En efecto, las faltas invocadas deben haber llevado a la quiebra al matrimonio. La regla que se remonta a 1941 se mantiene, ella exige la constatación del carácter imposible de la vida conyugal que hace del divorcio por falta, a la vez, un divorcio quiebra y

un divorcio sanción. Esto da al juez razones de mostrarse más vigilante ante una demanda de divorcio por falta, pues éste podría ser simulado. Pero las particularidades del nuevo divorcio por falta son que el hecho da lugar a un cierto consentimiento mutuo.

Asimismo, siempre en vías de evitar el carácter dramático del divorcio, esta ley en su artículo 243 permite al tribunal de no enunciar las faltas y agravios de los cónyuges en su juicio "a la demanda de los dos cónyuges". Esta demanda supone ya una cierta aceptación, si ella es concedida no se ve como uno de los esposos podría recurrir a la apelación en el juicio de divorcio.

Por tanto, el divorcio por falta que es normalmente impuesto aparece un divorcio aceptado, que más adelante explicaremos, y no obstante esta mezcla de divorcio quiebra y de divorcio por consentimiento mutuo no se presenta en un estado puro.

Se puede también, con gran sorpresa, constatar que el divorcio puede ser soportado por un inocente.

2.- EL DIVORCIO SOPORTADO POR UN INOCENTE.

La ley califica el divorcio soportado por un inocente como divorcio por ruptura de la vida común, y algunos se preguntan si no merecerá el nombre de divorcio repudiación. Es la parte contemplada por la ley de 11 de julio de 1975 como divorcio por causa objetiva.

Muchos autores no han querido hacer de esta causa una norma general. Han querido evitar el dilema de la prueba, o bien, al juez poderes inquisitoriales, impropios de el que no puede penetrar en la vida íntima de los esposos, con miras a investigar la quiebra del ma

rimonio. El medio de solucionar lo anterior sería volver a reintroducir la falta.

El legislador de 1975 sólo contempla el divorcio por causa objetiva en dos casos determinados:

A) EL primer caso es la separación de hecho durante seis años (art. 237), que es demostración de fracaso o quiebra del matrimonio.

En caso de separación de común acuerdo, el hecho que la consagra acarrea el divorcio por consentimiento mutuo; si la separación es el hecho de uno sólo de ellos, el divorcio no puede ser demandado contra él por falta, pero podrá serlo también por ruptura de la vida común. El esposo culpable de abandono podrá imponer así indirectamente el divorcio a su cónyuge abandonado.

Esta incongruencia ha sido atenuada por la consagración de la "Cláusula de dureza", es decir, por la posibilidad que se ofrece al juez de rechazar la demanda si el demandado abandonado establece "que el divorcio traería para él en razón de su edad, por la duración del matrimonio o por los hijos consecuencias materiales o morales de una excepcional gravedad" (art. 240).

B) En el segundo caso de ruptura de la vida común pueden hacerse las mismas observaciones, tal como ocurre con el divorcio por alteración de las facultades mentales que es distinto de la separación de hecho, y que se funda en una causa específica (art. 238).

Este se asemeja a la separación de hecho, pues implica la cesación de la comunidad de vida después de seis años, en razón de la alteración grave de las facultades mentales del demandado. Lo esencial

de esta causa es una alteración de la salud mental de tal gravedad que hace imposible una verdadera vida conyugal, y siempre que ellas sea considerada como incurable.

El juez puede de oficio rechazar la demanda si el divorcio amenaza traer consecuencias muy graves sobre la enfermedad del cónyuge (art. 233).

Soportado por el culpable o por el inocente el divorcio por falta o por ruptura de la vida común no implica el acuerdo de los esposos.

c) EL DIVORCIO ACEPTADO

El divorcio aceptado está considerado por la ley como una segunda forma de divorcio por consentimiento mutuo. Dicha aceptación es en efecto un acuerdo, pero aquí la aceptación es menos directa, menos concencible y se puede hablar de divorcio resignación.

En cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, el divorcio pedido por un esposo y aceptado por el otro, reviste un doble carácter:

1) Es en cierta medida un divorcio por consentimiento mutuo. Supone en efecto que uno de los esposos pide el divorcio haciendo notar que un conjunto de hechos que proceden ya del uno o del otro, hacen intolerable el mantenimiento de la vida común (art. 233), y que el otro reconozca estos hechos ante el juez (art. 234). El divorcio podrá ser pronunciado o acordado y producirá los efectos de un divorcio de faltas compartidas.

El acuerdo de los esposos es necesario y decisivo. Pero no se trata de un consentimiento mutuo en sentido estricto, por un lado el

acuerdo se realiza en el curso de la instancia y no resulta de la aceptación de un ofrecimiento, sino de la aquiescencia de una demanda, supone mas una confesión que una verdadera aceptación. Pero sobre todo, este acuerdo no basta.

2) El acuerdo debe hacerse no sólo sobre el divorcio mismo, sino también sobre la existencia de una causa de divorcio que no sería suficiente para justificar la disolución del matrimonio, pero basta el hecho que los esposos acuerdan reconocer, que el mantenimiento de la vida común es intolerable.

Esta causa es objetiva, no implica necesariamente la falta del demandado, pues procede de los dos esposos (art. 233). Dicha causa únicamente será operante si el acuerdo de los esposos se hace para obtener las consecuencias. El divorcio aceptado no es mas que la prolongación del divorcio por causa objetiva, o sea, el divorcio por ruptura de la vida común. Supone el fracaso del matrimonio, un fracaso objetivamente constatado y reconocido.

Los esposos deben procurar llegar a un acuerdo sobre los hechos que motivan la demanda y también sobre las causas que hacen intolerable el mantenimiento de la vida común.

De ahí que no sea asombroso que, en estos casos, el juez de asuntos matrimoniales que puede pronunciar el divorcio por consentimiento mutuo, no pueda pronunciar el divorcio sobre demanda aceptada. En efecto, el artículo 64 del decreto de 5 de diciembre de 1975 decide - que este magistrado, a falta de conciliación y después de constatar la doble confesión envía a los esposos ante el tribunal para que éste pronuncie el divorcio y resuelva sobre sus efectos. El procedimiento an-

te el tribunal es contencioso.

II.-DIVORCIO RUPTURA Y DIVORCIO QUE DEBILITA LOS VINCULOS MATRIMONIALES.

La distinción del divorcio y la separación de cuerpos se mantiene, y parece que el divorcio, cualquiera que sea la causa, continúa oponiéndose a la separación de cuerpos a la quiebra entera del vínculo conyugal que aquel se limita a relajar. Pero el divorcio no tiene siempre los mismos efectos; es preciso constatar que los efectos del divorcio sobre el vínculo conyugal mismo, no son siempre los mismos, y que a este respecto en la ley de 11 de julio de 1975 hay un nuevo sistema.

Estos autores se han preocupado por los problemas posteriores al divorcio y se han esforzado por limitar en el tiempo el drama al que el divorcio puede siempre dar lugar.

La admisión de nuevas causas de divorcio, ha suscitado vivas reticencias, puesto que su consagración puede colocar a uno de los esposos en una situación difícil, en que soportará un divorcio que le ha sido impuesto siendo inocente. Puede ser particularmente digno de protección, y en este caso se atenuarán para él las consecuencias del divorcio.

Así, tenemos que de una parte, la ley quiere que se produzca la ruptura más completa y más inmediata, y de otra mantiene temporalmente ciertos efectos del matrimonio.

a) LA RUPTURA COMPLETA E INMEDIATA

Es este el principio: el divorcio rompe los vínculos matrimonia-

les de inmediato con la tradicional distinción de tres puntos de partida en los efectos del divorcio.

Pero después del divorcio existe un período lleno de incidentes entre los ex-posos, sobre la pensión alimenticia y a la guarda de los hijos.

En efecto, lo contencioso psotconyugal no será siempre evitado y la ley confía al juez de negocios matrimoniales competencia para resolver los incidentes a que darán lugar. Pero la ley se esfuerza, también, en prevenirlos y evitarlos.

