

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile
Unidad de Estudios y Publicaciones
Patricia Canales, con Virginie Loiseau
Nº 71, septiembre 1993

1. Introducción

La doctrina ha clasificado en tres grandes apartados los tipos de divorcio teóricamente posibles: *divorcio-sanción* o divorcio por culpa, *divorcio-remedio* y, *divorcio por mutuo consentimiento*.

El llamado *divorcio-sanción* "procede cuando el Juez aprecia la existencia de una falta contra los deberes matrimoniales, imputable a uno de los cónyuges, y de suficiente gravedad para que justifique la terminación de la unión conyugal. A consecuencia de ello, como dicen Díez-Picazo y Gullón "el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada convincente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal". Por ello el sistema ha caído en profundo desprestigio".¹

El *divorcio-remedio*, en cambio, se produce por la simple constatación de la ruptura o quiebra de la convivencia o comunidad matrimonial. Se basa, por lo tanto, en el hecho que el matrimonio se ha roto y no es previsible su reconstitución. Se decreta el divorcio, en este caso, sin necesidad de entrar en las causas concretas que determinaron la ruptura o quiebra del mismo.

También **estos dos tipos se distinguen por sus efectos**: En el *divorcio-sanción*, sus consecuencias económicas recaen sobre el cónyuge culpable, siendo preferido normalmente el inocente a la hora de atribuir la guarda y custodia de los hijos. En el *divorcio-remedio*, sólo se asigna una pensión al cónyuge que lo necesite, sin entrar en consideraciones sobre su inocencia o culpabilidad, y el cuidado de los hijos se regula por el Juez conforme a lo que considera más conveniente para ellos.

¹ En Puig Brutau, José. *Compendio de Derecho Civil*. Volumen IV, 1990, p. 48.

Por otra parte, *divorcio por mutuo consentimiento*, originariamente, responde a la idea de que el matrimonio es un contrato y, como cualquier otro contrato puede resolverse cuando existe incumplimiento culposo de una de las partes (*divorcio-sanción*), o desistimiento mutuo. En la actualidad, el mutuo consentimiento cumple dos funciones distintas: la de atenuar el *divorcio-sanción*, como supuesto en que no se precisa la alegación de causa para obtener éste; y la de constituir, unida a la existencia de una previa separación, una prueba o presunción de la quiebra o ruptura del matrimonio, abreviando los plazos establecidos para obtener el divorcio.

Si bien esta diferenciación teórica entre las distintas clases de divorcio aparece clara, resulta difícil encuadrar un determinado sistema legislativo en alguna de estas clasificaciones, sobre todo debido a que rara vez, acoge una legislación, un sólo tipo de divorcio.

Se debe esto, en la mayoría de los casos, a que si bien las concepciones sociales han evolucionado profundamente en esta materia, existiendo en el ámbito ciudadano una fuerte inclinación hacia el *divorcio-remedio*, determinados grupos de presión, utilizan su influencia para que se mantenga el divorcio por culpa, considerándolo como un mal menor.

Las últimas reformas que han tenido lugar en Europa en esta materia, constituyen una muestra de lo anterior. La tónica general es la de establecer como causa de divorcio la ruptura o quiebra del matrimonio, pero ésta habrá de ser demostrada, en la mayoría de los casos, probando determinados hechos que responden a antiguos principios de la culpa. La contraposición de estas tendencias, ha dado como resultado un sistema mixto, que generalmente contempla supuestos de *divorcio-remedio*, *divorcio-sanción* y *divorcio por mutuo consentimiento*.

Por su parte, el Consejo de Europa ha dicho:

"Toda legislación en materia de divorcio debe tener por objeto reforzar y no debilitar la estabilidad del matrimonio y, en los casos lamentables en que el matrimonio ha fracasado, permitir que la cáscara legal vacía se disuelva con el máximo de equidad, el mínimo de amargura, de tristeza y de humillación."

Sin embargo, resulta curioso constatar que, contra lo que sería lógico esperar, la polémica en torno al divorcio no se centra en el tema si es preferible el *divorcio-remedio* o el *divorcio-sanción*, sino que sigue planteándose entre divorcistas y antidivorcistas.

Las estadísticas oficiales en la gran mayoría de países, demuestran que, en efecto, el matrimonio está en crisis, pero no por la incidencia en él del divorcio, sino porque, cada vez más, los hombres y mujeres se resisten a someter sus relaciones personales a la regulación jurídica del matrimonio.

En el presente informe se analizan las causales y los efectos del divorcio en la legislación española, alemana y francesa.

2. España

Legislación aplicable: Constitución de 1978. Ley 30/1981, de 7 de Julio, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y señala el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La Constitución Española, en el artículo 32.2, dispone:

*"La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos los derechos y deberes de los cónyuges, **las causas de separación y disolución y sus efectos.**"*

Esta disposición sólo se refiere a las causas de separación y disolución de matrimonio, que implican situaciones sobrevenidas a un matrimonio inicialmente válido y no alude a la nulidad, que supone la falta de validez inicial o inexistencia del matrimonio. Sin embargo, no hay duda que los Tribunales pueden declarar la nulidad radical del matrimonio, además de la separación y de la disolución por fallecimiento o por divorcio de los cónyuges. Por lo tanto, la legislación española contempla la nulidad, separación y divorcio, de acuerdo con el procedimiento señalado en la citada Ley de 1981.

La nulidad: Regulada en los artículos 73 a 80 del Código Civil, existe cuando un Tribunal competente ha declarado que un matrimonio, supuestamente celebrado, en realidad nunca ha existido por haber concurrido en su celebración circunstancias que han impedido que el vínculo fuese efectivamente contraído.

La declaración de nulidad debería, en principio, provocar la desaparición de todos los efectos de su celebración, pero es más justo hacer compatible la nulidad con la protección al cónyuge inocente y a los hijos del matrimonio. No se trata de admitir la validez del matrimonio

antes de su declaración de nulidad, sino de reconocer cierta eficacia del matrimonio nulo como medida de protección a una situación matrimonial que de hecho ha existido.

La separación: Es una situación en que subsiste el vínculo conyugal, pero cesa la vida en común de los cónyuges, con la consiguiente transformación de sus respectivos derechos y deberes. Es uno de los tratamientos que dispensa la ley a una crisis matrimonial caracterizada por la ruptura de la convivencia. Tras la reforma del Código Civil de 1981, **la separación abre paso al divorcio.**

Los artículos 81 a 84 del Código Civil, se refieren a la separación declarada judicialmente, o separación legal, y la separación de hecho, que se produce cuando los mismos cónyuges han roto la convivencia matrimonial, con efectos prácticos e incluso legales, pues produce efectos similares a los de la declaración judicial de separación y divorcio.

