

INNOVACIONES AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Ingrid BRENA

SUMARIO: I. *Planteamiento.* II. *Nuevas causales.* 1. *Causal fundada en la separación de hecho.* 2. *Desistimiento de la acción de divorcio sin el consentimiento del demandado.* III. *Patria potestad.* 1. *Custodia.* 2. *Patria potestad.* IV. *Pensiones alimentarias.* V. *Aspectos procesales.* 1. *Prueba de que la enajenación mental es incurable.* 2. *Prueba del incumplimiento de la obligación alimentaria.* 3. *No se considera perdón tácito la suscripción de una solicitud de divorcio voluntario.* VI. *Observaciones finales.*

I. PLANTEAMIENTO

El 27 de diciembre de 1983, el *Diario Oficial de la Federación* publicó un decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal. Estas reformas representan importantes modificaciones en materia de relaciones familiares. En el presente trabajo se comentan las reformas al régimen jurídico del divorcio.

Como consecuencia del matrimonio, se establece un nuevo estado civil para los cónyuges, del cual surgen derechos y obligaciones recíprocas, y si la pareja procrea descendencia, surgirá el parentesco entre ellos y sus hijos, con las consecuencias jurídicas que ello implica. Si llega el momento de la ruptura del vínculo matrimonial, resulta necesario determinar las consecuencias jurídicas de la nueva situación.

Durante el matrimonio los cónyuges tienen ciertos deberes, entre los que se encuentran los de: cohabitar en el domicilio conyugal, proporcionarse alimentos, contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a su alimentación.

En relación a los hijos, los padres ejercen la patria potestad, que implica la obligación de cuidar, educar, corregir, y representar a sus hijos menores de edad, así como la de administrar los bienes que a ellos pertenezcan. Además, los padres están obligados a proporcionar alimentos a sus hijos, en razón de la filiación.

¿Qué sucede con estas obligaciones al romperse el vínculo matrimonial? Desde que existe en México el divorcio vincular, el Código Civil ha reconocido la subsistencia de la obligación alimentaria a cargo del cónyuge culpable en favor del inocente en los juicios de divorcio necesario, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica. Respecto a la patria potestad, también se ha condenado a la pérdida de la misma, al cónyuge que resultara culpable del divorcio, y si los dos resultaran culpables, ambos han perdido la patria potestad.

Estos criterios implicaban la necesidad de determinar la calidad de cónyuge culpable o inocente, pues el pago de la pensión alimentaria y la pérdida de la patria potestad han sido consideradas como sanciones para el culpable.

Las recientes reformas al Código modifican en parte estos criterios al reconocer el derecho a recibir alimentos tanto en el divorcio necesario como en el divorcio por mutuo consentimiento en los casos que más adelante se explicarán. Si en el divorcio por mutuo consentimiento no hay cónyuge culpable, el fundamento del derecho a los alimentos ya no es la sanción, sino el estado de necesidad de uno de los cónyuges.

De acuerdo con la reforma, la pérdida de la patria potestad no será la consecuencia necesaria de un divorcio contencioso; el juez la decretará en los casos en que haya lugar a esta sanción, obteniendo los elementos de juicio necesario para ello.

Otras novedades importantes en la reforma las constituyen el establecimiento de dos nuevas causales de divorcio y modificaciones a ciertos aspectos procesales de los juicios de divorcio.

II. NUEVAS CAUSALES

1. Causal fundada en la separación de hecho

La fracción XVIII del artículo 267 establece como causal de divorcio: "la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos."

Podríamos considerar esta nueva causal de divorcio como la más revolucionaria de las reformas propuestas.

Antes de ellas, el divorcio sólo se podía plantear por mutuo consentimiento o cuando existía una causal que implicaba culpa o enfermedad

de alguno de los cónyuges; la nueva causal plantea una situación distinta.

El divorcio fundado en la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente de los motivos que la originaron, es un divorcio necesario que se obtendrá sin tener que demostrar ni la culpabilidad ni la enfermedad del otro cónyuge.

Muchos países reconocen la separación de los cónyuges como causal de divorcio desde hace varios años: de entre los estudiados, Bolivia, El Salvador, Panamá, Uruguay, Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Alemania, Austria, España, Italia e Inglaterra.

