

EL DIVORCIO EN ITALIA: INVITACIÓN A UNA REFLEXIÓN

Alicia Elena PÉREZ DUARTE y N.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aproximación histórica*. III. *El divorcio*.
1. *La Ley número 898 del 1º de diciembre de 1970*. 2. *Consideraciones doctrinales*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En forma reiterada hemos sostenido que la mejor forma de estudiar y entender el llamado derecho de familia es utilizando como eje de dirección, como punto de partida, a la naturaleza humana de tal suerte que las causas y efectos de una relación familiar no se explican sólo por el derecho y en el derecho sino por la dinámica misma del grupo familiar en su interior y por las condiciones socioeconómicas del medio en donde éste interactúa.

En este contexto, el estudio de las normas de otros países nos permite establecer una distancia desde la cual podemos observar con mayor objetividad y precisión nuestro propio entorno a fin de evaluar la eficacia de las normas que rigen en nuestro país este tipo de relaciones y, en su caso, proponer alternativas más acordes con nuestra realidad.

Esta distancia es de mayor utilidad cuando se pone en el microscopio de las observaciones a la pareja humana y a las instituciones que organizan sus relaciones sociales trascendentes para el derecho.

Ya en otra ocasión¹ analizamos la institución del matrimonio y llegamos entre otras, a la conclusión de que es una institución muy rígida que está ahogando las formas sanas y espontáneas de relación entre un hombre y una mujer; que dicha rigidez no es provocada exclusivamente por la norma jurídica pues el acondicionamiento socio-cultural ha hecho también su parte toda vez que impulsa al hombre a exigir absolutos en sus relaciones siendo que el ser humano, por su propia

¹ Pérez Duarte y N., Alicia Elena, "Los fines del matrimonio". *Anuario Jurídico*, México, XIII, 1986.

complejidad, no lo puede ofrecer y, además, lo hace responder a las expectativas que la sociedad tiene más por inercia histórica que por necesidades reales.

En aquella ocasión sostuvimos, y hoy hacemos hincapié en ello, que el legislador mexicano debería reestructurar la institución del matrimonio a fin de abrir espacios con nuevas alternativas para el establecimiento de relaciones maduras entre los individuos; relaciones que permitan el crecimiento, desarrollo y plenitud del hombre y la mujer implicados en ellas.

Entonces hicimos referencia básicamente al matrimonio, hoy, y aprovechando la distancia que se establece al hablar de otro país, nos referiremos al divorcio pues si queremos fortalecer aquella institución debemos pensar también en soluciones para ésta última; soluciones que deberán participar de la tendencia educativa de aquella.

¿Por qué elegimos Italia? Precisamente por ser un país en donde el matrimonio-sacramento tiene efectos civiles lo cual nos presenta una rigidez característica que ha ido cediendo poco a poco ante las necesidades y las demandas de una sociedad en la que los principios de la tradición judeo-cristiana han perdido vigor a pesar de los esfuerzos de la Iglesia Católica para evitarlo.

II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Podemos identificar, sin duda, a la institución del matrimonio como uno de los campos en donde los poderes eclesiásticos y civiles han sido protagonistas de una lucha enconada por el control de la sociedad. Los veinte siglos de esta era han sido testigos de la preeminencia que la Iglesia ha tenido en este rubro desde su ascensión a los círculos del poder político. La explicación se encuentra, desde luego, por la influencia que la Iglesia ha tenido sobre los reyes, emperadores y gobernantes desde la conversión al cristianismo de Constantino.²

La transición de la flexibilidad romana a la indisolubilidad cristiana tuvo un empuje definitivo en el siglo XI bajo la influencia de las ideas gregorianas que buscaron trasladar al plano real todas las ideas y

² Es cierto que en todas las épocas los sumos sacerdotes han tenido un poder significativo sobre reyes y emperadores, jefes y dictadores, señores y gobernantes, pues éstos no sólo se aprovechan de la religión para conservar el control sobre el pueblo-súbdito, sino que participan también del misticismo, la fe y la magia que son puntales de toda religión. Sin embargo, hablamos de Constantino porque estamos haciendo referencia al derecho italiano, en donde encontramos la clara e innegable influencia de la moral cristiana, no sólo en el derecho, sino en toda la sociedad.

doctrinas de la Iglesia con el fin de “moralizar” la vida pública. Desde entonces se reconoce que la familia —y por ende el matrimonio— es piedra de toque en todo lo referente a la educación y socialización de los individuos, por ello concentraron los jerarcas eclesiásticos y canonistas su lucha en este punto hasta obtener la aceptación de la indisolubilidad del vínculo matrimonial y la jurisdicción de la Iglesia sobre esta institución.

