

REVISTA DE REVISTAS

Derecho comparado	973
-----------------------------	-----

al orden público o a las buenas costumbres", como se repite en el Código Civil vigente, en cuyo caso los actos serían nulos de pleno derecho.

El principio relativo al orden público se determina mediante la referencia a aquellas disposiciones que sean de carácter prohibitivo o imperativo, de manera que bajo esta noción de orden público, en realidad abarca a todas aquellas disposiciones que llenan la declaración de interés social, público o ético, de donde se pueden deducir reglas limitativas de la libertad contractual y de la libre disposición de la voluntad.

José BARRAGÁN BARRAGÁN

DERECHO COMPARADO

MEULDERS-KLEIN, M. T., "La problematique du divorce dans les législations d'Europe Occidentale", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 41, núm. 1, enero-marzo de 1989, pp. 7-58.

Comenta el autor de este artículo que en los últimos veinte años, en todos los países de Europa se ha elaborado una copiosa legislación en materia de divorcio, la que ha sido dictada con el propósito de dar solución a los graves conflictos que afronta la pareja humana, cada vez más frágil y más vulnerable a causa de los serios problemas y adversidades de la vida moderna, lo que ha hecho pensar que el matrimonio experimenta hoy una verdadera crisis institucional.

Actualmente, según el autor, no se habla de causales de divorcio, sino de casos. El cambio de terminología se debe a que no siempre la causa obedece a "faltas" sino al descalabro del matrimonio. La quiebra se produce sin que tenga importancia determinar quién es el responsable del fracaso.

En los sistemas jurídicos tradicionales, el matrimonio era considerado una institución civil y sólo podía disolverse por motivos excepcionales, imputables a faltas cometidas por uno de los cónyuges en agravio del otro. El divorcio por acuerdo mutuo no era aceptado en todas las legislaciones.

Excepcionalmente algunas legislaciones aceptaban otras formas de divorcio sin que mediara culpa, en los casos de ausencia o enfermedad mental de uno de los esposos.

En los países nórdicos de Europa existía una especie de divorcio por mutuo acuerdo, condicionado a extensos lapsos de separación, cuando el desacuerdo conyugal hacía imposible la vida en común.

En Suiza, en el Código Civil de 1912, después de enumerar las causales de culpabilidad se estipula: "cada uno de los cónyuges puede pedir el divorcio cuando el vínculo conyugal está tan profundamente afectado que la vida en común se hace insoportable. Si la desunión es imputable a uno de los cónyuges, puede el otro oponerse al divorcio".

En forma indirecta se obtenía el divorcio por mutuo acuerdo, cuando no existía oposición del otro esposo. El Código no lo expresaba claramente, por ello se deduce del párrafo final que se ha transcrito.

En términos generales, las legislaciones europeas sólo aceptaban el divorcio por mutuo acuerdo, en la forma indirecta ya expresada.

Clasifica el autor los sistemas de divorcio existentes en Europa en dos tipos: pluralistas y unicistas.

Pluralistas son los países que aceptan diversos tipos de divorcio o de separación motivados por una pluralidad de causas, como ocurre en Francia, que reconoce cuatro clases de divorcio: por ruptura de la vida en común; por "faltas"; a petición de uno de los cónyuges y aceptada la demanda por el otro, y por mutuo acuerdo.

El sistema pluralista rige en casi todos los países europeos, en unos más restringido que en otros.

El común denominador de todos los divorcios, anota el autor, es el fracaso matrimonial, que obedece a causas muy diversas, tales como diferencias de edad entre los cónyuges, enfermedades e incapacidades de alguno de ellos, problemas económicos, etcétera.

En los países donde existe un sistema unicista, la noción de falta no es considerada o no tiene mayor trascendencia, lo único que interesa es el fracaso o quiebra irremediable del matrimonio, cualquiera que sea su origen y puede acogerse la demanda aun cuando eventualmente se oponga a ella el otro cónyuge. Este sistema ha sido adoptado por Inglaterra (1969); Países Bajos (1971); Suiza (1973); Alemania Federal (1976); Escocia (1976); Grecia (1983), etcétera.

Implica este divorcio, según el autor, la voluntad de romper definitivamente con el principio de la indisolubilidad del matrimonio, cualquiera que sean las causas o circunstancias que lo originen. Este sistema tiene serios problemas en cuanto a la prueba del fracaso matrimonial. Sólo Suiza no exige prueba; los demás países la requieren. Por razones de equidad puede también tener piezas la demanda.