En el caso de la pensión alimenticia, la ley la substituye por la prestación compensatoria, que puede ser debida a uno de los esposos. Esta prestación es definitiva. La ley aconseja constituir la prestación compensatoria bajo la forma de un capital, si ésto no es posible será asegurada bajo la forma de una renta.

Estas nuevas disposiciones permiten la liquidación inmediata de las controversias entre los esposos y evitan en lo que sea posible que éstos sigan después del divorcio.

Pero del lado inverso, la ley vacila en quebrar en su totalidad el vínculo conyugal y limita los efectos de ciertos divorcio, que transforman así en una simple separación de cuerpos.

b) EL MANTENIMIENTO PARCIAL DE LOS VINCULOS DEL MATRIMONIO

Es una particularidad del divorcio por ruptura de la vida común. La atenuación de los efectos de este divorcio se ha hecho en consideración al cónyuge inocente se debe reportar el divorcio cuando ha sido abandonado o cuando se trata de un enfermo mental.

La ley obliga a aquel que pide y obtiene el divorcio a socorrer a quien ha perjudicado, este deber se realiza normalmente mediante el pago de una pensión alimenticia; en caso de divorcio por alteración de las facultades mentales debe pagar lo necesario para el tratamiento médico del cónyuge enfermo.

Este mantenimiento parcial de los efectos del matrimonio disuelto por ruptura de la vida común perdura hasta el momento en que el esposo acreedor se vuelve a casar, en cuyo caso el deber de socorro se extingue de pleno derecho; pero puede ponerse fin antes si el esposo acreedor vive en concubinato notorio (art. 283).

En resumen: Después de analizar todas las anteriores formas que presenta la nueva ley de divorcio en Francia (de 11 de julio de 1975), es posible concluir que puede haber varios grados en la ruptura de la vida conyugal, es decir, que no solamente se puede romper el vínculo conyugal por medio del divorcio sanción, sino que ya se admiten otros sistemas para lograrlo.

Asimismo, el divorcio sanción no es eliminado en forma total, sino relativamente al admitirse los nuevos sistemas de divorcio, ya que los legisladores franceses no han querido eliminar totalmente el divorcio, ya que los legisladores franceses no han querido eliminar totalmente el divorcio sanción, permitiendo la coexistencia del divorcio impuesto y del divorcio más o menos deseado o querido. La ley de 11 de julio de 1975 ha mantenido el divorcio sanción bajo el vocablo de divorcio por falta.

b) EL DIVORCIO EN ITALIA

Cuando Roma fue proclamada capital de Italia en 1870, el Código Civil, único para todo el reino, mantenía la exclusión del divorcio en Italia. Decía: "El matrimonio no se disuelve más que por la muerte de uno de los esposos".

La exclusión del divorcio no dependía esencialmente de causas religiosas, la influencia de la tradición y de la costumbre católica fue, en verdad muy grande; pero la mayor parte de los liberales de ese tiempo se oponían al divorcio por motivos diferentes, tendientes, al mantenimiento del orden social. En esta época, la Iglesia y el Estado italiano estaban en profundo desacuerdo a causa de la cuestión de la unidad de Italia, del poder temporal del Papa, y sobre todo del laicismo que se oponía al confesionalismo. El desacuerdo se agudizó todavía en el curso de los treinta últimos años del siglo XIX, la Iglesia persistía en no querer reconocer la legalidad del Estado italiano y éste tendía fuertemente a una separación entre la Iglesia y el Estado.

Los últimos proyectos relativos al divorcio se remontaban al año de 1902, pero para eludir este problema se argumentó que no tenía importancia, de manera que la cuestión del divorcio fue abandonada cuando el Estado italiano y la Iglesia convinieron en el Concordato en 1929. El artículo 34 del Concordato atribuía al sacramento del matrimonio, tal como está reglamentado por la Iglesia católica, los efectos civiles. Se entregaba a la competencia exclusiva de la Iglesia la jurisdicción sobre estos matrimonios, es igualmente en cuanto a las causas de nulidad y a los rescriptos de dispensa para los matrimonios celebrados y no consumados.