Durante la Edad Media es indudable el control total que tuvo la Iglesia en éste y en muchos otros campos, sin embargo, llevaba en sí mismo el germen de la duda, la crítica y la reserva que empezó a brotar a partir de la Reforma protestante. Las discusiones en torno al instituto estuvieron, y siguen estando, acompañadas de reflexiones en torno a la familia, la naturaleza y el papel de la mujer en la sociedad.

Las teorías desacralizadoras de Lutero, Calvino, Monner y Melanctone, entre otros, fueron poco a poco menoscabando la autonomía de la Iglesia en este renglón. De hecho toda la corriente renacentista del Estado moderno tiende a minimizar el poder de la Iglesia para apuntalar su propio poder y control sobre la organización política. Empero, la Iglesia se mantuvo firme en su actitud antidivorcista a pesar de golpes tan duros como la separación de la Iglesia anglicana.

A finales del siglo XVIII el matrimonio se había secularizado en la mayoría de los Estados europeos y se pensaba que ello allanaría el camino para la admisión del divorcio. Lombardía, a través del emperador Guillermo II y Toscana, a través de su archiduque Leopoldo, participaron de esta tendencia.³ Sin embargo, autores italianos⁴ afirman que en la legislación de los Estados preunitarios se retomaba casi a la letra el esquema que propuso el Concilio de Mento sobre el matrimonio, por lo tanto, la unión conyugal de los católicos debía realizarse según lo establecían las normas de derecho canónico. En realidad observamos un equilibrio entre el poder civil y el eclesiástico representado en el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico.⁵ Un ejemplo de ello es la competencia que tienen los tribunales eclesiásticos sobre la nulidad del matrimonio y la de los tribunales civiles para de-

³ Vid, Marongiu, Antonio, “Divorzio”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1964, t. XIII, pp. 493-497.

⁴ Vid, Galoppini, Annamaria, “Profilo storico del divorzio in Italia”, *Commentario sul divorzio*, Milano, Giuffrè ed., 1980, pp. 2 y 3.

⁵ Equilibrio que aún se conserva no sólo en Italia sino también en España, ambos Estados en donde la influencia del Vaticano y, en general, de la Iglesia católica, se deja sentir con mucha fuerza hoy en día.

cretar la separación conyugal.⁶ Equilibrio cuya base la adivinamos en la rigidez del dogma tridentino sobre la indisolubilidad del matrimonio de los católicos que se transmitió a casi todos los códigos preunitarios.⁷

A pesar de esta fuerte tendencia antidivorcista encontramos dos casos de legislación en sentido contrario, ambas por la recepción, en Italia, de legislación extranjera. El primer caso se refiere al Código Napoleónico que estuvo en vigor desde el 30 de mayo de 1806 a causa de la conquista napoleónica y hasta la Restauración; el segundo por la recepción de la legislación del imperio austro-húngaro en los territorios italianos que estuvieron bajo su dominio.⁸

Como sabemos el Código Napoleónico sostiene que el matrimonio es un contrato que debe celebrarse en presencia de la autoridad civil del domicilio de uno de los cónyuges y puede ser disuelto por muerte de uno de los cónyuges, por divorcio legalmente pronunciado, por nulidad y por condena de uno de los cónyuges a una pena de muerte civil. Características que en su tiempo fueron una revolución en el campo del derecho de familia y en las relaciones Estado-Iglesia. Al respecto, leemos que:

No se puede saber exactamente los resultados prácticos que tuvo la legislación divorcista en el tiempo y en los lugares en que estuvo vigente. Lo cierto es que funcionó, en general, en un ambiente hostil en el cual, además de la durísima oposición de la Iglesia, se añadió la aversión de grandes sectores de la magistratura y de potentes grupos sociales.⁹

La doctrina explica la oposición a que se refiere el párrafo que transcribimos porque el divorcio y, en general, todo el Código Napoleónico, adquirió un significado político-social importante como un instrumento de lucha que ataca directamente la estructura de las familias aristócratas y que, con una filosofía individualista, tiende a modificar el concepto de la propiedad.¹⁰

La legislación austro-húngara estuvo vigente en Lombardía y el Ve-

⁶ Cfr., por ejemplo, los artículos 222 del Código de las Dos Sicilias, el 64 del Código de Parma, o el artículo 10 del título XIII del Código de Modena (llamado *esfense*).

⁷ Cfr., los artículos 216 del Código de las Dos Sicilias o el 144 del Código Albertino.

⁸ Vid. Coletti, A., *Storia del divorzio in Italia*, Roma, 1970, pp. 16 y ss., y Ungari, M., *Storia del diritto de famiglia in Italia*, Bologna, 1974, pp. 85-92.

⁹ Galoppini, A., *Commentario sul divorzio*.

¹⁰ Ungari, M., *Storia del diritto di famiglia in Italia*, op. cit., pp. 100 y ss.

neto de 1816 a 1924, pero en lo que se refiere al divorcio sólo era aplicable a los súbditos no católicos en virtud de que la institución del matrimonio dentro de esta legislación tenía bases confesionales. En este contexto leemos que,

para las minorías protestantes y judíos de los territorios italianos del imperio (se refiere al austro-húngaro) la vigencia del derecho matrimonial del código civil general para los Estados germanos herederos (ABGB) significó la posibilidad de disfrutar un régimen de disolución del vínculo que, por el principio, confesional, era negado a la mayoría católica. . .¹¹

Ello sucedió hasta 1924 cuando la legislación italiana entró en vigor en estas provincias y por tanto el principio tridentino de la indisolubilidad se aplicó a todos los ciudadanos católicos o no católicos.¹²

Después de la fecha que citamos en las provincias de Fiume e Zara se prorrogó la ley local por una serie de circunstancias político-sociales efecto de la Primera Guerra Mundial. En estos territorios estaba en vigor la ley húngara número XXXI de 1894 que reconocía el matrimonio civil obligatorio para los católicos y la disolución del vínculo por muerte, divorcio y nulidad. Las causas de divorcio reconocidas por esta ley eran: adulterio, actos sexuales "contra natura", bigamia, el atentado a la vida del cónyuge o lesiones graves en el mismo, la condena a una pena de más de cinco años de prisión, la violación de los deberes conyugales, la conducta inmoral y la corrupción de los hijos o del cónyuge.¹³

En 1865 se promulgó el código civil para el reino unificado de Italia en donde se rechazó el sistema confesional de los códigos albertino y austriaco, se instituyó el matrimonio civil obligatorio como el único válido frente al Estado y se sancionó la indisolubilidad del mismo.¹⁴ En los debates preliminares Pisarelli afirmó que el divorcio era un

¹¹ Galoppini, A., *Commentario sul divorzio, op. cit.*, pp. 14 y ss.

¹² *Vid, Gazzetta Ufficiale del Regno*, del 21 de marzo de 1924, especialmente en el artículo 4 transitorio, que dice: las demandas de divorcio pendientes quedan sin efecto aún cuando en el juicio respectivo se hubiere pronunciado sentencia que niega el divorcio y esté pendiente su impugnación. En cambio, si se decretó el divorcio antes de esa fecha, la sentencia, salvo la resolución que recaiga en los medios de impugnación, será válida aun cuando no se haya pedido la ejecución de la sentencia.

¹³ *Cfr.*, Brunelli, Fabbio, *Divorzio e nullità di matrimonio negli stati d'Europa*, 2a. ed., Milano, il Mulino, 1950, pp. 390 y ss.

