

## **INTERPRETACION DE LA NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO Y SU INCOMPATIBILIDAD CON LAS OTRAS CAUSALES (ART. 267 Fc. XVIII)**

Manuel F. Chavez Asencio

En el Diario Oficial correspondiente al 27 de diciembre de 1983, se publica una adición al Artículo 267 del Código Civil, por la que se incrementan las causales de divorcio. La Fracción XVIII como novedad señala que es causa 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 cualquiera de ellos”. Esta modificación entró en vigor 90 días después, es decir el 27 de marzo de 1984.

Para el estudio del tema lo dividiré en cuatro partes, que considero necesarias para la debida interpretación y profundización de la nueva causal. La primera trata sobre los principios generales que en materia de divorcio están vigentes en la legislación, doctrina y jurisprudencia. La segunda parte trata del estudio en concreto de la nueva causal. La tercera trata del problema de la retroactividad de la misma. La última sobre la práctica judicial observada a la fecha en los tribunales del Distrito Federal.

### **1.—Principios generales**

Antes de entrar al estudio de la nueva causal de divorcio que señala el Código Civil, conviene sentar algunos principios que rigen en esta materia.

a) El divorcio como excepción.— El matrimonio es permanente en lo civil, e indisoluble en lo religioso; la excepción es el divorcio que disuelve el matrimonio y la excepción confirma la regla. Las instituciones familiares son permanentes por naturaleza, a diferencia de lo transitorio de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial económico. Así lo observamos en la adopción, el reconocimiento de hijos, el matrimonio, etc. Suponer que el divorcio fuera lo que pretenden las parejas al casarse, sería tanto como convertir la excepción (el divorcio) en principio y el matrimonio en algo transitorio.

“La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial”<sup>(1)</sup>.

El acto jurídico que genera el estado jurídico matrimonial, que es la comunidad humana de vida (matrimonio—estado), puede originarse por el amor que los novios se tienen, lo que constituye el motivo determinante de su voluntad; o bien, puede reconocer otros motivos como son: los económicos, los políticos y los sociales. Tiene el matrimonio como fines primordiales la promoción integral de los consortes, el amor conyugal y la paternidad responsable. Si estos fines no se logran plenamente o el amor termina, ya se creó una institución que trasciende a los consortes (con mayor razón si tienen hijos), respecto de la cual está interesada toda la sociedad.

Por lo tanto, siendo excepción el divorcio, deben regularse cuidadosamente las causales que permitan disolver el matrimonio, debiendo tratarse de causas de tal gravedad que hagan imposible la vida conyugal, bien sea como consecuencia de alguna enfermedad (divorcio remedio), o bien como un acto ilícito de un consorte contra el otro (divorcio sanción), pero evitando que sean el egoísmo o el hedonismo las causas generadoras del divorcio, porque afectaría seriamente la estabilidad familiar y la estructura de la sociedad.

b).— Limitación de las causas.— Según este principio, sólo son causas de divorcio necesario las que limitativamente enuncian los artículos 267 y 268 C.C. Este principio se deriva de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas de divorcio. “La conservación del vínculo matrimonial, es de interés público y sólo excepcionalmente procede la disolución por causas de tal gravedad que hagan imposible la vida común de los cónyuges”<sup>(2)</sup>.

Es decir, las causas son de aplicación restrictiva y también en este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que “siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez lo es de la sociedad, el Estado, preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aquel sólo por las causas específicamente enumeradas en la ley”<sup>(4)</sup>.

Debemos tomar en cuenta que no en todas las fracciones del artículo 267 C.C. se contiene sólo una causa de divorcio. Hay fracciones que contienen dos y hasta seis causas que pueden invocarse aislada o conjuntamente, a las que añadidas la prevista en el artículo 268 C.C. nos dan un total de 38 causas posibles de divorcio. También debemos tomar en cuenta que una de las causales es la injuria grave, y bajo este concepto se pueden encuadrar un sinúmero de circunstancias culposas que generan el divorcio, pero ésto no contradice el principio, pues se trata de ejemplos respecto de la misma causal.

c).— Conducta ilícita.— El proceso de divorcio está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, y así lo previene el artículo 288 C.C. al señalar a el consorte culpable responsable de los daños y perjuicios como autor de un hecho ilícito. Es ilícito por ser contrario a las leyes de orden público, como son las relativas al matrimonio y la familia, y a las buenas costumbres porque las causales de divorcio fundamentalmente van contra la moral y las buenas costumbres. El hecho que la conducta de alguno de los cónyuges encuadre dentro

c).— Conducta ilícita.— El proceso de divorcio está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, y así lo previene el artículo 288 C.C. al señalar a el consorte culpable responsable de los daños y perjuicios como autor de un hecho ilícito. Es ilícito por ser contrario a las leyes de orden público, como son las relativas al matrimonio y la familia, y a las buenas costumbres porque las causales de divorcio fundamentalmente van contra la moral y las buenas costumbres. El hecho que la conducta de alguno de los cónyuges encuadre dentro de alguna de las causas de divorcio previstas por la ley, que se consideran violaciones de los deberes y obligaciones conyugales, genera el acto ilícito. Por lo tanto, la causal prevista debe ser imputable al cónyuge culpable para proceder el divorcio. En las causas de enfermedad y ausencia en cuestionable que se trate de un hecho ilícito, sin embargo, la ley no hace diferencia alguna.

Debemos tomar en cuenta que la enumeración de causales que señala el artículo 267 C.C., se involucran o confunden las causas que implican una sanción con las que son remedio lo que significa una deficiente técnica. Existen causales que implican una conducta ilícita de alguno de los cónyuges, como son la mayoría de las previstas en el artículo señalado. Sin embargo, existen otras, como son las relativas a la declaración de ausencia legalmente hecha, a la presunción de muerte, a las enfermedades y a la enajenación mental incurable, las cuales, indudablemente no significan una actitud ilícita o culpable de alguno de los consortes. No obstante

que en el artículo 288 no se distinguen las causales, es evidente que al no haber culpable en las señaladas, no puede aplicarse sanción alguna consistente en el pago de alimentos, ni condenar al pago de los daños y perjuicios al cónyuge inocente. Si no hay culpable, no puede haber un hecho ilícito.

Aún cuando las causales estén confundidas, y se señalen en el mismo artículo aquellas que implican un divorcio sanción con las que implican un divorcio remedio, esta falta de técnica no puede afectar para considerar que por regla general el demandado sea el culpable y se le apliquen las sanciones señaladas.

d).— Privacía del proceso.— Esto significa que, a diferencia de los juicios en general en los que las audiencias son públicas, en los casos de divorcio existe una excepción que marca el artículo 59 del Código Procesal, que señala que las audiencias en los juicios de divorcio, reclamación de paternidad, maternidad, o nulidad de matrimonio, o diligencias de reconocimiento de hijos, y en los juicios en que esta materia puede suscitarse”. La fracción IV señala que está prohibido “publicar lo que pase en diligencias o actos que deban ser secretos por mandato de ley o por disposición judicial”.

e) Extranjeros.— El extranjero para promover un divorcio en México requiere la certificación de la Secretaría de Gobernación respecto a la residencia legal en el país, en los términos del Artículo 35 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, porque se requiere “que sus condiciones y calidad migratoria le permita realizar tal acto”, artículo que reproduce literalmente en el artículo 69 de la Ley General de Población. Es decir, no se hace referencia sólo al domicilio sino a la necesidad de que se acredite la legal estancia en el país, lo que compete a la Secretaría de Gobernación. La constitucionalidad de tales disposiciones fue declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia 41 (Séptima Epoca), Pág. 106, Volumen Pleno. Primera Parte. Apéndice 1917—1965.