El artículo 151 del Código Civil holandés dispone que “el divorcio se decretará a petición de uno de los esposos cuando el matrimonio se encuentre desunido de manera durable”. Si la demanda proviene de uno sólo de los cónyuges, éste debe acreditar la realidad de la quiebra. Sin embargo, si la demanda es conjunta, el juez carece del poder de apreciación sobre la desintegración del matrimonio.

El Código Civil griego, modificado en 1983, estipula que el divorcio puede ser solicitado por uno de los esposos, cuando la relación entre ellos, ha llegado a extremos tales, que el mantenimiento de la vida conyugal llega a ser intolerable.

En Italia, las leyes de divorcio de 1970, 1975 y 1987 disponen que si los cónyuges se encuentran separados por resolución judicial, puede acogerse el divorcio por el tribunal, cuando se hace intolerable la continuación de la vida en común o cuando se perjudique en forma grave la educación de los hijos.

En España, por ley de 7 de julio de 1981, se legisló sobre el divorcio, el cual sólo es admitido por atentado en contra de la vida del otro cónyuge o por ruptura de la vida en común.

En la República Federal de Alemania el artículo 1566 del BGB dispone que se presume el fracaso del matrimonio, de manera irrefutable, cuando los esposos han vivido separados por más de un año. Transcurrido este lapso, el juez deberá acoger el divorcio si es solicitado por ambos cónyuges de común acuerdo. Después de tres años de separación, puede solicitarlo cualquiera de los cónyuges.

Por razones de equidad se exigen lapsos, a veces prolongados, de separación de los cónyuges para el ejercicio de la acción de divorcio. Por las mismas razones el legislador autoriza a la parte demandada para oponerse al divorcio, en los siguientes casos: cuando el actor ha sido el causante del fracaso matrimonial y cuando se alegue la denominada “cláusula de dureza”.

El divorcio por ruptura de la vida en común, lo admiten las legislaciones de Suiza, República Federal de Alemania, Inglaterra, España, Francia, Grecia, etcétera; cada una de ellas establece términos variables de separación.

En algunas legislaciones se autoriza a los demandados para oponerse al divorcio por ruptura de la vida en común, cuando el actor ha sido el causante del fracaso o quiebra matrimonial. La República Federal de Alemania lo consideraba en su legislación; hoy lo ha eliminado. Subsiste parcialmente en la legislación de Austria, Dinamarca, Suiza y Países Bajos.

Cuando la separación ocasione un grave daño material o moral al demandado o a los hijos, puede oponerse la excepción de "dureza". Se le conoce por este nombre por la redacción que en Francia se dio al artículo 240 del Código Civil que la acoge y el cual estipula lo siguiente: "Si el otro esposo prueba que el divorcio tendrá para él, en razón de su edad, y de la duración del matrimonio, consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez rechazará la demanda."

La cláusula de dureza se encuentra en las legislaciones de Inglaterra, República Federal de Alemania y Francia.

El artículo 1568 del BGB dispone que el divorcio no puede decretarse cuando agrave notablemente la situación material de los hijos. El artículo 37-2 de la ley danesa de 4 de junio de 1969 autoriza en estos casos al juez para decretar sólo la separación de cuerpos en vez del divorcio.

En Inglaterra el artículo 41 de la Matrimonial Causes Act de 1973, impide que se decrete el divorcio mientras no se hayan adoptado todas las medidas que sean necesarias para proteger el futuro de los hijos menores. Puede también diferirse el divorcio hasta la mayoría de edad de los descendientes referidos.

En un principio la jurisprudencia francesa acogió varias de estas excepciones; no ocurre lo mismo en la actualidad.

El autor opina que los jueces han utilizado el rigor de la "cláusula de dureza" para obtener mediante la conciliación beneficios económicos mayores para la demandada y los hijos.

El Tribunal Constitucional alemán ha declarado que el artículo 1568 del BGB es sólo facultativo para el juez y no obligatorio por considerar que sería contrario a la dignidad humana mantener unido un matrimonio que ha fracasado.

Sobre la función del juez y el procedimiento a seguir, es necesario conocer: *a)* cuáles serán los órganos jurisdiccionales encargados de conocer de estos juicios; *b)* qué importancia tiene la conciliación, la negociación y la comparecencia personal de los esposos; *c)* qué alcance tiene el poder de apreciación del órgano de decisión; *d)* qué importancia puede otorgarse a la celeridad o retardo de los procedimientos, y *e)* el valor que debe asignarse a la voluntad conjunta de los esposos, no sólo en cuanto a la petición misma del divorcio, sino a los acuerdos o convenios sobre aspectos económicos posteriores al juicio, en especial los relativos al cuidado, alimentación y educación de los hijos.

Las respuestas pueden variar, dice el autor, según se trate de legislaciones con sistemas pluralistas o unicistas, como igualmente si se trata o no de demandas conjuntas.