Se distingue, en algunos de ellos, la separación de hecho de la separación decretada por autoridad judicial. En Bolivia, Uruguay, Guatemala, Nicaragua, España e Italia, la separación judicial se puede convertir en divorcio a través de un trámite sencillo en el que basta probar la separación judicial para obtener el divorcio. Desafortunadamente este trámite no existe en nuestro Código Civil.

La separación de hecho como causal de divorcio, se presenta en diversos países con los siguientes matices:

Bolivia:

Separación de hecho libremente consentida y continuada;

Con una duración de cinco años o más;

Cualquiera de los cónyuges la puede solicitar;

No hay esposo culpable.¹

El Salvador:

Separación absoluta;

Si ha durado más de un año;

Cualquiera de los cónyuges la puede invocar;

Según la Jurisprudencia deben darse los siguientes elementos:

1) Haber mediado la separación física o corporal;

2) Que durante la separación cese toda protección o ayuda de uno de los esposos respecto del otro. Es decir, que durante la ruptura no se necesitaron uno al otro. Hay una total independencia tanto económica como afectiva.²

¹ Gallardo, Ricardo, *Divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio*, Madrid, 1957, p. 83.

² *Idem*, p. 302.

En Guatemala, Nicaragua y Panamá sólo se debe demostrar la separación efectiva por determinado número de años de tres a cinco años.

Alemania:

Cesación de la vida común por más de tres años.

Que la desunión de los esposos sea tal, que la reconstitución de la comunidad conyugal parezca imposible.³

Austria:

Se exige el mismo plazo y que la desunión de los esposos sea tal que la ruptura del matrimonio parezca irremediable.⁴

Inglatera:

Se distinguen dos casos:

1) Si los esposos viven separados por dos años sin interrupción al momento de la demanda y el otro cónyuge consiente en el divorcio.

Esta causal excluye la noción de culpa, pero no equivale a un divorcio por mutuo consentimiento, el tribunal deberá tener la convicción del fracaso irremediable del matrimonio. El juez puede suspender la decisión si no está satisfecho de los arreglos financieros realizados entre los cónyuges.

2) Si los esposos viven separados por más de cinco años al menos, sin interrupción al momento de la demanda de divorcio. Esta causal se ha discutido mucho, pues permite repudiar al otro sin que se tenga una causal; pero el juez puede negar el divorcio si los motivos presentados por el actor no lo convencen; por otra parte, el demandado puede objetar la demanda invocando que con el divorcio se le causa un grave perjuicio financiero o moral; la disolución del matrimonio depende de las apreciaciones judiciales.⁵

España:

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

⁴ Ancel, Marc, *Le divorce à l'étranger*, París, La Documentación Francaise, 1975. p. 86.

⁴ *Idem*, p. 90.

⁵ *Idem.*, p. 144.

Ese cese de la convivencia, 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. En cambio, 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.⁶

Italia:

El juez sólo declara disuelto el matrimonio cuando, tras la tentativa inútil de conciliación, comprueba que la unión espiritual y material entre los cónyuges no puede ser mantenida o reconstruida por alguna de las causales establecidas por la ley.

Los tribunales entienden por separación de hecho, la falta de nexo afectivo asistencial y de solidaridad.

1) Hay un elemento material, la falta de cohabitación de al menos seis años, si no hay acuerdo del otro cónyuge.

2) Un elemento subjetivo, la falta de diálogo, de amor, de estima, de confianza y de colaboración.

El derecho toma en consideración no sólo el acuerdo de voluntad de las partes o de la conformidad de su conducta con la ley, sino una realidad fenoménica caracterizada por ciertas condiciones.

Es suficiente la voluntad de al menos uno de los cónyuges, pero se debe demostrar la ruptura de la comunión de vida familiar, la desaparición de las relaciones afectivo asistenciales; en otras palabras, el fracaso del matrimonio.⁷

Me permití la referencia a las legislaciones extranjeras con objeto de establecer comparaciones con la reciente reforma del Código.

De las anteriores lecturas, resulta que en la mayoría de los países que admiten la separación de hecho como causal de divorcio, se requiere demostrar la separación de los cuerpos como elemento material y, como elemento subjetivo, la ruptura de los vínculos afectivos; demostrar que la vida en común se ha deteriorado a tal grado que no es posible reanudarla; en fin, que el matrimonio ha fracasado y que no se puede reconstruir.