¹⁴ *Cfr.*, artículo 148 de este Código.

hecho repugnante a la ideología de la sociedad italiana, textualmente sostuvo:

Cuando una ley coloque en la puerta del matrimonio y en su seno, la idea del divorcio, envenena la dignidad de las nupcias y perturbaría su honestidad, porque esa idea se transformaría, dentro de las nuevas domésticas, en una perpetua y amarga sospecha que afectaría desde el inicio la sociedad conyugal impidiendo que alcance sus fines.¹⁵

A partir de entonces la legislación italiana fue constante en sostener la indisolubilidad del matrimonio, con mayor fuerza a partir del once de febrero de 1929, fecha del concordato entre el Estado y la Santa Sede ya que a partir de ahí se reconoce al sacramento del matrimonio todos los efectos civiles reservándose nuevamente, a la competencia de los tribunales eclesiásticos el conocimiento de los asuntos sobre la validez del vínculo conyugal.

Sin embargo, los intentos por introducir el divorcio empezaron inmediatamente. La primera iniciativa en este sentido surgió en el parlamento presentada por Salvatore Morelli, conocido por su lucha e interés en los asuntos feministas. Esto sucedió en 1878 y el proyecto de ley comprendía seis causales de divorcio entre las que estaban el adulterio y la incompatibilidad de caracteres "manifestada en enfrentamientos y desordenes habituales en el seno familiar". Este proyecto no tuvo mayor trascendencia, a pesar de que se insertó en pleno gobierno de izquierda y podía, por tanto, esperarse una apertura política significativa, porque las sesiones parlamentarias fueron clausuradas con antes del periodo normal.

Morelli volvió a presentar un año después otro proyecto que contenía sólo dos causas: la condena a cadena perpetua y la separación por más de seis años, si había hijos, o por más de tres si no los había. Este proyecto fue apoyado con entusiasmo por Villa, pero caducó por la muerte de Morelli.

El ministro Villa retomó la iniciativa y en 1881 presentó un nuevo proyecto que tampoco prosperó por la clausura de la sesión parlamentaria. Este proyecto fue nuevamente presentado en 1883 por el ministro Zanardelli y pasó para su estudio en dos comisiones, regresando un año después para su discusión en la Cámara de Diputados, empero, una vez más, caducó por la crisis del gobierno de Depretis.

¹⁵ Morangiu, Antonio, "Divorzio", *op. cit.*, p. 499.

Ocho años después, en 1892, y en medio de enconadas polémicas, Villa volvió a presentar un proyecto de ley que contenía diversas disposiciones sobre el divorcio. Nuevamente se presentó la clausura de las sesiones, pero Villa insistió en 1893 encontrando un apoyo ambiguo en Bonacci y una fuerte oposición de los miembros del parlamento católicos. Desafortunadamente para Villa, estalló el escándalo del Banco Romano que acaparó la atención del parlamento y el proyecto de ley fue olvidado.

Durante un tiempo la polémica entre divorcistas y anti-divorcistas se desarrolló fuera del poder legislativo, se discutió en todos los foros y en todos los tonos acerca de la naturaleza del matrimonio, de sus fines, sobre el papel y la emancipación de la mujer en el mismo, se estudió la estructura de la sociedad, de la familia, y del divorcio desde los inicios de las civilizaciones. En suma, se fue creando un ambiente técnico-jurídico que se reflejó en los siguientes proyectos presentados al parlamento y que, de alguna manera, fue preparando el *animus* social en el que, casi un siglo después, se sometió a *referendum* el proyecto Fortuna-Spagnoli-Basini, con el resultado ya conocido. Las discusiones tuvieron incluso propaganda antisemita,¹⁶ síntoma del carácter político y maniqueo con que se manipuló el instituto que fue nuevamente llevado al parlamento después de la crisis política de 1898.