En Inglaterra, hasta 1857, conocía de las demandas de divorcio el Parlamento. Desde esa fecha se encargó su resolución a los tribunales de justicia. Sólo podía acogerse la demanda con el voto conforme de tres jueces.

Al discutirse la Ley de Divorcio en 1969 (Divorce Reform Act) y la Matrimonial Causes Act en 1973, se hizo presente que era indispensable otorgar bases más sólidas al matrimonio en vez de socavarlo y que sólo debía destruirse cuando existiera la "envoltura vacía de un matrimonio muerto", para evitar amarguras, angustias y humillaciones, señala el autor.

En todas estas leyes se impone a los jueces la obligación de verificar los hechos alegados por las partes, siendo deber especial del tribunal procurar la conciliación.

Ha sido elaborado un procedimiento muy simple en los divorcios no contenciosos. Sólo los que no tienen este carácter deben ser juzgados por los tribunales ordinarios.

El procedimiento especial se aplica cuando la demanda de divorcio es conjunta o no existe oposición del otro cónyuge. Se encarga a un funcionario la formación del expediente y la recopilación de los datos que se consideren necesarios y si no existen anomalías procesales se acoge el divorcio sin más trámites. En la actualidad se calcula que el 98.5% de los divorcios son juzgados por este procedimiento especial.

En los países escandinavos no es necesario invocar "faltas" para demandar el divorcio. Pueden solicitarlo de común acuerdo ambos cónyuges o por demanda unilateral. La tramitación se hace por vía administrativa. La autoridad competente es el gobernador del condado, quien es asistido por agentes administrativos que se encargan de auxiliar a los esposos durante la tramitación del proceso; en especial obtener la conciliación de los litigantes, quienes están obligados a comparecer personalmente. Opina el autor que el procedimiento es simple, informal, discreto y rápido.

Lo anterior es considerado por las legislaciones de Noruega y Dinamarca. En Suecia el tribunal competente es el juez. El procedimiento es también muy simple. Sólo se limita el juez a analizar los acuerdos a que han llegado las partes, en todos los aspectos relacionados con los hijos y si los encuentra atinados los aprueba; en caso contrario puede enmendarlos o rechazarlos.

En la República Federal de Alemania, la ley de 14 de junio de 1976 ha modificado el procedimiento en los juicios de divorcio.

La demanda la deben presentar ambos cónyuges o uno de ellos por escrito y tienen la obligación de comparecer personalmente con el fin de acordar en presencia del Tribunal todo lo relacionado con la custodia de los hijos, su mantenimiento y educación, y el derecho y la obligación de mantener relaciones personales con los hijos.

Los encargados de los juicios de divorcio son los tribunales de la Familia, que competen para conocer de todos los litigios familiares.

En Francia corresponde a los jueces el conocimiento de los juicios de divorcio. En caso de demanda conjunta los procedimientos son tan simples que el autor, citando a un jurista, dice que "es una asociación de un elemento convencional con uno judicial o una convención de divorcio judicialmente homologada".

En relación con los efectos del divorcio es necesario distinguir entre los efectos convencionales y los legales.

En Bélgica sólo se admiten acuerdos convencionales cuando abarcan todos los efectos posteriores del divorcio, tanto aquellos relativos a los litigantes como a los hijos. Para que tengan validez se requiere la aprobación del juez. Pueden posteriormente modificarse con autorización del juez. A falta de este acuerdo, las convenciones son inmutables, salvo que hayan cambiado las circunstancias, como nuevo matrimonio de los ex cónyuges, fallecimiento del deudor, quiebra, pérdida del empleo u otra causa grave. Sin embargo, las partes pueden incorporar al convenio una cláusula de "revisión judicial".

En Dinamarca las partes pueden solicitar posteriormente la invalidación o revisión de los acuerdos adoptados en el juicio de divorcio, ya sea por omisión fraudulenta de datos, por ignorancia de hechos, u otras causas graves como irracionalidad de los acuerdos y por cambio ulterior de circunstancias.

En Francia los tribunales han resuelto que no pueden modificarse por acciones posteriores los acuerdos adoptados por las partes en las demandas conjuntas, por haber adquirido la calidad legal de "cosa juzgada", al ser aprobados por el juez.

No obstante, admiten la revisión de dichos convenios por cambios ulteriores de circunstancias o por motivos graves.

En Inglaterra la jurisprudencia es más flexible. Los dos problemas fundamentales que ocasiona el divorcio son los aspectos financieros y la suerte de los hijos. Los efectos legales que ocasiona el divorcio pueden

generar vínculos de dependencia entre los ex cónyuges, que los legisladores tratan de evitar.