En esta materia pueden presentarse conflictos de leyes. En nuestra legislación está el principio de que no debe darse eficacia jurídica alguna a las leyes extranjeras contrarias a las nuestras de orden público, entre las cuales se encuentran las relativas al divorcio.

“El Código Civil resuelve el conflicto de leyes sustantivas de acuerdo con la doctrina que se conoce en el derecho internacional privado con el nombre de internista, o sea la que prescribe que es preferente el derecho nacional de cada estado, ante los tribunales del mismo, en lo relativo al modo de resolver los conflictos de leyes”(5).

El artículo 12 del Código Civil, previene que las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, esten domiciliados en ella o sean transeúntes.

Por su parte, el Artículo 13 dice: “Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el Territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código”.

Por lo tanto, en materia de divorcio los conflictos de leyes han de resolverse aplicando en todo caso el Código Civil para el Distrito Federal, que es general y obligatoria en todos los Estados de la federación en la materia de que se trata.

“En otros términos, el Código Civil rechaza la llamada doctrina del estatuto personal, o sea aquella en que afirma que las leyes relativas al estado y capacidad de las personas están vinculadas a éstas de tal manera que la siguen a cualquier nación a donde vayan o lo que es igual, que en los conflictos de leyes, deben prevalecer las que forman el estatuto personal sobre las extranjeras”.

“De acuerdo con estas normas, los españoles y los italianos no pueden divorciarse en cuanto al vínculo de acuerdo con la legislación de su patria, en México si podrán hacerlo, porque así lo ordena el mencionado Código en los artículos transcritos”<sup>(6)</sup>.

f) Partes.— Son partes en el juicio los cónyuges; ambos tienen capacidad para estar en el juicio. El Ministerio Público no interviene, a diferencia del divorcio voluntario judicial aquí no es parte. Es una anomalía porque si es tan importante que comparezca y actúe en el divorcio voluntario, más lo es su presencia en el necesario, en donde las pasiones de los cónyuges pueden afectar a ambos, o a los hijos.

Debemos tener en cuenta el principio contenido en el artículo 178 C.C. que dice el “Divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él”. Es un principio evidente que el culpable en caso de divorcio, a semejanza del que incumple las obligaciones patrimoniales económicas, no tenga derecho subjetivo para iniciar una acción judicial. Esto no impide que quien no tenga derecho alguno pueda incitar a la autoridad judicial mediante una demanda improcedente. Pero evidentemente sólo tiene posibilidad jurídica de iniciar una acción procesal quien tenga un derecho, o se le hubiera violado un derecho. En especial, parece repugnar que el consorte culpable pueda lograr la disolución del vínculo matrimonial, como un premio a su actitud ilícita y destructora de la comunidad conyugal. Esto concuerda con el principio general de las obligaciones, referido a las relaciones jurídicas patrimoniales económicas,

donde el artículo 1949 C.C. señala que la facultad de “resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para que en caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”, lo que aplicado al matrimonio, confirma que el divorcio sólo puede demandar el cónyuge inocente.

Como única excepción a lo anterior, puede señalarse lo contenido en la fracción IX del artículo 267, que presume que el cónyuge que se separó del hogar conyugal tenía causa bastante para pedir el divorcio, pero si la separación se prolonga más de un año sin demandarlo, el que obligó a separarse al cónyuge inocente tiene derecho a demandar el divorcio.

El cónyuge incapaz será representado en juicio por quien ejerza la representación legal. El emancipado tiene libre de administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad “de tutor para negocios judiciales” (Art. 643 Fc. II C.C.). La tutela a que se refiere es la dativa, atento a lo dispuesto por el artículo 499 C.C.

La acción de divorcio es una acción personalísima, lo que significa que es exclusiva de los cónyuges y ninguna otra persona puede ejercitar la acción de divorcio. Esto significa que los acreedores de los esposos no tienen acción, no obstante que tuviera interés patrimonial sobre los bienes de los cónyuges. Tampoco los herederos de los esposos tienen acción alguna para continuar el divorcio que se hubiere iniciado, pues la muerte disuelve el matrimonio y, por lo tanto, la acción se extingue.

Distinto es el caso en que uno de los cónyuges estuviere sujeto a interdicción posterior a la celebración del matrimonio. Puede acontecer que se hubiera iniciado el juicio de divorcio antes de la interdicción, en cuyo caso el tutor debe continuar el juicio en representación del enajenado. Pero puede también acontecer que no hubiere causa alguna de divorcio, se hubiere declarado interdicto a uno de ellos y el cónyuge sano diere causa de divorcio; en este caso estimo que el tutor puede iniciar y tramitar el juicio de divorcio a nombre del cónyuge enfermo, pues puede causarsele daños por la actitud ilícita del sano que, inclusive, puede repercutirle patrimonialmente. Siendo una acción personalísima, en este caso estimo el tutor puede actuar.

g) Acción.— La acción es ordinaria civil. Cuando hubieren dos demandas principales, deben acumularse mediante la excepción de conexidad (Art. 39 y 40 C.P.C.).

Es frecuente que planteada la demanda de divorcio por uno de los dos cónyuges en la que se imputan ciertos y determinados hechos al otro, éste al contestar reconvenga también el divorcio por causas que atribuye al cónyuge actor. Por ejemplo: un cónyuge intenta la acción de divorcio argumentando injurias graves, y el otro al contestar niega haberlo injuriado

pero lo acusa de sevicia. Puede suceder que ambos ofrezcan pruebas y cada uno llegue a probar su causa, de tal manera que queden probados, por un lado las injurias graves y por el otro la sevicia.