El artículo 81 contempla dos clases de separación judicial: la primera tiene lugar cuando se solicita por ambos cónyuges de común acuerdo, o por uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año de matrimonio, sin necesidad de alegar causa legal (consensual); la segunda, tiene lugar a petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de separación (disensual o causal). Deberá acompañarse a la demanda **la propuesta de convenio regulador de la separación.**

Es importante recalcar que en los dos casos el Juez ha de limitarse a constatar que se ha producido el supuesto de hecho contemplado en la norma, sin que quede a su arbitrio otorgar o no la separación.

Causas de separación, artículo 82 del Código Civil:

- 1ª. El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.*
- 2ª. Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.*
- 3ª. La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.*
- 4ª. El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o de la familia exija la suspensión de la convivencia.*
- 5ª. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentida. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un*

cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

- 6^a. *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.*
 7^a. *Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los núms. 3.º 4.º 5.º el art. 86.*"²

Ahora bien, con la reforma de 1981, la separación deja de exigir la tajante distinción entre culpables e inocentes, aunque se mantienen "causas culpables" o que sólo legitiman para la separación a uno de los cónyuges, junto al mutuo consentimiento y a causas legales, que posibilitan la acción de separación a cualquiera de los cónyuges. Estas causas no inculporias se basan en el transcurso del tiempo de no convivencia ininterrumpida.

Pero quizá, la novedad más importante en ésta materia consista en **la desaparición de la influencia de la culpa sobre los efectos de la separación y del divorcio, de forma que los hechos que dan lugar a la separación no tienen ninguna importancia a la hora de fijar el importe de la pensión o de atribuir el uso de la vivienda familiar.**

El artículo 85 del Código Civil establece que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

En cuanto al **divorcio**, las causas se encuentran en el artículo 86 del Código Civil:

"Son causas de divorcio:

- "1^a. *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.*
- "2^a. *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el art. 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo no hubiere recaído resolución en la primera instancia.*
- "3^a. *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:*

² Ver artículo 86 del Código Civil en página siguiente.

- "a) Desde que se consiente libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.
- "b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.
- "4ª. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.
- "5ª. La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.
 "Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los arts. 90 y 103 de este Código."

Antes de entrar en el examen de estas causales, es imprescindible **definir que se entiende por "cese efectivo de la convivencia conyugal"**. El concepto se encuentra definido indirectamente en el artículo 87 del Código Civil:

"El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

"La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualquiera otros de naturaleza análoga".

En consecuencia, cuando el Código Civil hace referencia en esta materia al cese efectivo de la convivencia conyugal, hay que entender, que se requiere la separación de hecho de los cónyuges. Lo que ocurre es que, en los casos enumerados en el artículo 87, se estima conveniente, de forma excepcional, no exigir la separación física, pues de ésta podrían derivarse perjuicios evitables para los propios cónyuges o para los hijos. De no existir este precepto, los cónyuges que quisieran pedir la separación judicial o el divorcio tendrían obligatoriamente que vivir en distintos domicilios; y, si así lo hicieran, el hecho de volver a vivir juntos sería interpretado como una reconciliación que extinguiría tanto la acción de separación como la de divorcio. Se trata, así, de evitar la discriminación para las personas que no pueden mantener domicilios separados, de facilitar que los hijos sufran los menores perjuicios posibles y de no impedir los intentos de reconciliación, que seguramente serían rechazados por alguno de los cónyuges si implicaran automáticamente la extinción de la acción correspondiente.

Ahora bien, según los tratadistas, la **causa primera de divorcio**, no se fundamenta en la demanda de separación por mutuo acuerdo, sino en la **demand**a de separación por mutuo

acuerdo, independientemente de la suerte que ésta corra posteriormente. Tampoco se trata de un divorcio por mutuo acuerdo, al menos no necesariamente, pues conforme al último párrafo del artículo 86 y a la disposición adicional sexta, el divorcio puede ser solicitado, o bien por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, o bien por uno sólo de ellos, sea cual fuere la causa alegada. No obstante, el mutuo acuerdo juega un papel importante, ya que esta causa parece inspirada en la idea de que una vez que los cónyuges han consentido en presentar la demanda de separación, no debe haber obstáculos que impidan que uno de ellos solicite el divorcio, esté el otro de acuerdo o no. El divorcio por mutuo acuerdo en la legislación española se está refiriendo al procedimiento no a las causas. No existe una causa específica de divorcio por mutuo acuerdo, pero, si los cónyuges están de acuerdo en el mismo, pueden utilizar el procedimiento especial establecido en la disposición adicional sexta.

La **segunda causa**, del artículo 86, parte del supuesto de que no ha habido acuerdo de separación entre los cónyuges y que el proceso se ha iniciado a instancia de uno de ellos. En este caso, el divorcio se fundará en el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un año a partir de la interposición de la demanda de separación. Aquí se toma en cuenta la separación causal y la ruptura de la vida en común por alguna de las causas del artículo 82 del Código Civil.

Con esta referencia a las causales del artículo 82, la determinación del cónyuge legitimado activamente para solicitar el divorcio, plantea problemas en esta causa segunda. Así, a los comentaristas les parece incongruente este sistema de relacionar las causas de divorcio con las de separación en base al dato de quién presentó la demanda en el proceso de separación, sin distinguir entre causas culposas o no culposas. Constituiría claramente un absurdo jurídico que el demandante culpable de la separación pudiera solicitar el divorcio en un plazo más breve que el demandado inocente de la misma, simplemente porque éste no quiso o no cayó en la cuenta de reconvenir.

Para la mayoría de los autores españoles, la solución estaría en entender que la inocencia o culpabilidad de los cónyuges en la separación judicial debe operar, en la causa segunda, para conferir la legitimación al cónyuge inocente que, de acuerdo con una interpretación literal, carecería de ella, no para privar de la misma al cónyuge culpable en los casos en que, literalmente, se le confiere. La legitimación activa vendría así determinada, en razón de la causa alegada en la demanda de separación (evidentemente, en el caso que se estimara ésta). Para los mismos autores esta disposición sería de escaso rigor técnico.