⁶ Ley de 7 de julio de 1981. 30/81. Jefatura del Estado. Código Civil. Modifica la regulación del matrimonio y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. B. O. Estado, 18 y 20 de julio de 1981.

⁷ Stanzione, Autorino, *Divorzio de tutela della persona*, Italia, Universidad de Camerino, 1981.

La simple separación de hecho no basta para demostrar la ruptura de un matrimonio. Las causas de separación pueden ser múltiples: enfermedad, de trabajo, etcétera, y no obstante subsistir la comunión espiritual. La reciente reforma establece la causal de separación de hecho, "independiente del motivo que la haya originado"; sólo se atiene al elemento material, la falta de cohabitación, pero sin tomar en cuenta elementos subjetivos, la ruptura de la comunidad de vida, de la *affection maritalis*.

Desde luego, la presentación de la demanda implica que por lo menos uno de los cónyuges considera rotos los vínculos afectivos; pero, en estos casos, las legislaciones extranjeras establecen plazos generalmente de cinco años, para considerar la separación de hecho como causal. En este tiempo, se demuestra el fracaso irremediable del matrimonio; sin esta plena convicción, el juez no debería declarar roto el vínculo matrimonial.

El divorcio fundado en la separación de hecho, responde desde luego a una realidad. Existen numerosos matrimonios separados desde mucho tiempo atrás, en los cuales un cónyuge ha utilizado la negativa del divorcio, para atar jurídicamente a una persona de la que ha estado separado emocionalmente. La nueva causal permitirá la ruptura de estos matrimonios de papel. Implicará la posibilidad de romper unilateralmente el vínculo matrimonial, pues si una persona desea el divorcio y no convence a su cónyuge de tramitarlo por mutuo consentimiento, y tampoco cuenta con una causal, le bastará separarse del hogar conyugal. Desde luego, el abandonado contará con una causal de divorcio; pero esto es, en última instancia, lo que desea el cónyuge que se separa; si pasados los dos años el cónyuge abandonado no intenta la acción porque no desea el divorcio, el otro, con sólo demostrar la separación, obtendrá el divorcio.

Por otra parte, la nueva causal de divorcio implicará dificultad para adecuarse a los siguientes preceptos del Código.

El nuevo artículo 288 expresa que, en los casos de divorcio necesario, tomando en cuenta las circunstancias del caso y, entre ellas, la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, el juez sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. En los casos de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer y el varón que estén imposibilitados para trabajar, tendrán derecho a recibir alimentos, por el mismo lapso de duración que el matrimonio, derecho del que disfrutarán si no tienen ingresos suficientes y mientras no contraijan nuevas nupcias o se unan en concubinato.

En el divorcio fundado en la nueva causal, a pesar de ser necesario, no se califica a ningún cónyuge de culpable ni de inocente. ¿No existirá en este caso obligación alimentaria? ¿Quedará desprotegido el cónyuge que no cuente con bienes propios y que esté imposibilitado para trabajar? La reforma del artículo 288 tuvo como propósito proteger a los cónyuges que necesitan alimentos, sin importar si se trata de divorcio necesario o por mutuo consentimiento; pero, obviamente, quedó olvidado el divorcio fundado en la nueva causal.

En lo referente al artículo 289: en virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. En el caso de divorcio necesario, el cónyuge que haya dado causa a él no podrá volverse a casar, sino hasta después de dos años, a partir de la sentencia.

En el caso de que haya sido por mutuo consentimiento, podrán volver a contraer matrimonio después de un año del divorcio.

¿En cuánto tiempo podrán volverse a casar los cónyuges que se divorciaron por la nueva causal?

Conforme al artículo 278, el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado sus noticias los hechos en que funde su demanda.

En el divorcio por separación, no interesa la causa, ni quién la originó. La acción puede ser invocada por cualesquiera de los cónyuges, a diferencia de las causales derivadas del abandono de hogar que son invocadas por los cónyuges abandonados, si demuestran la existencia y el abandono de un hogar conyugal.

Para intentar la demanda del nuevo divorcio, no se aplicará el término de seis meses "a partir del día en que se ha tenido noticias del hecho". La reforma establece como causal de divorcio "la separación por más de dos años"; ésta no ocurre en un momento determinado: es un hecho continuo; por tanto, la demanda podrá presentarse en cualquier momento después de transcurridos dos años de separación.