Sobre este particular hay un principio de la incompensabilidad de las causales de divorcio. Es decir, no puede excusarse o justificarse un cónyuge que injuria, argumentando malos tratos del otro y viceversa, lo que significa que no se autoriza a un cónyuge a injuriar al otro porque éste por su actitud viole los deberes y obligaciones conyugales. En ambos casos existe una actuación antijurídica o ilícita, prevista como causal de divorcio, y ambos consortes serán condenados al atribuirseles culpabilidad.

h) Rebeldía.— En términos generales, en todo proceso al haber transcurrido el término del emplazamiento sin haber sido contestada la demanda, se “hará la declaración de rebeldía sin que medie petición de parte y se abrirá el período de ofrecimiento de pruebas observando las prescripciones del título noveno”(Art. 271 C.P.C.). La misma disposición legal señala que se presumirán confesados los hechos de la demanda que se dejen por contestar. Sin embargo, en los procesos que afecten las relaciones familiares o el estado civil de las personas la demanda se entenderá contestada en sentido negativo, por lo tanto, la rebeldía que se decrete hará que se tenga por negada la demanda, debiendo, por lo tanto, la actora probar todas sus afirmaciones contenidas en los hechos.

i) Las causales deben probarse plenamente.— Precisamente por ser de orden público el matrimonio y por estar la sociedad interesada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia en este sentido. “La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por tanto, en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad”(7).

j) Pruebas.— En relación a la testimonial, en esta materia se hace excepción en cuanto a los testigos, permitiendo que puedan declarar parientes, domésticos y amigos por considerar que son los más aptos por conocer la realidad del matrimonio de los que contienden en un divorcio necesario. Existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice: “Conforme al sistema del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales y Códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, no sólo los amigos sino también los domésticos y parientes, son aptos para ser testigos, especialmente en los juicios de divorcio, porque ninguna persona como ellos puede estar más enterada de las desavenencias conyugales”(8).

k) Caducidad de la acción.— Precisamente por lo señalado en los puntos que preceden, si transcurre un determinado tiempo sin que el cónyuge inocente intente la acción de divorcio ésta caduca. La acción de divorcio debe ejercitarse “dentro de los seis meses siguientes al día en que se haya llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda” (Art. 278 C.C.) . Se confirma lo anterior por el artículo 269 C.C. que trata de la acción por causa de adulterio, en el cual se dice que “esta acción dura seis meses, contados desde que tuvo conocimiento del adulterio”.

“El término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio, es un término de caducidad y no de prescripción. Ambas son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, pero se diferencian, fundamentalmente en que, la primera es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio, la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima. En materia de divorcio, dado su carácter excepcional, porque pone fin al matrimonio, el término señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose con la incertidumbre, todos los derechos y obligaciones que forman el estado civil de matrimonio, intereses que dejan de ser de orden privado, y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el orden público. La ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio cuando la causal es un hecho, pero no cuando se trata de una causal que implica una situación permanente, porque en este último caso la causal, por su propia naturaleza, es de tractosucesivo y de realización continua, y puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo, si los hechos que motivan subsisten cuando se ejercita. Cuando la ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio, debe promoverse éste precisamente dentro de él, pues se trata de una condición necesaria para el ejercicio de la acción y la autoridad judicial no sólo está facultada, sino tiene la obligación de estudiar si la acción se ejercitó oportunamente”(9).

l) Juez competente.— En relación al juez competente, lo será el juez de lo familiar, en los términos del artículo 58 fracción II de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia de Fuero Común del Distrito Federal. En relación al territorio, el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 156 fracción XII, previene que “en los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en el caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado”.

Podría acontecer que los cónyuges no tuvieran propiamente domicilio, entonces por tratarse de una acción personal, será competente el juez del domicilio del cónyuge demandado.

m) Sentencia.— No hay divorcio sin sentencia. Debe intervenir el juez de lo familiar, y su sentencia tiene características de declaratoria y de condena.

Declara la culpabilidad de alguno de los cónyuges y, como consecuencia, la disolución del vínculo. Condena al culpable, en términos generales, a la pérdida de la patria potestad, el pago de la pensión alimenticia, a la pérdida de las donaciones hechas en consideración al otro cónyuge (Art. 286 C.C.) y al pago de daños y perjuicios.

“Finalmente, según los procesalistas modernos es el tipo de los juicios constitutivos, porque mediante él se da fin a un estado de derecho por otro por completo diferente”<sup>(10)</sup>.

Sobre este particular, debemos tener presente que el artículo 94 del Código Procesal en su segundo párrafo dice que “las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse o modificarse cuando también las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente”.

n) Sanciones.— El divorcio trae como consecuencia sanciones que se aplican al cónyuge culpable, lo que hay que tener en cuenta al entablar la demanda, a fin de comprenderlas en el mismo escrito, tomando en cuenta que las sanciones provienen de la misma causa del divorcio. El artículo 31 C.P.C. nos dice: “Cuando hay varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa, y provengan de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras”.

A reserva de estudiarlo como efecto del divorcio, señalo como sanciones previstas en nuestro Derecho las siguientes: Pérdida o suspensión de la patria potestad; alimentos al cónyuge inocente; daños y perjuicios a pagar al cónyuge inocente, devolución de donaciones hecha a favor del culpable y pérdida de los prometidos, espera de dos años para volver a casarse.

En relación a los daños y perjuicios, aún cuando éstos dependen del divorcio, es decir, de la sentencia ejecutoria que disuelva el vínculo y no se puedan cuantificar previamente, es necesario exigirlo en la misma demanda, reservándose la terminación de su cuantía en ejecución de sentencia, lo que está así considerado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: “Los artículos 85, 515, 516 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales y los Códigos Procesales de los estados de la República que tienen iguales disposiciones permiten concluir que, si el actor, en juicio que tiene por objeto principal el pago de daños y perjuicios, probó su existencia y su

derecho a ser indemnizada, pero no rindió pruebas que permitan precisar su importe ni establecer las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, la condena al pago genérico de los mismos es procedente, reservándose la determinación de su cuantía para el procedimiento de ejecución de sentencia” (11).

o) Terminación del juicio.— El juicio de divorcio puede terminar por alguna de las siguientes circunstancias: perdón, expreso o tácito del cónyuge ofendido; reconciliación de los cónyuges; desistimiento del cónyuge que no ha dado causa de divorcio; y, por último, muerte de alguno de los consortes.

En el Código Civil en los artículos 268, 279 y 280, se contienen tres de las posibilidades señaladas. En el primero, se trata del desistimiento, el segundo del perdón y el tercero de la reconciliación. No puede, ni debe confundirse el perdón con la reconciliación, y desde luego, el desistimiento es diverso al perdón y a la reconciliación. Trataremos brevemente cada uno de ellos.

El artículo 279 C.C. señala que “ninguna de las causas a las que se refiere el artículo 267 puede alegarse para pedir divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito”. El perdón es un verdadero acto jurídico familiar unilateral, por el cual el cónyuge inocente, u ofendido, perdona al agresor de los hechos o actos cometidos en su contra y que constituyen causa de divorcio. Se agrega que ni la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores” se considera perdón tácito, evitándose así una práctica viciosa.

Habrá perdón tácito, cuando habiendo la causa suficiente para el divorcio, el cónyuge se reintegra a la vida conyugal, pues de su actuación se desprende el perdón al otro. Sin embargo, si no hubo separación, “la simple convivencia de los cónyuges con posterioridad a la comisión de la injuria, que dieron causa a una demanda de divorcio, no constituye perdón tácito de las mismas, porque la circunstancia de que el cónyuge inocente siga viviendo en el domicilio conyugal y cumpliendo con las obligaciones que la ley le impone en relación a su hogar e hijos, no implica la existencia del perdón que debe entenderse como una manifestación de voluntad que denote un estado de ánimo favorable al completo olvido de las injurias” (12).

Habiendo perdón, si se descubre o se produce otra causa, puede invocarse en un diverso juicio de divorcio, lo mismo si se repite el acto perdonado, el nuevo podrá ser materia de un juicio diverso de divorcio.