El Concordato se aplicaba sólo a aquellos que contraían un matrimonio religioso, según el rito católico. Este matrimonio debía ser transcrito en los registros del estado civil para poder producir los efectos civiles. Cada ciudadano era libre de casarse ante la autoridad civil, aun cuando profesara la religión católica.

La cuestión del divorcio no implicaba una discusión particular, puesto que la legislación misma del Estado no tenía ninguna intención aún lejana de introducirlo. En efecto, el nuevo Código Civil Italiano, promulgado en 1942, confirmaba para los matrimonios religiosos, la legislación del Concordato (artículo 32) y, para el matrimonio contraído ante el Oficial del Estado Civil, el principio de indisolubilidad.

Cuando se promulga, después de la segunda guerra mundial (en 1947), la Constitución democrática en vigor, la cuestión del divorcio fue postergada puesto que el partido católico (Demócrata Cristiano) había querido que la Constitución consagrara el principio de la indisolubilidad. A esto se opusieron los partidos laicos, y el proyecto fue abandonado. No obstante el partido católico obtiene una concesión importante a través de la disposición establecida en el artículo 7 constitucional con el texto siguiente: "El Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su orden, independientes y soberanos. Sus relaciones están reguladas por los Acuerdos de Letrán (tratado y Concordato). Las modificaciones de estos acuerdos, no necesitan de un procedimiento de revisión de la Constitución. En estos acuerdos se encuentra el artículo 34 del Concordato. La Iglesia esperaba

que, por el efecto de esta disposición, el Estado italiano no hubiera jamás permitido el divorcio que quitaría al sacramento del matrimonio los efectos civiles.

Es precisamente en el año coentenario de la conquista de Roma que se promulga en Italia la "Ley del 10. de diciembre de 1970, número 808, sobre el divorcio", la ley tiene un carácter revolucionario pues ella hace encajar el divorcio en la legislación italiana por primera vez en el curso de los siglos, excepción hecha del corto período de la dominación napoleónica. Esta ley fue aprobada a pesar de la oposición del partido gubernamental y mayoritario (Demócrata Cristiano).

Sin embargo, la oposición católica podía utilizar para hacer abrogar la ley, el referéndum popular previsto en la constitución, a través del cual la voluntad directa del pueblo se sustituye a la del órgano legislativo normal o sea el Parlamento.

Además de la oposición católica, también habían surgido dudas sobre la legitimidad constitucional de la ley sobre el divorcio, y por tanto se solicitó del Tribunal de Garantías Constitucionales un dictamen acerca del asunto. El 23 de noviembre de 1973, dicho tribunal reconoció la constitucionalidad de la ley, en cuanto a que ésta no acarrearía modificaciones al Concordato, pues no sustraía a los tribunales eclesiásticos la jurisdicción sobre la nulidad del acto matrimonial religioso, y reconociendo al Estado el derecho de reglamentar la cesación de los efectos civiles de cualquier tipo de matrimonio.

Entre los partidos favorables a la abrogación de la ley estaban: la Democracia Cristiana y el Movimiento Social Italiano-Derecha Nacio-

nal. Eran favorables a la conservación de la ley: el Partido Demócrata Social Italiano, el Partido Socialista Italiano, el Partido Liberal Italiano, el Partido Republicano Italiano y el Partido Comunista Italiano.

Las votaciones tuvieron lugar los días 12 y 13 de mayo de 1974, los volantes fueron 33, 039, 217, de los cuales 19, 093.292 votaron por la conservación de la ley. Por ello, la voluntad popular se pronunció en favor de la conservación de la ley de divorcio, la cual sigue reglamentando la disolución del matrimonio. (9)

En conclusión: los adversarios de esta ley pedían que el Estado italiano estableciera con la Iglesia un nuevo régimen de matrimonio religioso que la Iglesia renuncie a pedir el mantenimiento de los efectos civiles del sacramento del matrimonio, después del acto de su celebración, y que, a falta de aceptación de la Iglesia, se haga la denuncia de los acuerdos de 1929 como se ha hecho para los tratados internacionales.