La **causa tercera**, consiste en el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años sin interrupción, con la particularidad de que dicho transcurso se contará, en el supuesto del apartado a):

1. Desde una separación de hecho mutuamente consentida. Se trata de un fundamento objetivo, porque no se analiza el motivo que origina la separación. La realidad del libre consentimiento en la separación ha de probarse por quien la alega. Esta causa tercera, apartado a) inciso primero, está encaminada a convertir en divorcio la separación de hecho por mutuo consentimiento. El mayor plazo impuesto en ella se debe a que, en el sistema español, prima la separación judicial frente a la separación de hecho, lo que se hace a través del juego de plazos de previa separación que se requiere para solicitar el divorcio en cada caso.
2. Desde la firmeza de la resolución judicial... a petición de cualquiera de ellos. Esta causa es la prevista para el divorcio del cónyuge con culpabilidad exclusiva en la separación judicial cuando ésta es solicitada por el inocente. Esto es, cuando la demanda de separación se fundamente en el incumplimiento de los deberes matrimoniales o de los relativos a los hijos, en la condena a pena privativa de libertad por tiempo superior a seis años, o en la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes y descendientes. Responde esta causa al sistema de sancionar al cónyuge en culpa exclusiva con un mayor plazo, aunque se prime la separación judicial frente a la de hecho.
3. Desde la declaración de ausencia legal... No parece aventurado suponer que el legislador, al aceptar el divorcio fundamentado en la declaración de ausencia legal, estaba pensando que a ella se acogería el cónyuge del declarado ausente. Sin embargo, se produce la paradoja que esta causa resultará escasamente útil al mismo, siendo en cambio, el que regresa, quien estará más interesado en acogerse a ella. Es evidente, que si el cónyuge del ausente pretende al solicitar la declaración respectiva emprender el camino al divorcio, no será esta vía la más rápida o sencilla. Sólo cuando se haya declarado la ausencia legal y, con posterioridad, decida solicitar éste, puede ser conveniente o útil acogerse a esta causa entre las varias que se le ofrecen. El ausente que regresa, en cambio, tendría que acogerse a alguna causal que señale un plazo mayor. Por lo tanto, será el más interesado en utilizar esta causal. Los tratadistas españoles, han opinado que la declaración de ausencia no puede operar, a los efectos del divorcio, en la misma forma que operan los otros hechos que fundamentan el mismo.

La **causa cuarta**, funda exclusivamente la acción de divorcio en el cese efectivo de la convivencia, a cambio de exigir un plazo más dilatado. Algunos autores han opinado que implica en el fondo una repudio, aunque el plazo mínimo de cinco años es tan dilatado que se tratará más bien de la consolidación de una situación de hecho. De todas maneras, la cuestión de fondo estriba en si tiene algún sentido imponer la subsistencia formal del matrimonio cuando su sustrajo real ha desaparecido.

La **causa quinta**, es la única que faculta para acudir directamente al divorcio, sin que se requiera un plazo previo de separación efectiva de los cónyuges. Es, evidentemente, una causa culposa y sólo puede acogerse a ella el cónyuge inocente.

Demandas de nulidad, separación y divorcio: medidas provisionales

Las **medidas provisionales** constituyen las reglas por las que se ha de regir el matrimonio durante la substanciación del proceso de nulidad, separación o divorcio. Estas reglas pueden ser acordadas por los cónyuges con la aprobación judicial o por el Juez. También, estas medidas pueden ser adoptadas con carácter previo a la interposición de la demanda y, una vez admitida se transformarán en provisionales. A su vez, las medidas provisionales condicionarán los efectos de las respectivas sentencias, sobre todo en materia de separación o de divorcio, pues la inocencia o culpabilidad de los cónyuges, único dato que podría operar a la hora de variar las decisiones adoptadas con carácter de medidas provisionales, no influye sobre ellos.

Lo anterior, no quiere decir que las medidas previas, ni las provisionales, ni siquiera los efectos de las sentencias sean inmutables. El artículo 90, aplicable a todos los supuestos, establece en el párrafo tercero:

"Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias".

Los artículos 102 y 103 del Código Civil, se refieren a las medidas provisionales. Conviene distinguir entre los efectos que produce la admisión de la demanda, que se regulan por el artículo 102, las que operan en forma automática y, las medidas provisionales en sentido estricto, que son las contempladas en el artículo 103.

Artículo 102:

"Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

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

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

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

"A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil".

Artículo 103:

"Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

- a) **Medidas relativas a los hijos:** "Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.
"Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez."
- b) **Medidas relativas a la vivienda y el ajuar familiar:** "Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno."
- c) **Las cargas del matrimonio:** "Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las litis expensas, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya abonado al otro.
"Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad."
- d) **Administración y disposición de los bienes gananciales o comunes:** "Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes que se reciban y los que se adquieran en lo sucesivo".
- e) **Los bienes privativos:** "Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio".

Ahora bien, tres son los principios que informan la regulación de estas medidas: en primer lugar, el del predominio de la voluntad acorde de los cónyuges en la reglamentación de

su situación, pues el Juez sólo puede rechazar los acuerdos cuando sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para alguno de ellos; en segundo lugar, se da absoluta prioridad al interés de los hijos, que debe prevalecer en todo caso. Por último, se considera especialmente cuál es el interés familiar más necesitado de protección a la hora de adoptar el Juez determinadas medidas.

Nulidad, separación y divorcio: efectos comunes

Se prevén dos formas de determinación de estos efectos: el acuerdo de los cónyuges, ratificado por el Juez y, a falta de éste, la determinación por el propio Juez. También aquí se rige la reforma por los principios que se señalaban en relación con las medidas provisionales.

Al convenio regulador de los efectos de la nulidad, de la separación y del divorcio, se refiere el artículo 90 del Código Civil, el que deberá contemplar, al menos, los siguientes puntos:

- "A) *La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.*
- "B) *La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.*
- "C) *La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.*
- "D) *La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.*
- "E) *la pensión que conforme al art. 9 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.*

"Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

"Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

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

En cuanto al párrafo 3º del artículo 90, es preciso resaltar que una cosa son las previsiones de actualización de las cantidades que uno de los cónyuges ha de entregar por razón de alimentos, pensiones, etc. y, otra la modificación por alteración de circunstancias. En el primer caso, se trata simplemente de medidas encaminadas a conservar el valor de la prestación. En el

segundo, se trata de alterar el valor de la prestación en razón que han cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de fijar éste.

Por su parte, el artículo 91 dispone:

"En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias."

Efectos de las sentencias respecto de los hijos: artículos 92 a 94

Estos efectos han de regirse por dos principios, contenidos en el art. 92: El primero, se refiere a que *"la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos"*; el segundo, dice relación con *"las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años"*.

La sentencia puede privar de la patria potestad a uno de los cónyuges, cuando así convenga a los hijos, y puede acordar que ésta sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos o que el cuidado corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos.

Conforme al artículo 94, *"el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitarse a suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial"*. Es decir, que la privación del derecho a relacionarse con los hijos se toma, bien en beneficio de éstos al existir graves circunstancias que así lo aconsejen, bien cuando se atenta contra lo dispuesto en la resolución judicial, esto es, cuando no se respeten las disposiciones del Juez sobre visitas, comunicaciones, alimentos, etc. De acuerdo con el párrafo último del art. 92, para la adopción de estas medidas, *"el Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas"*.