En cuanto a la reconciliación, también significa un verdadero acto jurídico familiar, pero es bilateral. Ambos cónyuges se reconcilian, y así lo previene el artículo 280 al decir que “la reconciliación de los cónyuges

pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre”.

La reconciliación puede ser también antes del juicio. Si se inicia éste, la reconciliación lo termina. Es distinta la tolerancia entre cónyuges a la reconciliación.

La reconciliación también puede ser expresa o tácita, y surte efectos aún cuando se omita comunicarla al Juez. Desde luego, la cohabitación se entiende como reconciliación.

También como principio relacionado con la terminación del divorcio el cónyuge actor puede desistirse de la acción o de la demanda, pero deberá hacerlo con la conformidad del demandado, pues de lo contrario da causa para que éste pida el divorcio al amparo del artículo 268 C.C.

Al perdón también se refiere el artículo 281 C.C. Este artículo fue reformado en 1983. La redacción original no hablaba de perdón, sino que con mejor técnica señalaba que el “cónyuge que no haya dado causa al divorcio, puede antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él”. En la redacción actual se substituyó el concepto “prescindir” por el “otorgar el perdón respectivo”, lo que me parece un cambio (remiendo) desafortunado.

Al perdón se refiere el artículo 279 que impide iniciar juicio de divorcio si hay perdón. Pero iniciado el juicio, lo que procede en términos del artículo 281 C.C. debió haber hecho mención de la reconciliación, y ésta, jurídicamente, se logra mediante el desistimiento de la acción. El prescindir de los derechos, significaba desistimiento, el que debe hacerse de conformidad con el demandado. Por lo tanto, estimo que el artículo 281 C.C. hay que entenderlo como un caso de desistimiento, desde luego, ésto no será posible sin que medie el perdón. En este caso se supone que el cónyuge inocente se desiste de la acción, y en el mismo juicio en que se tramita el divorcio exige al culpable se reuna con él. Puede suceder que no obtenga que el culpable se reuna con él y ya no pueda continuar el juicio por haberse desistido. Por lo tanto, en estos casos el fin del litigio debe estar condicionado al retorno del culpable a la convivencia conyugal.

Por último, también la muerte termina el juicio de divorcio. Esto significa, como ya expresé, que el juicio no puede ser continuado por sus herederos o acreedores aunque aleguen interés patrimonial. (Art. 290 C.C.).

## II.— La nueva causal

Esta consiste en la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

No hay antecedentes en los Códigos Civiles de 1870 y 1884. Tampoco se hace mención de causa semejante en la Ley Sobre Relaciones Familiares. Como antecedentes nacionales, encontramos causa semejante en los Códigos Civiles de los Estados de Sonora y Zacatecas en los que se establece como causal de divorcio "la separación del hogar conyugal por desavenencia entre los cónyuges, si se prolonga por más de un año, cualquiera de ellos puede pedir el divorcio" (Arts. 357 Fc. IX y 425 Fc. VIII).

A diferencia de la causal que se estudia, debe destacarse que en ambos códigos estatales, además de la separación del hogar conyugal, establecen como elemento de la causal la "desavenencia entre los cónyuges". Es decir, no basta la simple separación como aparece en la fracción que analizamos. Parece haber más congruencia en ambos códigos estatales por la importancia del matrimonio y su necesaria protección.

Esta causa es de reciente creación y sorpresivamente apareció en las reformas al Código Civil publicadas en el Diario Oficial del 27 de diciembre de 1983. Digo sorpresivamente, porque en la iniciativa que el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión no se mencionaba; alguien en el Congreso concluyó esta extraña, inmoral y desestabilizadora causal.

Esta causal la estudiaré desde tres puntos de vista: Comparándola en otras que tratan también de casos de separación. Analizando su contenido desde el punto de vista jurídico y moral, sobre todo para detectar si se respeta el principio de protección y promoción del matrimonio como institución permanente. Por último, su aplicación procurando evitar la destrucción y desestabilización del matrimonio.

a) Estudio comparativo de las causales.— Dentro de las causas contenidas en el artículo 267 actualmente hay tres que se refieren a la separación de los cónyuges. Para el debido estudio hago una transcripción literal de ellas y dicen:

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

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

"XVIII.— La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos".

Comparándolas podemos observar semejanza y diferencias. Como semejanza está el hecho que las tres tratan de la separación de alguno de los consortes. Como diferencias, las dos primeras señalan que la separación es de la casa conyugal, de donde surge la primera interrogante: ¿la separación no toma en cuenta el hogar conyugal?; ¿separación de dónde?; ¿es sólo

por el hecho de no vivir juntos, sin que nadie deba permanecer en la casa u hogar conyugal?. En las dos primeras existe, además de la separación, la causa que genera el hecho ilícito, en la primera la separación es injustificada, en la segunda es justificada la separación pero la causal se da al no demandar dentro del año de la separación, mientras que en la tercera, al señalar que la separación es “independientemente el motivo”, permite que por cualquier causa justa o injusta se pueda destruir el matrimonio demandando el divorcio correspondiente. Simplemente cuando algún consorte tenga que trasladarse a otro lugar por necesidades de trabajo, de salud, por motivo del servicio exterior, etc., o bien porque internamente hubieren convenido en una separación, por el simple transcurso del tiempo, sin ninguna otra característica, se hace procedente el divorcio.

Es de observarse, comparando la nueva causal con las de los códigos de Sonora y Zacatecas, que áquellas hacen referencia a lo verdaderamente importante que debe tomarse en cuenta en caso de divorcio, que es la desavenencia entre los cónyuges, porque no toda separación significa o implica una destrucción de la convivencia conyugal. Suponer que toda separación significa como causa objetiva que hay una desintegración o desavenencia conyugal, es llevar esta causal a extremos no deseables, profundamente desintegradores e inmorales.

Dentro de las causales existentes que hacen referencia a la separación, dos contemplan a uno de los cónyuges como culpable. La prevista en la Fc. VIII trata de la separación del hogar conyugal sin causa justificada, es decir, la separación maliciosa que rompe la convivencia conyugal, señalando como culpable al que se separa. La segunda trata también de la separación conyugal y genera una causa en favor del culpable si el inocente no demanda oportunamente el divorcio, para evitar una situación de incertidumbre. En ambas causales existe un culpable. En la primera es el que se separa sin causa justificada; en la segunda, habiendo causa justificada de separación y fundamento bastante para pedir el divorcio, la inactividad genera un derecho en favor del culpable, cambiándose los papeles. Pero la tercera causal de separación es distinta a las señaladas. No puede aceptarse que sea una repetición de alguna de ellas. La causal consiste en la separación, independientemente de que exista o no culpable e independientemente de que exista o no convivencia conyugal. Es una causa objetiva que produce el divorcio. Sólo el hecho de la separación es suficiente cuando ésta dura más de dos años.

b) Repudio.— En nuestro Derecho con esta causal se establece el divorcio unilateral al permitir que cualquiera de los cónyuges, “independientemente del motivo”, demande el divorcio al haber transcurrido más de dos años de la separación, no obstante que el otro consorte no deseara el

divorcio. Prácticamente se legaliza el repudio, con grave peligro para la integración conyugal y familiar. Fácilmente sólo por el transcurso del tiempo, puede unilateralmente terminarse el matrimonio. Son impredecibles las graves consecuencias que pueden acarrear. Si el divorcio por mutuo consentimiento es de suyo grave, como pretender proteger al matrimonio y a la familia, si basta el deseo de uno de los consortes para extinguir el matrimonio.