La reforma puede catalogarse de progresista, pero los legisladores no implantaron las reformas necesarias a otros preceptos del Código para lograr la unidad de los criterios legislativos, en especial con el nuevo artículo 288, reformado para proteger a los cónyuges que no cuenten con ingresos propios o estén imposibilitados para trabajar, tanto en los casos de divorcio necesario como por mutuo consentimiento. En cambio, en los casos de divorcio fundados en la separación, no

surge la pensión alimenticia a pesar de que uno de los cónyuges se encuentre en estado de necesidad.

En legislaciones antiguas, como el Código de Hamurabi, en el derecho musulmán, griego o romano, el marido que repudiaba a la mujer sin justa causa debía devolver la dote recibida en razón del matrimonio, o pagar una compensación a la mujer repudiada; de esta manera, si la mujer era rechazada, por lo menos resultaba protegida económicamente.⁸

Este criterio debió prevalecer en los legisladores, que debieron proteger económicamente al cónyuge que lo necesite al momento de la ruptura.

La falta de adecuación de las normas puede provocar que las personas mañosamente, en vez de optar por un divorcio voluntario, alarguen la separación con objeto de tipificar la nueva causal y eludir el pago de la pensión alimenticia al cónyuge que lo necesite.

Además, al establecer como causal la separación de hecho independientemente del motivo que haya originado la separación, permite que en matrimonios separados por cuestiones de trabajo, enfermedad, etcétera, uno de los cónyuges sorprenda al otro iniciando un juicio de divorcio. La simple separación de hecho por dos años no demuestra la ruptura de la *affectio maritalis*. Esta ruptura se debería demostrar al juzgado para que éste decida la disolución del vínculo.

2. Desistimiento de la acción de divorcio sin el consentimiento de demandado

La otra causal de divorcio se introdujo en el artículo 268.

Con la redacción anterior del artículo 268, los cónyuges que a pesar de contar con una causal de divorcio no probaban su acción, por dificultades procesales o ineptitud de sus abogados, estaban expuestos a ser demandados, a su vez, por el otro cónyuge.

Actualmente, si el cónyuge que inició la acción de divorcio se desiste de ella o de la demanda sin el consentimiento del demandado, se tipifica otra causal. El cónyuge demandado puede transformarse en inocente y a su vez demandar al otro. Perdonar al cónyuge culpable desistiendo de la acción significa proporcionarle una causal de divorcio.

Si el propósito del legislador fue evitar demandas temerarias y ofensivas que resultaran graves para las relaciones matrimoniales, hubiera

⁸ Montero, Sara, *El divorcio*, México, Facultad de Derecho, División Universidad Abierta, UNAM.

bastado con que el cónyuge demandado solicitara el divorcio invocando injurias, que se probarían con los autos del juicio de divorcio iniciado. La nueva causal no es congruente con la tendencia del Código a propiciar el perdón y la reconciliación de la pareja.

III. PATRIA POTESTAD

1. Custodia

La custodia de los menores a cargo de la madre durante su primera infancia se establecía en el original artículo 260, en el capítulo relativo a la nulidad de matrimonio:

... pero siempre y aun tratándose de divorcio, las hijas e hijos, menores de cinco años, se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedicare a la prostitución, lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriagarse, tuviera alguna enfermedad contagiosa, o por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos.

Al parecer se ha retomado este criterio, pero sólo como medida provisional. Durante el juicio de divorcio, queda a cargo de la madre la custodia de sus hijos menores de siete años.

En este periodo la mujer deberá cuidar y guardar a los menores, y contribuir a la satisfacción de las necesidades, su subsistencia y educación de sus hijos en los términos del artículo 287.

Tomando en cuenta esta múltiple carga para la mujer, debería establecerse que si la madre queda a cargo de los hijos, los alimentos tanto de ella como de los hijos correspondan al padre.

Por otra parte, la reforma plantea la custodia como un deber para la madre, sin tomar en cuenta que, en ocasiones, la mujer por sus actividades no puede cumplir satisfactoriamente con los cuidados de los menores. La ley debería permitir a la madre la opción de retener la custodia de los hijos, en los casos en que pueda responsabilizarse de ella, y de rechazarla en casos contrarios que la custodia sea un derecho no una obligación.