En cuanto a las *prestaciones alimenticias*, la norma básica está contenida en el artículo 93: "*El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento*". Por su parte, la Ley de 15 de Octubre de 1990, ha añadido un segundo párrafo a este artículo, estableciendo que: "*Si convivieran en el mismo domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes de este Código*".

La actualización económica de la prestación deberá quedar prevista con la fijación de las bases oportunas. Un concepto diferente de esta adaptación es la modificación de las contribuciones de los padres "*cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*", piénsese, en situaciones de infortunio que pueden atravesar los padres, o por razón de nuevo matrimonio de alguno de ellos, por cambios de residencia, etc.

La efectividad de las prestaciones ha de quedar asegurada mediante la adopción de las oportunas garantías.

Efectos de la sentencia respecto de los cónyuges

El artículo 97 se refiere a los casos de separación y de divorcio y, el artículo 98, a la declaración de nulidad cuando un cónyuge ha procedido de buena fe (indemnización a favor del cónyuge inocente, si ha existido convivencia conyugal).

Artículo 97: "*El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las siguientes circunstancias:*

- 1^a. *Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.*
 - 2^a. *La edad y estado de salud.*
 - 3^a. *La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
 - 4^a. *La dedicación pasada y futura a la familia.*
 - 5^a. *La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
 - 6^a. *La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
 - 7^a. *La pérdida eventual de un derecho a pensión.*
 - 8^a. *El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- "En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad".*

Por su parte, el artículo 99 dispone que en cualquier momento podrá convenirse que esta pensión compensatoria sea sustituida por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

La pensión se extingue al terminar la causa que la motivó, esto es, cuando desaparece el desequilibrio económico en que se funda la norma del art. 97, y por supuesto cuando los cónyuges se reconcilian. El artículo 101, establece:

"El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiere satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima."

Como se puede apreciar, la culpa de los cónyuges fue eliminada del elenco de criterios que se le proporcionan al Juez en el artículo 97. Teóricamente cabe, por tanto, que tenga derecho a recibir pensión el cónyuge que solicita la separación o el divorcio en base a su culpa exclusiva, si éstos le suponen un desequilibrio económico en relación con la posición del otro. Sin embargo, la fórmula "entre otras" que se utiliza al señalar las circunstancias que se han de tener en cuenta para fijar la cuantía, permitirá al Juez, en la práctica, moderar ésta.

Efectos de la sentencia en el régimen económico del matrimonio

Dispone el artículo 95 del Código Civil a este respecto:

"La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

"Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte".

Efectos de la sentencia respecto de la vivienda y ajuar doméstico

Artículo 96 del Código Civil: *"En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

"Cuando alguno de los hijos quede en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

"No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que

prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

"Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial"

3. Alemania³

Legislación aplicable: Ley de Reforma del Derecho del Matrimonio y de la Familia de 1976 y, Ley de Reforma de 1986.

En la República Federal Alemana, la Ley de Reforma de 1976, **establece como única causa de divorcio el fracaso del matrimonio**. Este se considera fracasado cuando no existe comunidad de vida de la pareja, sin que se pueda esperar que los cónyuges reconstituyan la unión matrimonial (párrafo 1.565. del BGB).

En el sistema alemán, **los principios del divorcio-remedio funcionan claramente a través del juego de las presunciones**. Se presume, con presunción de derecho,⁴ que el matrimonio ha fracasado cuando los cónyuges viven separados durante un año y ambos solicitan el divorcio o el demandado está de acuerdo con el mismo. También se presume el fracaso, cuando los cónyuges viven separados durante tres años (párrafo 1.566 del BGB).

La influencia de la culpa se detecta, sin embargo, en los casos en que no juegan las presunciones, esto es, cuando la separación ha sido inferior a un año, caso en el que sólo podrá pedirse el divorcio cuando la continuación del matrimonio significara para el demandante, por motivos que radiquen en la persona del otro cónyuge, una exigencia excesiva (párrafo 1.565 apartado 2 de la BGB); y cuando el Tribunal aplica la cláusula de salvaguarda del párrafo 1.568, en que se hace referencia al interés de los hijos menores o a que el divorcio represente, a causa de circunstancias extraordinarias, una injusticia tan grave que se considerase excepcionalmente exigido el mantenimiento del matrimonio, habida cuenta de las necesidades del solicitante.

Por su parte, **el mutuo consentimiento juega un papel aquí, unido a la existencia**

³ El análisis del sistema alemán está basado en el estudio "La problématique du divorce dans les législations d'Europe Occidentale", de M.-T Meulders-Klein, publicado en la revista **Revue Internationale de Droit comparé**, N° 1, janv-mars 1989, pp. 7-58.

⁴ Las presunciones de derecho, a diferencia de las presunciones legales, no admiten prueba en

de una situación previa de separación, como prueba o presunción de la quiebra ruptura del matrimonio, abreviando los plazos para obtener el divorcio.

En cuanto a qué se entiende por "vivir separados" para los efectos de la ruptura del matrimonio, en ninguno de los casos es necesario que exista separación física, como se reconoce en el párrafo 1.567 del BGB, al decir que los cónyuges viven separados si no existe entre ellos comunidad doméstica y alguno no quiere restablecer la unión conyugal porque rechaza la convivencia matrimonial, especificando que tampoco existe comunidad doméstica cuando viven por separado dentro del domicilio familiar.

Efectos del divorcio, respecto de los cónyuges

La legislación alemana establece un régimen alimentario a favor de cualquiera de los esposos.

El tema de la pensión compensatoria, por desequilibrio económico en las situaciones de crisis matrimoniales, ha sido una constante preocupación para el legislador, sobre todo si tenemos en cuenta que en ésta apreciación va implícita la incertidumbre del futuro económico de la mujer, que, generalmente ha sido la parte más débil en estas situaciones.

El derecho alemán y el francés han sido pioneros en este esfuerzo, desde el punto de vista legislativo, tipificando la legislación los supuestos en los cuales, por imposibilidad derivada del anterior matrimonio de ejercer una ocupación remunerada adecuada, nace el derecho a percibir una pensión alimenticia concorde con el nivel de vida matrimonial. Por lo tanto, **la idea es compensar el desequilibrio generado por el matrimonio, más que aquello generado por el divorcio.**

De esta forma, el cónyuge que interrumpió sus estudios durante el matrimonio, puede reclamar los medios para concluirlos y el otro cónyuge está obligado a otorgarlos. Puede reclamar alimentos el cónyuge que tuvo a su cargo el cuidado y la educación de los hijos durante el matrimonio y, con posterioridad al divorcio no puede obtener trabajo cuyos frutos sean suficientes para subvenir a sus necesidades conforme al nivel observado durante el matrimonio, pero al mismo tiempo está obligado a obtener una capacitación.

contrario.