Con ésto se rompe el principio general que dice que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse a arbitrio de uno de los contratantes (Art. 1797 C.C.) que traducido el matrimonio, significa que ninguno de los consortes unilateralmente puede disolver el matrimonio. Ya observamos que las instituciones familiares son permanentes. Referido al matrimonio, también la permanencia es una característica de él. Confirma la permanencia la necesaria presencia del funcionario oficial para la constitución y disolución de la institución; en el matrimonio, su celebración requiere la declaración del juez del Registro Civil y su disolución, aún habiendo convenio entre consortes requiere la declaración del juez del registro civil en el administrativo, o del juez de lo familiar en el divorcio voluntario judicial, y, con mayor razón, cuando hay un conflicto entre consortes, el cual deberá resolverse por sentencia judicial.

Debe respetarse y salvaguardarse este principio. El cumplimiento de las obligaciones, en concreto cumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales y la permanencia del matrimonio, no puede dejarse al arbitrio de uno de los consortes.

c) Actuación judicial.— Esta extraña causal deja al juez en mero papel de cronometrista. Debe sólo comprobar el transcurso de más de dos años desde la separación, para que, necesariamente, independientemente de que se acredite culpa o no, que exista justificación o no en la separación, que exista una familia que se destruye, deba decretar el divorcio, aún cuando de los hechos o elementos de juicio que se le aportaron se deduzca la necesaria protección del matrimonio.

Puede darse el caso de que uno de los consortes esté luchando por la continuidad del matrimonio, no sólo en beneficio propio sino también en protección y ayuda de los hijos. Basta que el otro, que puede ser el culpable se separe, para que éste mismo pueda unilateralmente destruir la familia sin que el juez o autoridad alguna pueda acudir en auxilio de quien busca la permanencia de la institución, que es la base y fundamento de una sociedad bien integrada.

d) Rompe el principio de limitación de causa.— La frase “independientemente del motivo” no puede interpretarse en el sentido que en esta causal quepan, o pueda hacerse valer, situaciones conyugales o familiares

previstas en las otras causales; es decir, si alguno de los consortes se coloca dentro de una causal prevista en el artículo 267, sólo por esa causal puede demandarse el divorcio, sin ser posible que por analogía o mayoría razón se pueda tener como compendida o resumida en esta fracción que se comenta. No puede ser una síntesis de todas las causales. Si se invoca la causal que prevee la situación de hecho generada por el cónyuge culpable no podrá invocarse la que se estudia, porque es de estricta aplicación cada una. ¿Cómo entender la estricta aplicación de esta causal? En primer término, que sólo puede invocarla un cónyuge no culpable; no se establece en beneficio de los culpables para destrozamiento matrimonios. Ya expresamos con anterioridad que la acción de divorcio se da al consorte inocente, respetando el principio jurídico de que el culpable no puede generar la disolución del matrimonio. En segundo término, será para solucionar situaciones de indefinición: ¿Están o no casados?. En tercer lugar, nunca un cónyuge culpable debe intentar esta causal; debe ser suficiente para que no prospere, que el demandado señale que el actor se encuentra, o se encontraba, dentro de uno de los supuestos previstos en las otras causales de divorcio.

e) **Contra la permanencia del matrimonio.**— Esta causal viola el principio consagrado en la Constitución de promoción y protección a la familia y al matrimonio. El artículo 4 después de hablar de la igualdad ante la ley del varón y la mujer, señala que “ésta (la ley) protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. Aquí se encuentra una nota característica de la legislación familiar. Además de ser reguladora de las relaciones conyugales y familiares, corresponde al Estado y a la ley proteger y desarrollar a la familia, y, consecuentemente, al matrimonio, lo que implica la existencia de normas protectoras y promotoras dentro del derecho de familia.

Este divorcio unilateral o repudio, es desintegrador de la familia y del matrimonio. Abre la puerta al egoísmo y al hedonismo en perjuicio de la familia y cónyuges. Como consecuencia propicia el debilitamiento del país, al facilitar la desintegración conyugal y familiar.

f) **Resolver situaciones inciertas.**— Se pretende que con esta causal se resolverán jurídicamente situaciones inciertas. Las relaciones humanas y las relaciones jurídicas requieren de certeza y toda incertidumbre de resolverse. Si se invoca como fundamento de esta causal que servirá para resolver situaciones de incertidumbre conyugales, en la exposición de motivos del decreto debieron de haberse dado los fundamentos y estadísticas en que se basaron. Es decir, señalar por que se estima perjudicial para alguno de los consortes no quedar libre por el sólo transcurso del tiempo. Podría pretenderse que con ello se resuelven situaciones por las cuales uno de ellos (normalmente la mujer) niega al otro el divorcio voluntario, y como

el que se separa es culpable no puede invocar ninguna causal para resolver su situación y desligarse del consorte para vivir tranquila y legalmente. ¿Es ésta la manera de resolver una situación? o bien, ¿se pretende permitir que el cónyuge culpable conserve su situación en perjuicio de quien lucha por la integración del matrimonio?. No es posible aceptar que en el matrimonio existan situaciones de incertidumbre. Solamente pueden señalarse los casos de ausencia o presunción de muerte, pero en los demás casos la separación se origina por alguna causa que produce como efecto la separación; esa causa es la que debe ser considerada en la resolución judicial. Señalar como causa la separación cuando la separación es el efecto, es alterar la lógica de los acontecimientos y violentar el orden jurídico. Las causas producen los efectos. En el divorcio, las causas son los actos ilícitos cometidos por un consorte en perjuicio del otro (o de los hijos), o los casos de enfermedad o presunción de muerte, que generan el divorcio sanción o el divorcio remedio. Las causas podrán ser los golpes, las injurias, amenazas, o actos de perversión en contra del consorte o los hijos, etc. Basarse en los efectos con independencia de las causas, pueden generarse situaciones de injusticia no tolerables para el Derecho que tiene como fin lograr la justicia, la igualdad y el bien común.

Claramente se ve la vinculación de causa a efecto en las dos primeras causales que tratan de separación, donde se señala la separación como efecto de la actitud maliciosa de uno de los cónyuges o la negligencia del otro al no demandar oportunamente el divorcio. En la tercera el legislador omite la causa que produce la separación pretendiendo con eso resolver situaciones inciertas, y lo único que logra es generar situaciones de desequilibrio y desintegración. Por el mero hecho de la separación no existe situación incierta. La separación es consecuencia de algo y de alguien. Hay una causa y alguien que la genera en las relaciones familiares y conyugales.

g) Aplicación a casos concretos.— Como no es posible esperar que el Congreso de la Unión rectifique, corresponde a la doctrina y principalmente a los tribunales, remediar este absurdo mediante una recta interpretación que responda a criterios morales fundamentales en materia matrimonial, que respalden la deseada moralidad de la sociedad, que respete al matrimonio como fuente legal y moral de constituir una familia, y que sujete la causal a límites bien definidos impidiendo la generalidad con que está presentada. No es posible aceptar, ni humana ni jurídicamente, que “independientemente del motivo” un cónyuge pueda “divorciar al otro”, y que el juez se limite a tomar el tiempo transcurrido de la separación. ¿Cómo queda la protección del matrimonio? ¿Dónde el arbitrio judicial para calificar las graves causas que deben dar lugar al divorcio?. Debe

necesariamente en beneficio del país, de las familias y del matrimonio limitarse el alcance.