Los Tribunales del Estado deben pues aplicar la ley sobre el divorcio.

FORMAS DE DIVORCIO

La Ley prevé tres formas principales de divorcio:

1.- El Divorcio Inmediato, sobre la petición de uno de los esposos, en los casos previstos por la ley; se concede por infracciones graves contra el orden social y sobre todo familiar. Aquí la separación personal es decidida por el tribunal.

2.- El Divorcio Subordinado a la constatación por el juez de la falta de aptitud de los cónyuges llamados a los tribunales para man-

tener o reconstituir la vida familiar. Esta forma de divorcio se funda en el consentimiento mutuo de los esposos para disolver el matrimonio.

3.- El Divorcio Diferido, que se produce después que ha transcurrido un determinado tiempo desde la separación legal o de hecho de los esposos.

CASOS EN QUE SE ADMITE EL DIVORCIO

Cuando, después de la celebración del matrimonio, uno de los cónyuges ha sido condenado por hechos cometidos anteriormente por decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, a una pena de prisión superior a quince años, por infracciones que no sean imputadas a su sola negligencia.

La ley no acoge la demanda de divorcio si se trata de un delito político. El divorcio no puede ser pronunciado si el delito es verdaderamente político, como la alta traición, el atentado a la seguridad o a la independencia del Estado, etc. En consecuencia los delitos muy graves, como un secuestro de avión seguido de una muerte en accidente, un rapto, un atentado seguido de la muerte de hombres, un asesinato cometido con sevicia, etc., si son inspirados por estos motivos políticos, tampoco dan al cónyuge el derecho de divorciarse.

El divorcio puede ser pedido si el otro esposos ha sido condenado por delitos sexuales cometidos contra sus descendientes legítimos, naturales o adoptivos (incesto, atentados al pudor con violencia, organización y explotación de la prostitución, incitación de uno de los cónyuges o de un hijo adoptivo a la prostitución).

Dan derecho a pedir el divorcio las condenas a algunas penas que sean de muerte o tentativa de ella sobre los descendientes o el cónyuge. No hay en este caso ninguna excepción por circunstancias atenuantes, incluso aunque se extingan estos delitos por amnistía no impiden la demanda de divorcio.

El divorcio inmediato puede ser pedido cuando el cónyuge extranjero, ha obtenido en el extranjero la anulación o la disolución del matrimonio, según su ley nacional.

Cuando se trata de dos extranjeros que pertenecen a un Estado que admite el divorcio, si ellos han contraído en Italia un matrimonio religioso católico según el rito del Concordado, la jurisprudencia sostiene que el Concordato se aplica también a los extranjeros que se casan en Italia ante un ministro del culto católico, y para estos efectos no reconocen ejecutoria a la decisión extranjera de anulación de divorcio.

El divorcio es admitido también en otros casos: sevicias graves, faltas de asistencia al hogar conyugal, malos tratos al cónyuge o a los hijos, y también cuando, por los delitos más graves indicados precedentemente, cometidos contra el cónyuge, los hijos u otros descendientes, éstos hayan contraído enfermedades mentales.

El divorcio también es admitido si la demanda es hecha cinco años al menos después que los esposos han comparecido ante el presidente del tribunal para obtener la separación, y si ésta ha durado durante todo ese tiempo. Si los esposos no están de acuerdo el plazo es de siete años cuando la separación ha sido decidida en razón de la

falta del esposo demandado, y de seis años si la separación ha llegado a ser definitiva antes de la entrada en vigor de la ley, o si ha habido separación de hechos ininterrumpida.

OTRAS CAUSAS DE DIVORCIO

La ley italiana no considera el adulterio como una causa de divorcio inmediato, a diferencia de las leyes de divorcio de los demás Estados. El adulterio puede dar lugar al divorcio, pero sólo después de cinco años de separación. Cada esposo podrá pedir el divorcio, el esposo culpable podrá también pedirlo con el consentimiento de su cónyuge, a falta de este consentimiento el esposo culpable podrá pedir el divorcio al cabo de siete años.