El partido Socialista inició una vez más la presentación de proyectos en 1901 con la propuesta de Berenini e Borciani; fue un proyecto muy amplio. En los debates se presentaron dos posturas una, la de la mayoría, que desarrollaba el concepto de que el divorcio no es un estímulo para los matrimonios mal avenidos, sino un remedio para esto que no son otra cosa que un espejo de las "desarmonías sociales" y para los cuales la simple separación implica todos los inconvenientes del divorcio pero sin aportar sus ventajas. Por otro lado, las minorías argumentaron que el divorcio es un atentado a la estabilidad de la familia "proveniente de una minoría burguesa añorante del laicismo del *resurgimiento* con menoscabo del pueblo necesitado de otros cuidados".¹⁷ Antes de que se discutiera a fondo se clausuraron las sesiones y el proyecto no prosperó.

Un año después se presentó el proyecto del primer ministro Zanar-

¹⁶ Vid. Galoppini, A., "Profilo storico...", *op. cit.*, p. 38, en donde se expresa: "...Gabba escribió, entre otras expresiones antisemitas, que la propaganda a favor de este nuevo flagelo anticristiano, fuente de innumerables daños para la sociedad, era adjudicable a los judíos..."

¹⁷ *Idem*, p. 43.

delli y de Cocco Ortu en el que, por primera vez, se presentaba al divorcio como una alternativa complementaria de la separación conyugal. Tampoco prosperó este proyecto y no se volvieron a presentar otros proyectos desde 1904 y hasta 1914.

En este tiempo la institución se presentó como argumento para ob-1911 Murri reconoció la importancia del divorcio, pero como se estaba tener el voto de los electores tan es así, que precisamente en abril de discutiendo una nueva ley electoral, afirmó que era

grave y peligroso en el momento en que se está dando el sufragio a tres millones de electores nuevos, agitan y golpean las conciencias de éstos.¹⁸

De hecho observamos que dentro de los puntos que contiene el Pacto Gentiloni con el que los liberales pretendían obtener los votos de la mayoría católica estaba precisamente, la oposición a cualquier intento por debilitar a la familia lo que implica, automáticamente, una posición antidivorcista.

En 1914 Comandini, diputado republicano, presentó un proyecto de ley sobre la disolución del matrimonio a través del divorcio". El ambiente en que fue presentado era definitivamente adverso a todo proyecto que pusiera en peligro los intereses de los católicos no sólo en el ámbito del matrimonio sino también en el de la educación. En realidad no fue discutido por un problema de tipo procesal.

El siguiente proyecto que encontramos referente a la familia es de 1919 en un ambiente reformista de la postguerra que intentó reorganizar los núcleos familiares afectados por el conflicto bélico. En el año que citamos se promulgó una ley en la que se equiparó, finalmente, la condición jurídica del hombre y la mujer, se abrazó la autorización matrimonial y toda discriminación que por su sexo pudieran tener en las profesiones libres o en los empleos públicos. En este ambiente, en 1920, Marangoni e Lazzari presentaron un proyecto para la disolución del matrimonio con el fin de

sanar tantas heridas sangrantes, dar un funcionamiento regular y reconocer la dignidad de tantas familias irregulares surgidas de nuestra injusta y deficiente legislación y de la crueldad de los sucesos recientes. . .¹⁹

¹⁸ *Vid.*, Colleti, *op. cit.*, p. 83 y ss., y Ungari, *op. cit.*, p. 233.

¹⁹ *Vid.*, Galoppini, *op. cit.*, p. 53; Cicu., Antonio, "Divorzio e Politica", *Archivi*

Poco se discutió este proyecto: Marangoni lo presentó como un imperativo sobre todo para las clases populares que no podían disfrutar de los artilugios de las clases adineradas y Belotti sugirió mantener el *statu quo* para frenar el ambiente general de desinterés por las obligaciones familiares y el relajamiento de las costumbres después de la guerra, pero, no llegó a mayor debate por la clausura anticipada de las sesiones parlamentarias.

Posteriormente entre el fascismo y el Concordato de 1929 se dejó de hablar de divorcio, aunque encontramos proyectos que buscan una vía alterna a través de la nulidad de matrimonio por causas supervinientes a su celebración.