En los sistemas de divorcio por "culpa o falta", se admiten las pensiones alimenticias compensatorias e indemnizatorias las cuales, por encontrarse fundamentadas en la noción de culpa, son transmisibles a los herederos del obligado.

En los sistemas de divorcio "sin falta", por no existir culpa ni parentesco entre los ex cónyuges, carecería de causa la obligación de tipo económico. Sin embargo, este problema se ha solucionado en forma afirmativa por la totalidad de los países europeos mediante la equidad. Al margen de toda idea de responsabilidad se trata de asegurar la subsistencia del cónyuge económicamente menos favorecido y no pagar el precio de la libertad como lo aseguran algunos.

La justificación legal, para algunos comentaristas, no sólo se encontraría en la equidad. Se trata de opinar acerca de la prolongación del deber de socorro, equiparando, después del divorcio, el nivel de vida establecido durante la vida en común, restableciéndose en esta forma el desequilibrio financiero que puede ocasionar la separación a una de las partes.

En cualquiera de estos casos, los autores se preguntan: ¿se trata de una renta; de una suma capitalizada o de afectación de bienes?

Otros opinan que el divorcio debe poner término a todo vínculo especial de dependencia económica entre los cónyuges. Esta doctrina empieza a ser acogida por las legislaciones europeas. En la República Federal de Alemania se deja al criterio del juez la resolución del "caso aislado, de acuerdo con la equidad" o en función de circunstancias muy particulares, pudiendo limitar la pensión en el tiempo y en la cuantía, cuando el matrimonio ha tenido escasa duración.

En los Países Bajos, después de las reformas de 1971, se ha establecido un procedimiento similar. Las pensiones que deban otorgarse al otro cónyuge en casos especiales, se regulan en proporción a los salarios mínimos vigentes en el país. En todo caso estas pensiones no pueden exceder del plazo de doce años.

En Suecia, por ley de 1978, se dispuso que después del divorcio, cuando la ruptura es completa, cada uno de los esposos "debe velar por su propia subsistencia".

En cuanto al bienestar material de los hijos, se crean, a veces, problemas muy graves cuando no se pagan oportunamente las pensiones; cuando el cónyuge que se ha hecho cargo de los hijos vuelve a casarse, o

lo hace el obligado al pago y se hacen insuficientes sus recursos económicos.

La legislación sueca de 1978 dispone que el progenitor obligado al pago de las pensiones si vuelve a casarse, tiene derecho a deducir de sus ingresos las sumas necesarias para su propio sustento, el de su nueva esposa y de sus otros hijos si los tuviere.

En Inglaterra y Francia el juez puede ordenar que el inmueble familiar se reserve para habitación de los hijos; así como otra clase de bienes; por ejemplo bibliotecas y material didáctico que se considere de utilidad para la educación y aprendizaje de los hijos. Sobre la guarda de los hijos del divorcio, existen hoy conceptos nuevos.

Tradicionalmente se consideraba al padre inocente como el mejor garante para la educación de los hijos. Hoy se otorga la guarda exclusiva del hijo al progenitor que, en concepto del juez, más convenga a los intereses del hijo, respetando el derecho de vigilancia y de visita del otro progenitor.

Otros estiman que este interés podría asegurarse en mejor forma mediante la autoridad parental conjunta de ambos progenitores.

También ha sido propuesta la guarda alternada, que consiste en que los hijos pueden permanecer al cuidado personal de cada progenitor por periodos prolongados de tiempo.

Los tribunales alemanes no aceptaban la guarda conjunta, pero hoy, por ley de 18 de julio de 1979, se puede acordar por los tribunales, cuando ambos progenitores la solicitan y favorece los intereses del hijo.

En Holanda, de acuerdo con lo dispuesto en el actual artículo 246 del Código Civil, los padres ejercen de consuno la autoridad parental sobre los hijos; pero en caso de divorcio, de conformidad con lo establecido en el artículo 161, debe designárseles un tutor, que deberá ser uno de sus padres. Sólo uno de ellos podía ejercer esa función. Los tribunales han declarado que el artículo 161 no está conforme con lo establecido en la Convención Europea de Derechos del Hombre y lo han declarado "inaplicable", de modo que hoy pueden ejercer los progenitores la autoridad parental conjunta de sus hijos.

En Francia, la Corte de Casación ha dispuesto que es posible admitir la guarda conjunta, después de la expedición de la ley de 22 de julio de 1987, pero considera que la guarda alternada "es nefasta para el hijo".

La falta de espacio nos impide comentar con más amplitud el acucioso, ilustrado e interesante estudio de Meulders-Klein.