El abandono voluntario es un motivo de divorcio si está seguido de una condena penal por violación de las obligaciones de asistencia familiar.

La enfermedad mental no se considera como causa de divorcio, si no sólo si se ha verificado que ella ha sido la razón por la cual el esposo ha sido acusado por alguno de los delitos indicados en las disposiciones precedente,s siempre que éste se haya cometido contra el cónyuge, los hijos o los descendientes.

No son considerados como motivos de divorcio inmediatos ni la supervenencia de impotencia o de esterilidad, ni el rechazo a tener hijos, ni las anomalías sexuales.

EFFECTOS DEL DIVORCIO

Una vez pronunciado el divorcio, cada esposo adquiere la libertad de contraer un nuevo matrimonio. La ley estipula que, al dictar

se el divorcio, los efectos civiles de los matrimonios religiosos cesan, incluyendo los matrimonios religioso católicos.

El juicio de divorcio tiene efectos a partir del día en que se anota al margen del acta de matrimonio, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

La mujer pierde el nombre de su marido y vuelve a recuperar el nombre de su familia de origen.

Ninguna interdicción o prohibición se hace a los cónyuges de volver a casarse entre ellos.

CONCILIACION

El juicio de divorcio es pronunciado después de una tentativa de conciliación. La intervención del ministerio público es obligatoria, pero éste no puede apersonarse al juicio de divorcio sino para atender los intereses patrimoniales de los menores o de los incapaces legales.

PROVISIONES FINANCIERAS

El divorcio hace nacer la obligación para uno de los cónyuges de entregar al otro, en caso de necesidad, una pensión fijada de acuerdo con la situación económica de cada uno de ellos, A diferencia de lo que dicen ciertas leyes extranjeras, esta obligación se impone también al esposo que ha obtenido el divorcio si el otro cónyuge se encuentra en estado de necesidad.

La obligación de dar una pensión alimenticia cesa si el esposo que ha solicitado esta pensión contrae un nuevo matrimonio.

GUARDA DE LOS HIJOS

Los criterios a observar para la guarda de los hijos son semejantes a aquellos que se han establecido para la separación legal. Los padres pueden ser desprovistos de la administración de los bienes de sus hijos y de la patria potestad. Normalmente ellos conservan la potestad paterna y el ejercicio de ella sobre los hijos que les son confiados, sin embargo, cada uno de ellos tendrá la posibilidad de resolver sobre la educación y la instrucción de los hijos aún cuando no tengan la guarda de ellos.

El divorcio no es obstáculo al reconocimiento de los hijos adulterinos concebidos durante el matrimonio.

INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE DIVORCIO

La ley trata también los casos de inadmisibilidad de la demanda de divorcio. Estos son: la condena del esposo que pide el divorcio por complicidad de delitos cometidos por su cónyuge, por delitos políticos y por reconstitución de la vida conyugal.

Las dos primeras hipótesis no presentan dificultad de interpretación. La tercera hipótesis establece que la reconstitución de la vida común debe ser realmente conyugal, descarta este efecto cuando se trata de reconstitución sólo para relaciones sexuales, pues se ha rechazado considerar la relación conyugal íntima como un acto de perdón.

Como se puede fácilmente constatar, la introducción del divorcio en Italia se hace con una cierta restricción para los casos de divorcio inmediato que se reducen esencialmente a las hipótesis de infracciones graves contra el orden social, y sobre todo familiar, mientras que en las leyes de otros Estados la destrucción del matri-