De hecho, ni en los trabajos preparatorios ni en el nuevo código civil italiano se cuestionó la ideología político-católica imperante. En cambio en los trabajos para la elaboración de la nueva Constitución si se discutió sobre el tema pues, una parte del legislativo quería que el principio de la indisolubilidad del matrimonio se elevara a rango constitucional y por otra se estimulaba que la Carta Magna, como tal, no podía recoger la huella doctrinaria de una determinada corriente política sino que debía quedar abierta a todas las ideas y dejar a una norma secundaria la evaluación del ambiente y de las necesidades sociales en un momento determinado. Las discusiones guiaron en torno a dos conceptos diferentes de familia pero finalmente la segunda postura resultó triunfante y la Constitución establece que: "...la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio... organizado sobre la base de la igualdad jurídica de los cónyuges y dentro de los límites requeridos por la unidad familiar".

Después de esto sólo encontramos el proyecto Sansone de 1954, presentado ante la Cámara de Diputados, y el proyecto Sansone-Nenni presentado ante el Senado en 1958, ambos resultaron infructuosos porque se terminaron los respectivos periodos de sesiones sin que fueran tomados en consideración.

Finalmente, en este escueto recorrido, llegamos al proyecto Fortuna presentado en octubre de 1965 ante la Cámara de diputados, mismo que se discutió en la Comisión de Justicia casi un año después iniciando así un largo recorrido lleno de obstáculos hasta convertirse en la ley número 898 del 1o. de diciembre de 1970 en "materia de casos de disolución del matrimonio".²⁰

Giuridici, Roma, 3a. serie, XL, 1966, pp. 13 y ss.; Pieroni Bortolotti, *Feminismo e partiti politici in Italia, 1919-1926*, Roma, 1978, pp. 56 y ss.

²⁰ Esta ley fue modificada por la Ley número 436 del 1º de agosto de 1978. *Vid. Gazzetta Ufficiale*, del 16 de agosto de ese año.

Es innegable que, a pesar de los esfuerzos de la Iglesia y de los conservadores de la ultra-derecha italiana, esta ley responde a las esperanzas e intereses de la población. Cualquier afirmación en contrario se enfrenta a los datos objetivos arrojados por el larguísimo debate parlamentario que duró dos periodos legislativos; a dos opiniones de la Comisión de asuntos constitucionales, sobre su constitucionalidad; a dos sentencias de la Corte Constitucional y, como si fuera poco, al *referendum* popular.

III. EL DIVORCIO

1. *La Ley número 898 del 1o. de diciembre de 1970*

El artículo primero de esta ley establece que se da lugar a la disolución del matrimonio civil cuando, agotados todos los recursos para obtener la reconciliación de los cónyuges, el juez considera que la comunión espiritual y material entre ellos no puede establecerse nuevamente a causa de alguna de las circunstancias previstas en esta ley. Tratándose de matrimonios celebrados bajo un rito religioso resignado, según lo establece el ordenamiento civil, el juez determinará exclusivamente que han cesado los efectos civiles del matrimonio en cuestión (artículo 2).

Son causales de divorcio (artículo 3):

a) La condena por sentencia definitiva con pena de destierro, o a más de 15 años de prisión (excepto en el caso de delitos políticos); las condenas por homicidio internacional; por prostitución de la mujer o los hijos; por condena por los delitos.

b) En los casos de separación legal u homologación de la separación de hecho después de cinco años en que cesó la convivencia, cuando no hay controversia entre los cónyuges, de siete cuando sí existe y la separación fue por causas imputables al actor; cuando, a pesar de no poderse dictar sentencia en los delitos señalados anteriormente, el juez determina que no es posible la convivencia; cuando en los procedimientos de incesto se declare que no es posible dictar sentencia por no haber escándalo público; cuando el otro cónyuge ha obtenido en el extranjero su divorcio, la nulidad del matrimonio o ha contraído nuevas nupcias; en caso de matrimonio no consumado.

El procedimiento, como era de esperarse después de tantos años de indisolubilidad del matrimonio, es bastante complicado y largo. De alguna manera nos recuerda a los procedimientos frente a los tribu-

nales eclesiásticos para la nulidad del matrimonio o la separación conyugal.