Confirmando lo ya dicho anteriormente, sólo puede invocar esta causal el cónyuge no culpable. Está el principio contenido en el artículo 278 C.C. antes citado: sólo el inocente puede demandar el divorcio. Por lo tanto, esta causal sólo podrá invocarse cuando hubiera una separación no culposa para resolver una situación de incertidumbre.

Debemos tomar en cuenta que en esta causal no debe existir cónyuge culpable. Dentro de las causales previstas en el artículo 267 C.C. existen algunas que hacen referencia al divorcio sanción, al haber culpa de alguno de los cónyuges, y otras que se refieren a causas objetivas consistentes en la ruptura de la comunidad conyugal, es decir, el divorcio remedio, como son las causales de las enfermedades (VI), la enajenación mental incurable (VII), la declaración de ausencia legalmente hecha y la presunción de muerte (X) y, por último, la que se analiza que contiene como supuesta la separación de los cónyuges, que significa un rompimiento sin culpa de alguno de la convivencia conyugal. En estas causas se ve "en el divorcio un remedio de liberar a alguno de los esposos del lazo conyugal, tan pronto como no pueda alcanzar ya el fin del matrimonio, aunque no haya ninguna culpa por parte del otro cónyuge"<sup>(13)</sup>. A diferencia de las otras causales que tratan de la separación, en ésta no se hace referencia al hogar conyugal. Por lo tanto, el cónyuge que demande no debe probar que sigue habitando en el domicilio conyugal, pues no se exige como presupuesto de la acción. Debe probarse sólo la existencia del matrimonio, con el acta correspondiente y la separación de los consortes por más de dos años. Esto permite que los cónyuges vivan en domicilios separados y ninguno se considere como hogar conyugal, lo que robustece más la explicación de que se trate de una causal que se basa en la ruptura de la vida común, que no requiere como consecuencia la existencia del hogar conyugal.

Agrega la fracción que se comenta que la separación será "independientemente del motivo que haya originado la separación". Desde luego, se excluyen todos los motivos que se tuvieran derivadas de las causales previstas en las fracciones VII y IX del artículo 267, pues no se pueden comprender dentro de éstas las mismas razones o motivos de aquellas separaciones. Por lo tanto, en esta separación no habrá culpa de ninguno de los cónyuges, a diferencia de las anteriores.

Puede originar esta causal un convenio suscrito entre consortes por el cual se separen voluntariamente. Pero excluidas con motivo de la separación cualquiera de las otras causales previstas en el artículo 267. Es decir, podrá darse el caso que hubiere una separación por adulterio de alguno de los cónyuges. Estimo que por ser una causal específicamente prevista en la

fracción I, no puede ser esa situación motivo para invocar como causal la separación de los cónyuges por más de dos años, pues si el consorte invoca una causal equivocada no prosperará el divorcio. Es decir, dentro de esta última fracción quedan excluidas necesariamente cualquier otra de las causales previstas en el artículo 267, pues de lo contrario sería tanto como comprender dentro de esta última todas las anteriores lo que va en contra de cualquier técnica jurídica.

### III.— Problema de la retroactividad de la nueva causal de divorcio

Entre la Constitución de 1857 y la vigente existe un evidente cambio en la redacción de esta garantía constitucional. La Constitución anterior prevenía que “la ley no podía ser retroactiva en perjuicio de persona alguna”. El artículo 14 de la vigente señala que “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Este cambio indica que puede haber leyes retroactivas, pero que no podrán aplicarse cuando se cause perjuicio a persona alguna.

En el Diario Oficial del 27 de diciembre de 1983 se publica la nueva causal de divorcio que hace operante éste por la simple separación por más de dos años. ¿A partir de cuándo debe contarse el plazo de la separación?. Caben dos posibilidades: La primera es que el plazo se cuente a partir de la fecha en que los consortes viven separados, independientemente de que estuviere vigente o no la causal prevista en el Código. La segunda posibilidad es que el plazo principie a contarse a partir de la vigencia de la nueva disposición (noventa días después de su publicación). El primer caso acepta la aplicación retroactiva de la disposición, no así en el segundo.

Como argumentación en favor de la aplicación retroactiva puede señalarse que la separación ya se había dado; por consecuencia, ninguno de los consortes puede resultar perjudicado, puesto que de hecho se había roto la convivencia conyugal. Esta interpretación supone que no hay culpa en ninguno de los cónyuges, lo cual pudiendo ser cierto, es una situación de excepción, porque generalmente la ruptura conyugal se debe a la culpa o enfermedad de alguno de ellos.

Aún cuando es evidente que todo rompimiento conyugal hace directa o indirectamente responsables a ambos consortes, jurídicamente la actitud culpable prevista en alguna de las causales no puede aplicarse a ambos, y es el inocente el que de acuerdo con la doctrina generalmente aceptada tiene la posibilidad de ejercer la acción de divorcio correspondiente. El hecho que el inocente no haya querido ejercer su acción y hubieren transcurrido más de dos años de separación indica que éste tiene algún motivo o razón para no invocarla, que puede ser: la búsqueda de una nueva integra-

ción; especie de venganza o castigo al culpable; o respeto a los principios religiosos que reclaman la indisolubilidad del matrimonio; etcétera. Si el término de la nueva causal se computa a partir de la separación y no a partir de su vigencia, se estaría obrando hacia el pasado, afectando al consorte que no ha querido ejercer su acción (independiente de sus razones), afectándolo por una disolución conyugal no buscada siendo inocente.

Adicionalmente a los efectos en perjuicio del consorte inocente, está el reconocimiento evidente de que el matrimonio es de interés social. La sociedad y el Estado están interesados en su permanencia. Se ha procurado que sólo por causas graves sea posible su disolución. La existencia del divorcio no significa la disolubilidad del matrimonio o la falta de permanencia, sino un remedio a situaciones graves en detrimento de los consortes o de los hijos. Por lo tanto, la sociedad y el Estado se ven afectados por la aplicación retroactiva de la ley.

Ahora bien, ¿qué criterio debe seguirse en este caso para determinar si puede o no aplicarse retroactivamente? El problema de la aplicación de la ley en el tiempo es de difícil solución.

Se han elaborado diversas teorías, que van desde la teoría tradicional, la clásica, la doctrina italiana, la doctrina de Bonnecase, hasta las doctrinas de Roubier y Planiol que nos van dando como elementos de juicio lo relativo a los derechos adquiridos y la expectativa en la doctrina tradicional; las facultades ejercidas y las facultades legales en la doctrina clásica; las situaciones jurídicas en curso por un lado, y las consecuencias aún no realizadas por el otro, en Roubier y Planiol.