La ley de 1986, basándose en la teoría del "alejamiento unilateral" y, a través de la cláusula de salvaguardia, niega el derecho de alimentos al peticionario que ha omitido durante el matrimonio contribuir al sostenimiento de la familia durante largo tiempo. Para estos efectos, el trabajo doméstico se valora como actividad extra-hogareña.

Por otra parte, con la finalidad de moderar la excesiva generosidad de la legislación anterior (1977), la reforma de 1986, además de la cláusula de salvaguardia, **otorga al Juez amplias facultades para decidir de acuerdo a la equidad**, en función a las circunstancias particulares de cada caso. Así, cuando el matrimonio ha sido de corta duración puede otorgar una pensión por tiempo limitado, bajo condiciones determinadas, o de acuerdo con el principio de la "graduación paulatina", fijar una pensión correspondiente al nivel durante el matrimonio limitada a un tiempo determinado, para luego disminuir ese nivel, siempre que no se trate del cónyuge a cuyo cuidado estén los hijos.

De la misma forma, el juez puede moderar la generosidad inicial del legislador, cuando ella sea contraria a la construcción de una nueva familia.

Efectos del divorcio respecto de los hijos

a) Patrimoniales

Si se acepta la doctrina del "clean break", de acuerdo a la cual, la ruptura del matrimonio, cualquiera que sea la causa, disuelve el vínculo entre los esposos, liberándolos de toda responsabilidad y solidaridad, es difícil creer que pueda ocurrir lo mismo con los vínculos imborrables de la paternidad.

Las obligaciones de asistencia de todo orden de los padres para con los hijos derivan de la paternidad o maternidad, y no, del vínculo matrimonial, vigente o no. Sin embargo, es imposible ignorar que en la mayoría de los casos las pensiones por alimentos debidas a los hijos quedan impagas o, que se viola el principio de igualdad en los derechos de éstos, privilegiando a los hijos de una nueva unión, lo que hace inevitable el conflicto entre la antigua y la nueva familia.

Muy a menudo, a pesar que la situación material de los hijos de padres divorciados es grave, el problema es dejado de lado, salvo algunas tentativas legales de asegurar el pago de los alimentos que los mismos ex-cónyuges han acordado, siempre que este acuerdo exista y,

que la cantidad no sea irrisoria.

Se hace difícil aceptar que, el hijo menor o incapacitado, que goza de preferencia sobre el cónyuge a la hora de recibir alimentos, se vea postpuesto cuando el cónyuge divorciado tenga derecho a recibir una pensión que le permita mantener la posición económica que tuvo durante el matrimonio. Sin embargo, éste ha sido el nivel del problema; los Tribunales preocupados por los ex-cónyuges, a menudo han fijado pensiones alimenticias para los hijos, que podrían estar bajo las necesidades básicas, convencidos que éstas ya han sido especialmente consideradas por los padres. Por otra parte, en numerosos juicios se ha sostenido que frente a recursos escasos, es mejor privilegiar a la nueva familia, a la cual el deudor se sentirá más proclive a favorecer, olvidando el principio de igualdad en los derechos de los menores.

Frente a esta situación, la ley alemana de 1986, a través de la cláusula de salvaguardia, asegura el interés de los hijos a cargo de uno de los ex-cónyuges. Por disposiciones legales y convenios relativos a la vivienda familiar o por la afectación de ciertos bienes pertenecientes a uno de los cónyuges a las necesidades de los hijos del matrimonio anterior, se cumple esta finalidad, con lo cual se mantiene el vínculo patrimonial entre los cónyuges, derogando el principio de la concentración de efectos al momento del divorcio y, en contra de la doctrina del "clean break".

b) Patria potestad y custodia de los hijos

En Alemania -como en la mayoría de los países de Europa-, es la jurisprudencia la que ha impulsado una renovación en las reglas sobre el ejercicio de la patria potestad y el cuidado de los hijos después del divorcio, basándose, entre otros, en el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges.

Así, el Tribunal Constitucional Federal, ha declarado la inconstitucionalidad de la disposición de la Ley sobre Responsabilidad Paterna de 1979, que autorizaba al Tribunal de Familia, en caso de divorcio, para atribuir de oficio la patria potestad a uno de los padres, en función al "interés del menor". Por su parte, los ex-cónyuges, que hubieren llegado a un acuerdo sobre el punto, podían hacer una proposición al Tribunal, que no podía negarlo, a menos que la estimara contrario al interés del menor, o que, los mayores de 14 años manifestaran deseos distintos, y que el Juez considerare oportuno tenerlos en cuenta. Sin embargo, la ley no admitía el ejercicio conjunto de la patria potestad, aunque los padres lo solicitaran.

La decisión del Tribunal Constitucional, se basó en que la intervención del Estado en los derechos de los padres respecto de sus hijos, sólo se justifica de acuerdo con el artículo 6,III,2, de la Ley Fundamental de Bonn, tratándose de proteger al menor (principio de la autonomía de la familia). Esto ocurre cuando los padres no están de acuerdo sobre el ejercicio de sus responsabilidades. Pero, si los padres están de acuerdo en continuar ejerciendo en conjunto la patria potestad después del divorcio, y ello, según la debida comprobación judicial, no es contrario a los intereses de los menores, el Estado no puede excluir a ninguno de los padres del ejercicio de este derecho. En consecuencia, la disposición de la ley citada, es inconstitucional.

De esta manera, la patria potestad puede ser ejercida en conjunto y la guarda y custodia puede ser otorgada alternativamente a ambos padres.

4. Francia

La Ley N° 75-617 de 11 de julio de 1975 introduce una reforma al divorcio. Esta reforma, compleja en sí, responde, o pretende hacerlo, no sólo al problema legislativo; también ubica las modalidades del procedimiento y el rol asignado al juez, así como se hace cargo de reglamentar las secuelas que deja, en términos de los hijos o de los destinos patrimoniales.

En general, esta reforma se ha impregnado de dos variables fundamentales: la necesidad de liberalizar el divorcio y humanizar su procedimiento. Al derecho anterior se le reprochaba el apoyarse en la idea de sanción que obligaba a los involucrados a exponer al juez sus quejas haciendo más difícil el conflicto conyugal. Y además, cierta hipocresía, que hacía enmascarar el divorcio por falta, lo que de hecho era un divorcio por consentimiento mutuo. Quiso entonces esta Ley ser liberal en el sentido que el derecho no fuera un obstáculo per se, y además realista, en cuanto fuese capaz de reflejar las variedades de hecho en la normativa relativa a causas, procedimientos y efectos.