monio es atacada también por otras circunstancias (incompatibilidad de caracteres, enfermedades, mala conducta moral aunque no sea delictuosa, etc.). Por el contrario el divorcio diferido después de un cierto tiempo de separación es acordado con una relativa facilidad y puede resultar del solo consentimiento de los esposos sin distinción entre el culpable y el inocente. (10)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) LEY SOBRE EL DIVORCIO EN CANADA DE 1968.- Imprimeur de la Reine pour le Canada. Ottawa, 1970.
- (2) KEZLEY, Glen J. - "Weekend Magazine". Ottawa, Canada March 3, 1973. p. 15.
- (3) MAC DONALD, James C. and FERRIER, Lee K. - "Canadian Divorce Law and Practice. Toronto, 1970.
- (4) KEALEY, Glen J. ... ob. cit. p. 14.
- (5) LEY DE REFORMA DEL DIVORCIO EN INGLATERRA DE 1969.- Central Office of Information. London, 1976. p. 1.
- (6) CODIGO DE LA FAMILIA DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA ALEMANA DE 1965.- Panorama D D R. Traducción: Intertext Berlín, 1976.
- (7) CODIGO DE FAMILIA DE CUBA.- Unidad Productora 04, "Urselia Díaz Bóez" del Instituto Cubano del Libro. La Habana, Cuba. 1975. pp. 23-25, 28-32 y 38-39.
- (8) RAYNAUD, Pierre.- Recueil Dalloz Sirey.- "Las Diversas Reglas del Divorcio". París, Francia. 1976. pp. 141-146.
- (9) VITA ITALIANA.- "El Referéndum Sobre el Divorcio". Instituto Poligrafico dello Stato. Roma, Italia. 1974. pp. 227-229.
- (10) ONLEI, Emilio.- Revue Internationale de Droit Comparé.- "El Divorcio en Italia". París, Francia. 1972. pp. 77-86.

cen las partes y no la realidad de los hechos.

Si se les quiere dar realmente esta facultad (la de entender la vida conyugal) entendemos que además de las manifestaciones que las partes formulen, deben poseer un exacto conocimiento de los hechos; tener ante sí el informe de profesionales especialmente capacitados para la investigación de los mismos y valerse de todo medio de prueba.

5.- Debe dejarse de lado la acción de divorcio como persecución represiva. Los conceptos de "culpable e inocente" pueden ya no ser suficientes para cubrir la "imposibilidad de la vida en común". La "culpa" debe ser reemplazada por el reconocimiento de un hecho positivo: que la armonía entre los cónyuges ha dejado de existir.

6.- Debe intentarse, con empeño, demostrar a la pareja que ambos son víctimas de una relación desafortunada, en lugar de forzar a los cónyuges a una "hostilidad mutua" en busca de causales y de un culpable; evidenciando que tienen en común la solución del problema, ya sea terminando esa relación, ya sea mejorándola en una combinación de hechos que se distribuirán, en proporción variable, entre las partes.

7.- Debemos entender que el contenido fuertemente innovador de algunas nuevas leyes en materia de divorcio, no las exime, ciertamente, de adolecer de posibles e implícitos límites, ni de los problemas originados por su concreta aplicación.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALONSO CABREROS, Miguélez.- "Código de Derecho Canónico". T. I. Ed. Católica, S.A. Madrid, 1969.
- 2.- BOURNECASE, Julien.- "Elementos de Derecho Civil". T. I. Ed. José Ma. Cajica Jr. Puebla, Pue. 1945.
- 3.- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry.- "Curso Elemental de Derecho Civil". T.I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1952.
- 4.- DURAN, Carlos.- "Costumbres de los Aztecas". T. II. Ed. Nacional. México.
- 5.- ESCOBEDO OREGON, Toribio.- "Apuntes para la Historia del Derecho en México". T. I. Ed. Polis. México, D. F. 1937.
- 6.- FLORES BARRONETA, Benjamín.- "Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil" T. II. México, 1954.
- 7.- GALINDO GARFIAS, Ignacio.- "Derecho Civil". Editorial Porrúa, S. A. México, 1976.
- 8.- JUSTINIANO.- "The Institutes of Justiniano". Traducción de J. B. Maule. D.C.O. The Clarendon Press. Oxford, 1945.
- 9.- MONTEPO Y GUTIERREZ, Eloy.- "Manual de Derecho Canónico". T. II. Ed. Ferrer. México, 1950.
- 10.- PERIPIHANAKIS, Constantin.- Revue de Droit International et Droit Comparé.- "Las Causas de Divorcio en Derecho Comparado". Bruxelles, Bélgica, 1976. pp. 7-52.
- 11.- PETIT, Eugene.- "Tratado Elemental de Derecho Romano". Ed. Nacional. México, 1966.