Todas las teorías tienen algún elemento que nos permite aclarar la situación.

En nuestra legislación no existe una norma que nos indique cuando puede establecerse la retroactividad de una ley. Solamente existe la declaración del artículo 14 Constitucional que reproduce el artículo 5 del Código Civil. Los artículos transitorios del Código Civil nos permiten detectar a cual doctrina se apega el legislador mexicano. El artículo primero previene que el Código “comenzará a regir a partir del 1o de octubre de 1932”, y el segundo señala que sus disposiciones regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores a su vigencia, si con su aplicación no se violan “derechos adquiridos”. Parece que el legislador se apoya en la teoría tradicional, y, en alguna forma también en lo sostenido por Bonnecase, que trata sobre situaciones abstractas y concretas, refiriéndose a las concretas como la objetivación de la norma por virtud de un acto o de un hecho jurídico y la abstracta como la manera de ser eventual o teórica de cada uno. A los “derechos adquiridos” también hace referencia los artículos 2171 y 2205

del mismo Código, que robustecen la opinión de que esa fue la teoría seguida.

Lo anterior ha sido aceptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ejecutoria de la Quinta Epoca, Tomo L, Página 878, Amparo Civil Directo 5250/35 "Inversiones Prediales, S.A. y Cuagraviados", 4 de noviembre de 1936.

Debemos tomar en cuenta que el matrimonio existe. Hay una relación jurídica dañada, pero la relación jurídica permanece, por lo tanto, produce efectos. Se trata de un estado jurídico que mientras exista va produciendo efectos; es de tracto sucesivo, lo que significa que hay derechos adquiridos.

La nueva causal se refiere a situaciones no previstas anteriormente. Por lo tanto, el acto generador del divorcio, que consiste en la separación por más de dos años, tiene dos elementos: el acto humano de la separación y el transcurso del tiempo. El acto de la separación no es suficiente, ésta, la separación, debe durar más de dos años y el inicio del cómputo se debe hacer a partir de la vigencia de la nueva ley. Aún cuando el acto de separación se haya dado antes de la vigencia de la causal, ésta no puede afectar las situaciones jurídicas ya vividas por los cónyuges. Por tratarse de acto de tracto sucesivo existen deberes, derechos y obligaciones que se consumaron (aún cuando también hubo incumplimiento: la separación); existen también situaciones jurídicas que se están viviendo por los consortes; y éstos tienen, también, legítimas expectativas. La separación que implica el incumplimiento de la convivencia conyugal, no origina, necesariamente, el incumplimiento de los otros deberes y obligaciones conyugales.

Lo que cuida el principio de la no aplicación retroactiva son los derechos adquiridos. También está el principio de seguridad y estabilidad social especialmente considerado en el caso del matrimonio. La causal se aplica a los que se colocan en esa situación de separación al estar vigente la norma, no a los que ya estaban colocados, porque sería tanto como juzgar los actos pasados a la luz de una norma presente y darles efectos que no tenían.

Cuando el tiempo o parte del tiempo señalado en la nueva causal transcurrió bajo el imperio de la ley anterior, no puede la nueva afectar y hacer válido el cómputo, cuando tal supuesto no se había dado. Durante el pasado matrimonio produjo efectos jurídicos, si se quiere limitados, pero los produjo al cónyuge inocente o ambos cónyuges en caso de que no hubiere culpable, y se produjo también en favor de los hijos de ambos. Hay derechos adquiridos por tratarse de un estado jurídico, es decir, una convivencia conyugal que ha estado produciendo efectos.

Adicionalmente se trata de una causa, es decir, de una actitud humana, que produce la disolución del vínculo cuando es solicitada por alguno de los consortes. Haciendo referencia al matrimonio como acto jurídico y como estado jurídico conyugal, nos encontramos con una nueva causa de "rescisión" (divorcio) del acto jurídico que no puede ser considerada como un derecho adquirido por el cónyuge que demande el divorcio, puesto que la ley no la prevenía como posible antes de diciembre de 1938. Se trata de un acto (la separación) que rompe una relación jurídica, consecuentemente, sólo a partir del momento en que esa causal está vigente puede hacerse aplicable y no operar hacia el pasado. Antes no era causal; si no lo era, no puede computarse en el tiempo cuando no existía. Hay una imposibilidad lógica y jurídica. No es posible que un acto jurídico que ha estado produciendo sus efectos se le aplique retroactivamente un motivo de rescisión (causal de divorcio) que antes no era contemplado en la norma. Si no existía, sólo a partir del momento de su existencia puede operar la nueva causal.

### III.— Práctica forense

Habiendo comentado esta causal con algunos abogados litigantes y jueces de lo familiar, se puede dividir la experiencia habida en dos grandes grupos: la nueva causal se aprovecha en lugar del divorcio voluntario; y la nueva causal se utiliza en sustitución o en lugar de la causal verdadera.

En ambos casos suponemos la existencia de hijos. Es independiente que el régimen de bienes fuera de sociedad conyugal o separación de bienes. No se trata caso alguno en el que no hubiere hijos, pues existen disposiciones muy claras en el divorcio administrativo para esos casos.

En el primer supuesto, es decir, el uso de esta nueva causal en sustitución del divorcio voluntario judicial se presentan algunos aspectos que conviene analizar.

Destacó que se encontró una forma de incumplir o violar lo que la ley dispone en los casos de divorcio voluntario judicial. El artículo 273 C.C. previene claramente que en el convenio que se presente al juzgado se cuidará lo siguiente: lo relativo a los hijos habidos en el matrimonio, designando a la persona a quien deberán ser confiados, tanto durante el proceso como después de ejecutoriada el divorcio. Los alimentos que deben darse a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriada el divorcio y también los alimentos que deben darse a uno de los cónyuges; en ambos supuestos debe asegurarse el pago mediante alguna garantía que debe otorgarse. Deben señalarse las casas que servirán de habitación a los consortes. Por último, debe ser materia del convenio la forma como se

administraran los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y todo lo relativo a la disolución de la sociedad conyugal.

Se inicia la práctica de utilizar la nueva causal en lugar del divorcio voluntario judicial. Simplemente, puestos de acuerdo ambos consortes, uno de ellos demanda al otro invocando la separación por más de dos años. El actor cuando mucho señala en su demanda a cargo de quien quedarán los menores hijos (normalmente con la mujer); no se trata de nada sobre la forma y manera como se ejercerá la custodia y el derecho de visita que tendrá el otro progenitor. No se trata nada sobre los alimentos, ni su garantía. Se concreta en el proceso a lograr el divorcio, sin importar la suerte de los hijos, ni lo relativo a las visitas que puede hacer el progenitor que no conserva la custodia, sin determinar pensión alimenticia ni su garantía. Lo único que importa es el divorcio.