Ha querido entonces la ley ser plural a objeto de reflejar la pluralidad de matrimonios en cuanto a posiciones en torno a la institución, a las múltiples situaciones concretas.

Si efectivamente hasta la reforma de 1975 el divorcio era contencioso, suponía un litigio, a partir de esta fecha se introduce la variable de poder obtenerlo por mutuo consentimiento de los esposos. De este modo, el artículo 229 del actual Código Civil reconoce entonces tres grupos de causales: a) divorcio por consentimiento mutuo; b) aquel por ruptura

de la vida común; y c) aquel basado en la culpa de uno de los cónyuges.

a. En la situación de divorcios graciosos (por oposición o contenciosos), el legislador ha diferenciado dos situaciones distintas:

a.1 El divorcio por demanda o petición conjunta. La causa del divorcio en esta hipótesis es indeterminada y los esposos pueden mantenerla secreta ya que no tienen obligación de darla a conocer. Así lo expresa el art. 230 del Código Civil: "Cuando los esposos solicitaren conjuntamente el divorcio no necesitarán exponer la causa; deben únicamente someter a la aprobación del juez un proyecto de convenio que regule sus consecuencias. Incluso el abogado patrocinante puede ser uno solo, elegido de común acuerdo (Art. 230).

El proyecto convenido sometido al juez obliga a éste a asegurarse de que "la voluntad de los esposos es real y cada uno ha dado libremente su acuerdo" (art. 232). Y dicho convenio debe reglamentar todas las consecuencias del divorcio en términos patrimoniales y personales así como la situación de los hijos. El rol del juez es entonces el de valorar la equidad del proyecto, ya que, de acuerdo al art. 232, inc. 2º "*puede negar la homologación y no declarar el divorcio si comprueba que el convenio no preserva suficientemente los intereses de los hijos o de uno de los esposos*".

La seriedad de este tipo de divorcios está garantizada por las reglas de procedimiento que obligan a que la petición inicial deba reiterarse luego de un período de reflexión. Además, está el hecho de que esta forma de divorcio no es posible durante los primeros seis meses de matrimonio. Cumplido esto, se presenta al juez un convenio temporal y un proyecto de convenio definitivo lo más completo posible. El juez fija una audiencia en la que tratará de conciliarlos, de ser posible (art. 251 y siguientes). Homóloga el convenio temporal y puede sugerir modificaciones, no imponerlas, en lo atinente a la situación de los hijos. (art. 253, inc. 2º).

De acuerdo al art. 255, el juez puede autorizar a los esposos a residir separadamente, atribuir el goce de la vivienda y el mobiliario, ordenar la entrega de ropa y objetos personales, fijar la pensión alimenticia y los dineros para costas judiciales e incluso conceder anticipos sobre su participación en la comunidad.

Decide sobre la custodia y régimen de visitas de los hijos menores (art. 256).

Todo el procedimiento se ventila ante un juez único, el juez delegado para asuntos matrimoniales, según el art. 247.

a.2 Divorcio solicitado por un esposo y aceptado por el otro.

Esta situación se traduce en que uno de los cónyuges puede demandar el divorcio invocando un conjunto de hechos, provenientes de uno y del otro, que hacen intolerable el mantenimiento de la vida en común (art. 233). Aunque está integrado a la sección del divorcio por mutuo consentimiento se distingue de este claramente ya que no se trata de un acuerdo organizado de la voluntad de los esposos la discusión, y al juez, la valoración de los hechos que justifican el divorcio. Las secuelas del mismo deberán eso sí, ser determinadas por el tribunal. En síntesis corresponde a los casos en que los esposos no pueden lograr un acuerdo global y en cambio uno de ellos se resigna en definitiva al divorcio, dejándole al otro la iniciativa. De acuerdo al art. 234, si el demandado reconoce los hechos ante el juez, la sentencia no entrará a establecer la repartición de las culpas y el divorcio producirá los mismos efectos que el divorcio por culpas compartidas.

La iniciativa pertenece entonces a uno de los esposos que expone los hechos "que hacen intolerable la vida común", esforzándose "por describir objetivamente la situación conyugal, sin tratar de calificar los hechos ni de imputarlos a uno u otro cónyuge" según Decreto de 5 de diciembre de 1975 en su artículo 59.

El juez convoca a los esposos y les pide que confirmen lo expuesto o puede incluso intentar reconciliarlos. Luego por medio de ordenanza establece que existe el doble reconocimiento cuando hay confirmación y resuelva las medidas provisionales en cuanto a esposos e hijos.

Luego se abre una fase de emplazamiento de seis meses que se desarrolla ante el tribunal, que sólo tiene por objeto los efectos del divorcio.

a.3 Existe una tercera variable dentro de estas formas no contenciosas de divorcio que se encuentra establecida en el artículo 246 del Código Civil. Este artículo se pone en la hipótesis de quienes han invocado como causal de su petición una razón

diferente a aquella del consentimiento mutuo pero que, durante la substanciación del proceso mismo, acercan sus posiciones y logran llegar un acuerdo en cuanto a los términos del mismo. Condición para que opere esta variable es que aún no haya recaído sobre el juicio ninguna decisión judicial que resuelva sobre el fondo del litigio. Producido ese evento, entonces los cónyuges "podrán pedir al Tribunal", en primer lugar que constate que han alcanzado un acuerdo; que proceda a homologar el proyecto de convenio que como proyecto del acuerdo están presentando, y proceda a regular las consecuencias mismas del divorcio. De acuerdo al mencionado artículo 246, le son aplicables entonces las reglas establecidas en los artículos 231 y 232, o sea las normas del divorcio consensual.

Existen autores que denominan a esta forma de divorcio "el sistema de la pasarela".

b. Los divorcios contenciosos.

Al referirnos a esta categoría, la ley francesa se refiere a situaciones en los que la agresividad y oposición entre los cónyuges hacen que la única vía de solución del mismo, sea la confrontación frente al juez.

A objeto de resolver el conflicto existen dos opciones ofrecidas por el legislador:

- 1) el divorcio por falta o causa imputable a uno de los cónyuges, que representa la concepción del divorcio-sanción;
- 2) el divorcio por ruptura de la vida común, el que se construye sobre hechos que establecen de manera objetiva la irremediable desunión de los esposos. Esta solución, que se aproxima a la idea del divorcio-remedio, fue introducida por la reforma de 1975 y materializada en el artículo 237.