2. Patria potestad

El anterior artículo 283 sancionaba con pérdida de la patria potestad al cónyuge declarado culpable en sentencia de divorcio necesario, a

excepción de los casos en que la causal fuera la falta de salud física o mental a la falta de justificación de una demanda de divorcio.

La sanción resultaba injusta cuando la ruptura del vínculo matrimonial provenía de situaciones planteadas entre los cónyuges que nada tenían que ver con los hijos, que resultaban tan afectados, o más que los padres, con la pérdida de la patria potestad.

Es realmente positivo el criterio de no condenar en todos los casos a la pérdida de la patria potestad a los padres que resultaran culpables en juicios de divorcio necesario. Los cónyuges demostraron con su conducta que no cumplían con los deberes del matrimonio para su consorte; sin embargo, no necesariamente significaba que no cumpliera y no pudieran seguir cumpliendo con las obligaciones para con sus hijos.

Pero hasta aquí los aspectos positivos de esta reforma. Otorgar al juez amplias facultades para resolver lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello, puede resultar peligroso. Es un hecho comprobado a lo largo de nuestra historia judicial que, desgraciadamente, los jueces no siempre actúan honestamente o con los conocimientos jurídicos necesarios para resolver los asuntos a ellos encomendados.

La pérdida de la patria potestad, consecuencia de un divorcio y decretada a juicio del juez, está prevista en las causas generales de pérdida de la patria potestad que incluyen los siguientes casos: cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves; cuando por costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción penal; por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses. Hechos que se refieren a la relación padres-hijos.

La Suprema Corte de Justicia ha pronunciado varias tesis en relación a la pérdida de la patria potestad, he aquí una de ellas:

PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE. La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal, es que la ejerzan siempre los padres y consiguientemente, las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible, se surtirá su procedencia, sin que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón, por su gra-

vedad de sanción trascendental, que repercute en los hijos menores.⁹

En base a la tesis de la Suprema Corte de Justicia y a los textos legales enunciados, que marcan el contexto general en el que debe encaadrarse la pérdida de la patria potestad, debemos concluir que la facultad discrecional que se otorga al juez en las cuestiones de la patria potestad en los casos de divorcio, no es una discrecionalidad personal sino técnica. Las amplias facultades que le otorga el nuevo artículo 283 no pueden exceder a las normas establecidas. Estas facultades le permitirán una cierta libertad, pero sus decisiones deberán basarse en las disposiciones relativas a la patria potestad del Código Civil.

Otorgar al juez amplias facultades para resolver las cuestiones relativas a la patria potestad, en los casos de divorcio, basándose en "los elementos de juicio necesario", resulta contrario al espíritu de las normas relativas a la patria potestad y a las interpretaciones elaboradas por la Suprema Corte de Justicia.

La pérdida de la patria potestad que afecta tanto a los padres como a los menores, es una sanción que debe aplicarse sólo en los casos establecidos por la ley, y siempre que se pruebe plenamente el hecho que la provocó.

IV. PENSIONES ALIMENTARIAS

El nuevo artículo 288, del Código Civil establece como efecto del divorcio el pago de pensión alimentaria de la siguiente manera:

En el caso de divorcio necesario condena al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica.

El artículo no menciona cuándo cesa la obligación, por lo que se aplicarán las disposiciones respectivas contenidas en el título de alimentos, o sea: cuando desaparezca la posibilidad del que los da o la necesidad del que los recibe; en el caso de que el alimentista cause una injuria o daño al deudor alimentario, y cuando la necesidad del alimentista dependa de la conducta viciosa o la falta de aplicación al trabajo del acreedor.

En los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer que no tenga ingresos suficientes y el varón que se encuentre imposibilitado

⁹ Tesis en amparo directo 4414/77. Leopoldo Fonseca Molina, 7 de abril de 1978.

para trabajar y carezca de ingresos suficientes, tendrán derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El objeto de la reforma, según la exposición de motivos de la iniciativa, fue proteger a las mujeres casadas bajo el régimen de separación de bienes, que durante el matrimonio se han dedicado a las labores del hogar y han perdido la capacidad o la habilidad para trabajar en otras tareas, situación que se agrava si el matrimonio se ha prolongado por muchos años. En estos casos, las mujeres después del divorcio, y sin ninguna preparación para obtener un empleo más o menos remunerativo, debían satisfacer sus propias necesidades, además de contribuir a la satisfacción de las necesidades de sus hijos en los términos del artículo 287.