Se logra, mediante esta práctica, burlar la protección que el artículo 273 antes comentado establece en favor de los consortes, sus hijos y sus bienes. El artículo citado procura que las pasiones y conflictos serios que originara el divorcio no dañen a los hijos en personal y en su alimentación; en segundo término que no se causen daño entre sí los cónyuges; y en tercero que resuelvan equitativamente lo relativo a los bienes conyugales. Es decir, esta causal abre una puerta en perjuicio de los hijos y del cónyuge débil (pues en todo divorcio siempre hay una parte débil que se somete y acepta) y hace nulas las garantías que el legislador estableció en beneficio de hijos y cónyuges. El divorcio voluntario judicial tiende a desaparecer, pues es más barato y fácil el empleo de la nueva causal. Más barato, porque no se requiere comprometerse a pagar la pensión alimenticia en favor de uno de los cónyuges y de los hijos, ni garantizarlos; el cónyuge débil no tiene la posibilidad de buscar una mejor posición económica y personal, que se logra a través del divorcio judicial voluntario, porque interviene el Ministerio Público que vigila la equidad en el convenio; no así en el divorcio contencioso en el cual el Ministerio Público no tiene la intervención.

¿Qué decir respecto de una nueva norma jurídica que permite la violación de los derechos de los cónyuges e hijos, y burlar disposiciones legales contenidas en el mismo Código?. La cuidadosa reglamentación del divorcio voluntario judicial (sin aceptar de por sí su bondad o convivencia) se ve destruida por la aplicación de la nueva causal. Cuando una norma jurídica tiene efectos nocivos sobre una institución, significa lo poco afortunada de su concepción y aprobación. Es dañina en lugar de promotora de la institución matrimonial, pues no sólo genera una nueva causal que desborda a las anteriores causales, sino que destruye la regla-

mentación del divorcio voluntario judicial. Es dañina para la comunidad y para el matrimonio.

Adicionalmente se observa el peligro de que las otras causales vayan a quedar en desuso, si se les sigue dando con la amplitud que se le está tratando en los medios judiciales.

Se plantea como una causal que no culpa a alguno de los consortes (aún cuando hubiere culpa y ésta fuere grave e imputable a alguno de ellos). Para facilitar el proceso y en perjuicio de la parte débil en relación conyugal, se están presentando demandas con base en esta causal, sin decidir lo relativo a la patria potestad y custodia de los menores, ni plantear tampoco la solución sobre la pensión alimenticia y su aseguramiento. Basta citar la separación por más de dos años para demandar el divorcio, sin aclarar ni solicitar resolución judicial sobre los conflictos relacionados con los hijos, bienes y alimentos.

Se abre una ancha vía para la desintegración conyugal y familiar. No se pretende combatir el divorcio prohibiéndolo; la integración conyugal debe fomentarse mediante actos positivos que favorezcan la convivencia familiar y conyugal, y con el reconocimiento de las parejas que la integración familiar es una labor permanente, en ocasiones difícil, pero que es necesario lograr en beneficio de los propios cónyuges, sus hijos, la comunidad y del país en general. Pero no sólo a través de actos o medidas positivas se debe lograr la promoción del matrimonio, sino que también el legislador tiene la obligación de protegerlo, evitando normas que faciliten en extremo la desintegración conyugal, como en la causal que se estudia.

Se observa desconocimiento de las autoridades judiciales en relación a esta nueva causal. En algunas sentencias de primera instancia se condena a los que fueron cónyuges a no volverse a casar sino después de dos años, contado a partir de que se decretó el divorcio, con base en el artículo 298 C.C., lo que enmienda en la sentencia de segunda instancia, al reconocer que en estos casos no hay culpabilidad de ninguno de los contendientes en el juicio, lo que en la práctica viene a confirmarse lo dicho ya al estudiarse esta causal, en el sentido de que la misma debe proceder sólo cuando no puede imputarse culpa a alguno de los consortes.

También se ha observado que al otorgar la custodia a alguno de los progenitores se declare la pérdida de la patria potestad al otro, lo que tampoco parece procedente, puesto que si no se imputa culpa alguna al cónyuge progenitor no es posible decretar la pérdida de la patria potestad. Esto fue corregido también en sentencia de segunda instancia.

Es necesario observar que si en las demandas no se trata sobre la pensión alimenticia, la sentencia debe contener en algún punto resolutivo algo sobre ella y fijar en favor de las menores una pensión alimenticia con cargo

a los progenitores, cuya cuantía deberá ser precisada en ejecución de sentencia. Es decir, en estos casos, aún cuando las partes no hagan referencia alguna a la pensión alimenticia, patria potestad y custodia, el juez de oficio debe decidir sobre estas situaciones, porque todos los problemas inherentes a las familias se consideran de orden público (Art. 940 C.P.C.) y el juez de lo familiar está facultado para intervenir inclusive de oficio en asuntos que afectan a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarlos y a protegerlos (Art. 941 C.P.C.).

## CONCLUSIONES

- 1.— La nueva causal es distinta a las otras consignadas en el artículo 267. Deben respetarse los principios de limitación de causas, del divorcio como excepción y el que señala que cada causal tiene carácter autónomo por lo que no pueden involucrarse unas en otras.
- 2.— La nueva causal debe limitarse para resolver situaciones “inciertas”. Sólo puede ser invocada cuando no exista culpa en alguno de los consortes. Esto debe entenderse, en el sentido de que no queden involucrados dentro de alguna otra causal. Por lo tanto, el actor y el demandado deben reputarse como inocentes, aún cuando de hecho (no jurídicamente) ambos fueren responsables del rompimiento conyugal.
- 3.— Esta nueva causal tiene dos elementos: el acto humano de la separación y el transcurso del tiempo. Como no hace referencia al hogar o casa conyugal, basta con afirmar la separación sin decir de donde se separaron los cónyuges.
- 4.— Como se trata de una causal que supone a ambos consortes inocentes, no procede la aplicación del artículo 288 del Código Civil. Por lo tanto:
  - a) No procede condenar al pago de alimentos en favor del cónyuge inocente; al no haber culpable;
  - b) No habrá posibilidad de condena de daños y perjuicios; al no haber culpable, ninguno de ellos deberá responder como autor de un hecho ilícito;
  - c) No habrá lugar tampoco a la devolución de las donaciones como resultado de la culpa; pero si podrán lograrse la devolución de ellas, cuando así se solicite por el donante y “exista causa justificada para ello a juicio del juez” (Art. 233 C.C.)
  - d) No habrá lugar a condenarlos a esperar dos años para volver a casarse. Lo que si deberá comprenderse en la sentencia es lo relativo a la pensión alimentaria en favor de los hijos, de la cual son responsables ambos progenitores. Debe resolverse necesariamente sobre la custodia de los

menores, conservando ambos padres la patria potestad. Se debe tomar en cuenta que la custodia significa que el progenitor que la tenga puede decidir todo lo relativo a la persona, bienes, educación, atención hospitalaria, etc. del menor; al otro se le debe limitar el ejercicio de la patria potestad, sólo para intervenir cuando se afecte gravemente a la persona o bienes del menor.

- 5.— Como una excepción al principio de la no retroactividad, está el caso en que ambos cónyuges, como actor y demandado, acepten la aplicación de la causal, y no se excepcionen por la aplicación retroactiva. Esto significa que a ninguno se les causa perjuicio.