1. El divorcio por falta no está inspirado en la idea de castigar a un culpable sino que, al tenor de los artículos 242 y 243, hace posible, al cónyuge inocente pedir que se disuelva el matrimonio. De acuerdo al primero de los artículos, el divorcio puede ser pedido por un esposo "por hecho imputables al otro cuando estos hechos constituyen violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio que tornan insoportable la vida en común". El otro

hecho fundante de esta acción, más específico, es el del citado art. 243: "...puede ser solicitado por un esposo cuando el otro ha sido condenado a una de las penas previstas por el artículo 7º del código penal".⁵

Siguiendo al pie de la letra el texto, las condiciones para que los hechos reprochados constituyan causa de divorcio son:

- que sean hechos imputables al otro, vale decir que la falta provenga de la voluntad consciente y libre del otro:
- Los hechos deben consistir en una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio. Las obligaciones del matrimonio están establecidas en el art. 212 y siguientes del Código Civil, por lo que, el desconocimiento de uno cualquiera de estos deberes puede ser causal de divorcio: la falta de fidelidad (adulterio); faltar al deber de asistencia, abandono económico, abandono de la residencia familiar, faltar al respeto en las prerrogativas de cada cónyuge. En términos incluso más amplios, todo atentado contra el honor y la dignidad del cónyuge, puede justificar el divorcio.

En cuanto al carácter de grave o reiterado de las faltas ha de entenderse que un hecho único puede bastar si es grave, o la repetición de faltas veniales pueden denunciar un comportamiento culpable, que compromete el equilibrio hogareño.

- La última condición es que las faltas hagan intolerable la vida en común. Este elemento ha sido entendido en los Tribunales como que el mero hecho de pedir el divorcio es el reconocimiento del carácter intolerable de la vida en común.

La causa del divorcio debe ser probada por todos los medios, incluida la confesión (art. 259). Los hechos probados se someten a la consideración del Tribunal quien hace una valoración en función de la situación concreta.

En cuanto al procedimiento, éste se reglamenta de acuerdo al Decreto de 5 de diciembre de 1975 y consta de dos fases: la primera, preliminar a la instancia

⁵ Ver Artículo 7.

se desarrolla ante el juez de asuntos matrimoniales; la segunda, la instancia propiamente tal, tendrá lugar ante el Tribunal.

En los efectos del divorcio por falta, se distinguen dos soluciones: Si el divorcio se pronuncia por culpas exclusivas de uno de los esposos este pierde algunas ventajas y de acuerdo al art. 266 puede ser condenado por daños y perjuicios "en reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio haya hecho sufrir a su cónyuge". Las ventajas legales que de pleno derecho pierde el esposo cuyo divorcio se pronuncia por culpa exclusiva se refieren a los derechos sociales y especialmente a las pensiones civiles o militares, beneficio de seguros de vida, donaciones y ventajas matrimoniales producto del régimen matrimonial.

Cuando el divorcio se pronuncia por culpas compartidas, se produce una neutralización de las quejas y se pueden regular las consecuencias del divorcio independientemente de la consideración de las faltas y de la idea de sanción, con lo que se contribuye a desdramatizar efectos. Al fundarse esta forma de divorcio en la voluntad de los esposos y la disparidad en las condiciones materiales de vida, la distribución de las culpas no excluye conservar las ventajas convenidas si lo desean los esposos, ni la concesión de un aporte pecuniario cuando las condiciones justifican la compensación.

2. El divorcio por ruptura de la vida en común.

Este divorcio fue introducido por la reforma de 1975 y en cierta medida se emparenta con el divorcio-remedio. En relación con su procedimiento y efectos se trata de un divorcio por falta, e incluso por falta exclusiva del peticionario, que debe asumir todas las cargas.

De acuerdo al artículo 237, el peticionario carga con la responsabilidad de la ruptura, pues ha faltado, sea a la obligación de comunidad de vida (separación de hecho por más de seis años) sea a la obligación de asistencia (artículo 238 "cuando las facultades mentales del cónyuge, después de seis años se encuentran tan gravemente alteradas que ninguna comunidad de vida subsiste ya entre los esposos...").

Más allá de la forma, la causa objetiva no es más que una apariencia porque en realidad el divorcio supone que el demandante es el único culpable y la víctima el demandado.

En verdad la separación de hecho se compone de un elemento material, vivir separadamente en residencias distintas, y un factor intencional, la voluntad de al menos uno de los esposos de no vivir juntos. La duración de esta situación la determina la ley y no el juez, seis años luego de los cuales se puede presumir que la ruptura es un hecho consumado.

En la situación del artículo 238, esto es, la alteración de las facultades mentales, se confrontan reflexiones morales, el dilema entre no abandonar en su mal al cónyuge enfermo y la legítima necesidad del otro de rehacer su vida. En consideración a estas dificultades es que la ley exige para admitir esta causa, ciertas condiciones restrictivas: la alteración ha de ser prolongada (seis años) y continua; debe ser grave en lo que produce: "ausencia de comunidad de vida"; y en su resultado futuro - "imposibilidad de que esta se restablezca más adelante".

No cabe duda que la valoración de estas condiciones será muy difícil en la práctica, tanto para el juez como para los médicos cuya pericia sea solicitada.

Frente a ambas variables, tanto la separación de hecho como la alteración de las facultades mentales, el artículo 240 del Código Civil permite contraponer un medio de defensa conocido como la "cláusula de dureza". Ella consiste en que existe la posibilidad para el otro cónyuge de probar que, habida consideración a su edad y la duración del matrimonio, o las de los hijos, el divorcio les acarrearía consecuencias materiales o morales de una dureza excepcional. El tribunal valorará entonces esta dureza excepcional y puede el juez rechazar la petición de divorcio.

El procedimiento para este caso es similar al que se emplea en el divorcio por falta. Las particularidades están por ejemplo en que, en el caso de alteración de las facultades mentales la petición debe acompañarse de la documentación que permita establecer dicha alteración. Además se hace necesario tutelar la representación y defensa del demandado. La prueba del estado mental es pericial y versa sobre la gravedad y durabilidad de la enfermedad. Incluso se

incorpora una evaluación sobre las consecuencias del divorcio para la enfermedad, que de acuerdo al art. 238 inc. 2º permiten al juez incluso rechazar de oficio la demanda si las consecuencias pueden llegar a ser muy graves para la enfermedad.

En cuanto a los efectos de este tipo de divorcio, el cónyuge que lo solicita debe asumir todas las cargas; y además debe especificar en la demanda cuales son los medios con los que cumplirá sus obligaciones tanto respecto del cónyuge como de los hijos (art. 239). Esto implica que el esposo que ha tomado la iniciativa queda totalmente obligado al deber de auxilio. Da la impresión que el legislador ha querido que este tipo de divorcio sea más oneroso, o más protector del cónyuge abandonado, que el divorcio por falta.

El demandado conserva por su parte, en general las donaciones y ventajas que su cónyuge le ha concedido.