Con la reforma, el derecho a la pensión subsiste por el mismo lapso de duración del matrimonio; en el caso de matrimonios más o menos breves, la mujer podrá capacitarse para realizar alguna actividad suficientemente remunerativa, y en los casos de matrimonios prolongados, la pensión durará generalmente por toda la vida del acreedor.

Veamos cómo regulan los efectos económicos del divorcio algunos países:

Venezuela

Establece que la pensión alimenticia de la mujer será justipreciada, tomando en cuenta el número de hijos cuya guarda les ha sido confiada. Parece que se confunden la pensión alimenticia de la mujer con la de los hijos; sin embargo, se observa que si la mujer se queda al cuidado de los hijos tiene derecho a pensión.¹⁰

Perú

Si el marido es declarado culpable, y la mujer se encuentra desprovista de todo patrimonio, el juez podrá fijar una pensión equivalente al tercio de los bienes del marido, igual derecho le corresponde a la mujer que se encuentre en buena posición y el marido se encuentra necesitado.

El esposo culpable puede eventualmente ser socorrido por su cónyuge si se encuentra en la indigencia.¹¹

¹⁰ Gallardo, Ricardo, *op. cit., supra, nota 1*, p. 630.

¹¹ *Idem*, p. 507.

Uruguay

Además de la pensión alimenticia fijada contra el cónyuge culpable cuando alguno de los esposos se encuentre desprovisto de todo medio de subsistencia, puede obtener una pensión aún cuando se le haya reconocido culpabilidad en el divorcio.¹²

Inglatera

Para fijar la pensión, el juez no se refiere a cónyuge inocente o culpable, toma en cuenta lo siguiente: la capacidad para ganar dinero de los cónyuges, sus ingresos, los bienes que tengan, los productos de estos bienes, la contribución de cada uno al mantenimiento del hogar y el nivel de vida de la pareja antes del fracaso del matrimonio. Los divorciantes pueden acordar su situación financiera, pero el tribunal tiene facultad de apreciación. Asimismo, el juez puede modificar la decisión, si la situación de los ex esposos se modifica en los casos de que alguno o los dos se vuelvan a casar. También puede modificarse el acuerdo financiero.¹³

España

El artículo 97 de la Ley de Divorcio establece que el cónyuge al que el divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges; la edad y estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y medios económicos, y las necesidades de uno y otro cónyuge.¹⁴

Observamos que algunas legislaciones ya han abandonado la noción de pensión alimentaria como sanción al cónyuge culpable del divorcio

¹² *Idem*, p. 572.

¹³ Ancel, Marc, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 149.

¹⁴ Ley del Divorcio de España, artículo 97.

En Perú y Uruguay tienen derecho a la pensión los cónyuges, que, aunque culpables, estén desprovistos de medios de subsistencia. Es más importante proteger a un indigente que castigar a un culpable.

En Inglaterra y España, para fijar la pensión, no se toma en cuenta el criterio de la culpabilidad o inocencia, sino aquellos elementos que realmente tienden a establecer una equidad económica entre los cónyuges, una vez disuelto el matrimonio.

Después de comparar estas modernas legislaciones con la nuestra, se percibe de la necesidad de abandonar las nociones de culpabilidad y de inocencia, para seguir criterios de equidad económica entre los divorciados.

El nuevo artículo 288 continúa otorgando la pensión alimentaria al cónyuge culpable que no cuente con ingresos propios o esté imposibilitado para trabajar.

La pensión en los casos de divorcio por mutuo consentimiento subsiste el mismo lapso de duración del matrimonio. Y, ¿qué ocurre si el lapso se cumple cuando el cónyuge que la recibe tiene una edad avanzada; está imposibilitado para trabajar o no tiene medios de subsistencia? Y, ¿qué ocurre si la mujer, que a pesar de tener posibilidad de trabajar, no lo hace? En Inglaterra, si los divorciados vuelven a contraer nupcias por su lado, la pensión alimenticia será revisada; pero no necesariamente cesará por esta causa.