- 12.- PLANIOL, Marcel y Ripert, Jorge.- "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". T. II. Ed. Cultural S. A. La Habana, 1966.
- 13.- ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Derecho Civil Mexicano". T. II, Vol. II. Ed. Libros de México, S. A. México, D. F. 1962.
- 14.- ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil". Editorial Porrúa, S. A. México, 1971.
- 15.- VAILLANT, George.- "La Civilización Azteca". Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1944.
- 16.- ZURITA, Alonso de.- "Historia de México". Ed. Salvador Chávez Hayhoe. México.

a) LEGISLACION MEXICANA CONSULTADA

- 1.- Código Civil de 1870.
- 2.- Código Civil de 1884.
- 3.- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.
- 4.- Nuevo Código Civil de 1928 para el Distrito Federal. Anotado y Concordado por el Lic. Gabriel Leyva y el Lic. Lisandro Cruz - Ponce. Ed. Colección Themis Chapultepec. México, 1978.

b) LEGISLACIONES EXTRANJERAS CONSULTADAS.

- 1.- ALEMANIA
Código de la Familia de la República Democrática Alemana de 1965.
- 2.- CANADA
Ley Sobre el Divorcio en Canada de 1968.
- 3.- CUBA
Código de Familia de Cuba de 1975.

4.- INGLATERRA

Ley de Reforma del Divorcio en Inglaterra de 1969.

c) REVISTAS JURIDICAS CONSULTADAS

- 1.- KEALEY, Glen J. .- "WEEKEND MAGAZINE". Ottawa, Canada. March 3, 1973.
- 2.- MAC DONALD, James C. and FERRIER, Lee K. .- "CANADIAN DIVORCE LAW AND PRACTICE". Toronto, 1970.
- 3.- ONDEI, Emilio.- "REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE".- "El Di-
vorcio en Italia". París, Francia. 1972.
- 4.- RAYNAUD, Pierre.- "RECUEIL DALLOZ SIREY".- "Las Diversas Reglas
del Divorcio". París, Francia. 1976.
- 5.- SZMULEWICZ, Musia.- "LA LEY".- "Un Nuevo Concepto en Materia de
Divorcio". Buenos Aires. 1971.
- 6.- "VITA ITALIANA".- "El Nuevo Derecho de Familia". Instituto Poli-
grafico dello Stato. Roma, Italia. 1974.
- 7.- "VITA ITALIANA".- "El Referéndum Sobre el Divorcio". Istituto Po-
ligrafico dello Stato. Roma, Italia. 1974.

d) DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS CONSULTADAS.

- (1) "ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA". T.V. Ed. Bibliográfica Argen-
tina. Buenos Aires, 1969.
- (2) "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Real
Academia Española. Ed. Espasa-Calpe, S. A. Madrid, 1958.

INDICE

PROLOGO I

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN GENERAL

1.- Derecho Griego..... 1
2.- Derecho Romano 1
3.- Derecho Canónico 6
4.- Derecho Azteca 11

CAPITULO II

EL DIVORCIO

1.- Origen de la palabra Divorcio 17
2.- Concepto de Divorcio 17
3.- Naturaleza Jurídica del Divorcio 22
4.- Acción de Divorcio 23
5.- Tipos de Divorcio 27
6.- Efectos del Divorcio..... 37

CAPITULO III

CARACTERISTICAS DE LAS NUEVAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE DIVORCIO

1.- MEDIDAS PREVENTIVAS 44
 a) Limitación de la edad de los contrayentes 44
 b) Exámenes clínicos y mentales de los futuros contrayentes . 46
2.- TRABAS QUE CONTEMPLAN LAS LEGISLACIONES CON EL FIN DE EVITAR EL
 DIVORCIO.
 a) Sistemas de Conciliación 47