Más allá de la variedad en los tipos de divorcios existentes en Francia y que se han expuesto, es posible distinguir reglas y nociones comunes a todos ellos que pueden aglutinarse en torno a las disposiciones comunes de procedimiento y por otra, a los efectos del divorcio.

1. El derecho común del procedimiento se hace presente en los siguientes aspectos:
 - A) La acción de divorcio es siempre exclusivamente personal. Lo que implica que ninguna otra persona que los esposos o uno de ellos puede accionar en procura del divorcio.
 - B) En materia de competencia se distingue la competencia en el sentido de la atribución que pertenece en exclusividad al Tribunal de Gran Instancia en Materia Civil, debiendo cualquier otra jurisdicción declararse incompetente. Al interior del Tribunal de gran instancia, las competencias particulares las ejercita el juez delegado para asuntos matrimoniales. La multiplicidad de sus funciones, importancia de su papel y amplitud de sus atribuciones hacen de él "el hombre orquesta del divorcio". Este juez de Asuntos Matrimoniales descrito (artículo 247 del Código Civil) es obra de la ley del 11 de julio de 1975.

La otra competencia es la territorial, que hace que las demandas de divorcio deban presentarse ante el tribunal del lugar de residencia familiar, o el del lugar de residencia del esposo con el que viven los hijos menores, o como tercera opción, ante el tribunal del lugar en que reside el demandado. En síntesis la ley de 1975 eligió el criterio de la residencia en lugar del de domicilio y además suprimió el domicilio legal de la mujer casada.

- C) El juicio estatuye bien sea rechazando la demanda o pronunciando el divorcio. El juicio de rechazo mantiene el matrimonio pero es el propio Tribunal el que organiza la separación de hecho de los esposos. Además, el carácter de cosa juzgada que produce en los hechos impide una nueva demanda basada en los mismos hechos. Si el juicio se pronuncia por el divorcio, se produce la disolución del vínculo conyugal y determina las consecuencias para los esposos e hijos.
2. En cuanto a los efectos del divorcio, el matrimonio se disuelve para el futuro, los esposos se liberan recíprocamente de todos los deberes y cada uno puede casarse de nuevo. También implica arreglos pecuniarios: disuelto el régimen matrimonial procede la recuperación de los bienes personales, participación en los bienes comunes u otras variables ajustadas a las circunstancias del divorcio.

Aparentemente la ley ha querido concentrar todos estos arreglos en el momento del divorcio a objeto de evitar la prolongación innecesaria de las relaciones de deudor y acreedor entre los divorciados.

Con relación a los hijos (artículos 296 y siguientes), el divorcio "deja subsistir los derechos y deberes de ambos padres respecto a los hijos", significando con esto que cada uno de los padres mantiene los derechos de autoridad paterna y sigue estando obligado a sostener al hijo en lo material. La custodia del hijo, cuestión esencial es determinada por el juez de acuerdo a lo establecido en los artículos 289 y 290 del Código Civil. En todo caso, esta asignación de la custodia es siempre provisional por cuanto la decisión puede ser revisada y modificada si cambian las circunstancias.

Conclusiones

La Constitución española de 1978 no elevó a rango de principio constitucional el divorcio y, remitió a la Ley, la regulación de las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos. Esta regulación ha sido considerada como bastante mesurada, y la Ley de 1981, que la contempla, como un intento de resolver problemas actuales con criterios actualizados.

Las causas objetivas del divorcio lo son en base a la ruptura de la vida en común, es decir, a la cesación efectiva de la convivencia conyugal. Aquí, la Ley se ha orientado hacia las tendencias seguidas en las demás reformas europeas del divorcio. Además, se unifica normativa y jurisdiccionalmente el proceso de separación y el de divorcio. Sin embargo, se detecta cierta falta de sistemática entre las causas divorcistas, unificando situaciones subyacentes muy dispares, en perjuicio de una interpretación clara en algunos puntos (artículo 86, segunda y tercera causa), implicando problemas de legitimación en algún caso. En este sentido, los comentaristas españoles han opinado que sería aconsejable unificar las causales para la separación y el divorcio, porque, sería más sencillo a los cónyuges optar entre ambas situaciones.

En cuanto a los efectos, se produce la paradoja que el sistema de divorcio español parte de unas causas en las que influye la culpa para llegar a unos efectos en los que la culpa está ausente, y la única sanción que se impone al cónyuge culpable, en su caso, es la de un mayor plazo para acceder a la separación judicial y/o divorcio.

Por último, la Ley de 1981, suprimió la conciliación, tal vez asumiendo que el acuerdo al que, hipotéticamente, podrían llegar los cónyuges es más lógico que se logre en la intimidad del hogar y nunca ante el Juez que ha de conocer de la contienda.

En Alemania, la Ley prevé como única condición para que el matrimonio pueda ser disuelto, que entre la pareja no exista comunidad de vida sin que se pueda esperar que ésta se restablezca. Contempla un sistema de presunciones respecto de la ruptura. En los demás casos, debe ser probada, admitiéndose todos los medios de prueba, especialmente la conducta del demandado.

En cuanto a los efectos, consagra un régimen alimentario a favor de cualquiera de los ex-cónyuges, protege los intereses de los hijos comunes, y se admite el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Por último, a pesar de la variedad de formas que la legislación francesa considera, se aprecian sin embargo: la principal, la idea de desdramatizar el divorcio, de favorecer los arreglos amistosos y aquella de concentrar en un mismo pronunciamiento jurídico el divorcio mismo con los efectos que de él se derivan.

Selección Bibliográfica

1. ALBALADEJO, Manuel. **Compendio de Derecho Civil**. Barcelona, Librería Bosch, 1983. p. 443-559.
2. CORRAL TALCIANI, Hernán. "Las causales del divorcio en el Derecho Comparado" en: El divorcio ante el Derecho, **Cuadernos de Extensión**. Santiago (Chile), Universidad de los Andes, N° 2, s.f. p. 5-48.
3. DELMAS-MARTY, Mireille. **Matrimonio y divorcio**. Bogotá, Editorial Tamis S.A., 1987. p. 57-104.
4. MEULDERS-KLEIN, M.-T. "La problématique du divorce dans les législations d'Europe Occidentale", **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, Société de Législation Comparée, année 41, N° 1, janvier-mars 1989. p. 7-58.
5. PUIG BRUTAU, José. **Compendio de Derecho Civil**. Barcelona, Bosch Casa Editorial, Vol. IV, 1991. p. 9-70.
6. ROMERO COLOMA, Aurelia M^a. **El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal**. Barcelona, Ediciones jurídicas Serlipost, 1990. 295 p.
7. VALLADARES RASCON, Etelvina. **Nulidad, Separación, Divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio**. Madrid, Editorial Civitas, 1982. 459 p.