La pensión después del divorcio en Inglaterra y en España ya no tiene el carácter de alimentaria, es decir, no depende del estado de necesidad de uno de los cónyuges ni de la posibilidad del otro; se entiende como un derecho de los divorciados a disfrutar de los bienes o de la posición económica obtenida en el matrimonio, que a última instancia fue el resultado de las aportaciones de cada uno de los cónyuges.

La pensión debe subsistir después del divorcio ya sea por mutuo consentimiento o necesario, sin tomar en cuenta las nociones de culpabilidad o de inocencia. Estas nociones corresponden más al derecho penal que al civil. ¿Realmente se podrá determinar que en un divorcio hay un solo cónyuge culpable? Aparentemente uno cometió la falta que originó la causal, pero en qué medida habrá propiciado el otro esa conducta.

También deberá desecharse el criterio alimentario de la pensión. Esta pensión no sólo debe proporcionarse cuando exista estado de necesidad en alguno de los cónyuges. La pensión debe ser un elemento restablecedor de la equidad económica entre los divorciantes una vez disuelto el vínculo matrimonial. Si ambos con su mutuo esfuerzo han alcanzado

una determinada posición económica, es justo que al disolverse el matrimonio ambos se beneficien de los logros alcanzados.

Por lo anterior, se sugiere una profunda revisión de los conceptos de culpabilidad y de inocencia, de pensión alimentaria y de equidad en los casos de divorcio.

V. ASPECTOS PROCESALES

1. Prueba de que la enajenación mental es incurable

En los juicios fundados en la causal de enajenación mental incurable, ésta se prueba cuando se ha obtenido una declaración previa de estado de interdicción, en vez de esperar el transcurso de dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad. Conviene tener presente, sin embargo, que los juicios de interdicción son largos y costosos; además, el estado de interdicción nos demostrará que el sujeto tiene tal grado de incapacidad mental, que no puede ejercitar por sí mismo sus derechos ni cumplir con sus deberes. Pero existen otras enfermedades mentales incurables, o cuya curación depende del enfermo, que aun cuando no ameriten estado de interdicción, pueden ser causas de desavenencias constantes entre los cónyuges. Algunos tipos de neurosis pueden producir, no sólo desavenencias conyugales, sino serios desajustes emocionales en toda la familia.

En la nueva Ley del Divorcio española se establece como causa de separación las perturbaciones mentales siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.¹⁵

Una reforma progresista de nuestra legislación establecería como causal de divorcio la enfermedad o perturbación mental que origine desavenencias o conflictos o peligros constantes y graves en el seno familiar.

2. Prueba del incumplimiento de la obligación alimentaria

Antes de 1975 se establecía como causal de divorcio la negativa de los cónyuges de cumplir con las obligaciones alimentarias establecidas en el artículo 164, "siempre que no pudieran hacerse efectivos los derechos que les concedían los artículos 165 y 166".

Estos artículos, se referían a los derechos de los cónyuges a pedir el aseguramiento de los bienes, para hacer efectivos los derechos prefe-

¹⁵ *Ibidem.*

rentes sobre los productos de los bienes, o sobre los bienes y sobre los sueldos, y salarios del cónyuge obligado al pago de alimentos. Es decir, antes de iniciar la demanda de divorcio, fundada en el incumplimiento de la obligación alimentaria, los cónyuges afectados, previamente debían solicitar por vía judicial el aseguramiento de los bienes suficientes para hacer efectivos sus derechos.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia expresó que: no bastaba demostrar la falta de ministración de los alimentos, sino que era necesario *justificar* que no pudieron hacerse efectivos los derechos que conceden los artículos 164 y 166.¹⁶

En 1975, reformado este precepto, ya no se requirió procedimiento previo a la demanda; sin embargo, se continuó la práctica en tribunales de obligar al cónyuge acreedor a seguir dos procedimientos: uno, procurar el cumplimiento de la obligación alimentaria; otro, obtener el divorcio, basado en la negativa del obligado.

Con la reforma se establece explícitamente que no será necesario agotar procedimientos previos para iniciar una demanda fundada en la falta de cumplimiento del artículo 164, lo cual beneficiará a los cónyuges acreedores y de alimento agilizará estos juicios.

3. No se considera perdón tácito la suscripción de una solicitud de divorcio voluntario

En tesis de la Suprema Corte de Justicia, emitida con relación a la legislación del estado de Oaxaca, se expresa que quien teniendo posibilidades de obtener el divorcio necesario accede a divorciarse por mutuo consentimiento, es porque indudablemente perdona a su cónyuge, en sacrificio de sus derechos.¹⁷

Probablemente, en base a esta tesis, en la práctica judicial la presentación de la solicitud de divorcio voluntario ha sido considerada por los jueces como un perdón tácito al cónyuge culpable. De esto resultaba

¹⁶ Jurisprudencia, "Divorcio falta de ministración de alimentos como causal de Quinta época:

Tomo LXXIV, p. 5303. González de Turcott, Narcedalia.

Tomo LXXXIX, p. 3190. Hidalgo de Cazbaleeta, Carmen.

Tomo XC, p. 532. Cabrera de Roa, María.

Tomo XCI, p. 2934. Aguilar de Gutiérrez, María Teresa.

Tomo XCII, p. 1724. Bruquetas, Emma, Apéndice del Semanario Judicial 1917-1975, 4a. parte, p. 517.

¹⁷ Sexta época, Cuarta Parte, vol. LIII, p. 45, AD 5608/60. José Abel de los Santos Vázquez. Unanimidad de 4 votos. Vol. XI, Cuarta parte, p. 104. AD. 2296/57. Esther Iñíguez Camberes, Unanimidad 4 votos. Apéndice 1975.

que si el cónyuge culpable convencía al inocente para tramitar un divorcio voluntario con el objeto de no ventilar ante los tribunales sus problemas íntimos, y posteriormente se negaba a continuar con los trámites del divorcio voluntario, el inocente no podía obtener ni el divorcio voluntario ni el necesario, pues se suponía que había perdonado al culpable y por lo tanto había perdido su acción.

La reforma plantea explícitamente que ni la presentación de la solicitud ni los actos procesales posteriores constituyen un perdón tácito. Así, en la hipótesis planteada, si el cónyuge culpable se niega a continuar con el divorcio por mutuo consentimiento, el inocente podrá entablar un juicio de divorcio necesario.

VI. OBSERVACIONES FINALES

Desde luego, deben reconocerse los esfuerzos realizados con el fin de mejorar el régimen jurídico de la familia, pues desgraciadamente resulta poco frecuente que los legisladores presten atención a la necesidad de modificar las normas relativas a la familia.

Sin embargo, las reformas han resultado sólo un remedio para contrarrestar los síntomas de una enfermedad, pequeñas curaciones urgentes. Nuestro derecho familiar debe ser revisado y reestructurado en su totalidad.

Reconocemos algunos aspectos positivos de las reformas que facilitan y agilizan los trámites del divorcio; modificar los criterios en cuanto a la prueba de algunas causales; incluyen la causal de divorcio basada en la separación de los cónyuges; reconocen los derechos a la pensión alimenticia en los casos de divorcio voluntario, y modifican el criterio en los casos de pérdida de la patria potestad.

Pero desgraciadamente otras reformas, y aun éstas, resultan contradictorias.

El artículo 268, que establece que cuando el cónyuge se desiste de la demanda de divorcio sin el consentimiento del demandado, surge una causal de divorcio, contradice el espíritu de las normas que tienden a la reconciliación de la pareja.

La separación por más de dos años no demuestra *per se* la ruptura de los vínculos afectivos de la pareja, la separación puede estar fundada en múltiples causas. El juez debería exigir la demostración de la ruptura de la *affection maritalis* como elemento subjetivo, comprobar el fracaso matrimonial antes de decretar el divorcio.

Además, si el divorcio se fundó en la separación de hecho, se deja sin derechos alimentarios al cónyuge que los necesite o que tenga derechos a ellos, pues ninguno de los cónyuges resulta culpable y tampoco se trata de un divorcio voluntario, de tal suerte que se desvirtúa el contenido del reformado artículo 288.

Las facultades extraordinarias otorgadas al juez de lo familiar en materia de patria potestad, si no se interpretan como una discrecionalidad técnica, pueden ocasionar decisiones judiciales arbitrarias, contrarias a las normas relativas a la patria potestad.

Estas discrepancias normativas restan unidad y armonía al sistema que regula las relaciones familiares.

Por lo anterior, insistimos en la necesidad de reestructurar totalmente las normas jurídicas que regulan a la familia a fin de adecuarlas a la realidad actual e inclusive propiciar cambios en este grupo social.