La demanda de divorcio o de terminación de los efectos civiles del matrimonio debe contener la exposición de los hechos en que se funda, la manifestación de la existencia de hijos legítimos, legitimados o adoptados por los cónyuges y ser presentada ante el tribunal del domicilio del demandado excepto cuando éste se haya trasladado al extranjero o se ignore el domicilio en cuyo caso será tribunal competente el del domicilio del actor. Se debe notificar al oficial del estado civil del lugar en donde se inscribió el matrimonio para que se haga la primera anotación correspondiente desde el momento de la presentación de la demanda.

Recibida la demanda y documentos relativos, el presidente del tribunal señalará la fecha para la comparecencia de los cónyuges y los términos de la notificación. A la comparecencia deben acudir personalmente los cónyuges excepto cuando existan motivos "graves y comprobados". En esta comparecencia el juez debe intentar la reconciliación oyendo por separado y conjuntamente a las partes; si lo logra, o si el actor se desiste de la acción el presidente del tribunal levantará el acta respectiva de reconciliación o desistimiento. Si el demandado no comparece o si no se logra la reconciliación, el presidente deberá dictar las medidas que considere oportunas para tutelar los intereses de los cónyuges si ello es necesario; posteriormente nombrará al juez instructor y señalará la fecha en que las partes deberán comparecer frente a este último que deberá ser dentro de un plazo no superior a un año. El auto-ordenanza en que se señalan estas disposiciones deberá ser notificado, bajo responsabilidad del actor, al demandado que no hubiere comparecido y al ministerio público.

Si en la instrucción el juez considera que existe una de las causales enumeradas en el artículo tercero dicta sentencia decretando la disolución del vínculo conyugal o la terminación de los efectos civiles del matrimonio y ordena que se haga la segunda anotación correspondiente en el registro del estado civil del lugar en donde se inscribió el matrimonio. Esta sentencia puede ser impugnada por las partes o por el Ministerio Público en lo que se refiere a los intereses patrimoniales de los hijos menores o incapaces.

En la sentencia deben fijarse las obligaciones que subsistan entre los cónyuges sobre todo en lo que se refiere a los alimentos; por lo que respecta a los hijos en la sentencia se señalará quién de los padres tendrá la custodia de los mismos y ejercerá, bajo la vigilancia del juez

tutelar, la patria potestad, sin embargo, ambos padres conservan el derecho y la obligación de vigilar la educación de la prole y de alimentarlos. En la sentencia se fijará la cantidad que deberá pasar al cónyuge bajo cuya custodia están los hijos a título de alimentos, la forma en que ha de hacerse y la garantía que deberá dar en caso de que exista peligro de incumplimiento.

La obligación alimentaria entre divorciados cesa cuando el que tenía derecho a ella contrae nuevas nupcias. Incluso si el obligado muere y el acreedor tiene necesidad de la pensión señalada en la sentencia de divorcio, el juez gravará el patrimonio de la herencia a fin de que se cubra dicha pensión.

2. *Consideraciones doctrinales*

La polémica entre los juristas italianos sobre la institución ha girado sobre varias vértices, entre los que podemos distinguir los siguientes: la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma; su naturaleza propia, diferente a la nulidad y a la separación; los efectos en los matrimonios concordatarios; la subsistencia de algunas de las obligaciones entre los divorciados, sobre todo la pensión alimentaria.

Con respecto a la constitucionalidad ya habíamos mencionado que se pretendió que la indisolubilidad del matrimonio quedara consagrada como garantía constitucional, pero prevaleció el criterio según el cual la Carta Magna no debía recoger esta impronta y si permitir que una ley secundaria pudiera reflejar el consenso social sobre una materia determinada, en este caso: el divorcio.

Esa fue una de las discusiones sobre los aspectos constitucionales del instituto pero tenemos también el referendun estipulado en el artículo 75 cuya primera actuación fue precisamente en esta materia.

Estudiosos del tema manifiestan que el interés de los constitucionalistas por el instituto puede ubicarse en la multiplicidad de problemas, vínculos y cuestionamientos que surgen en torno al mismo, debido al sistema del matrimonio italiano en el que se aceptan varios tipos de uniones conyugales cuyo efecto más visible es la yuxtaposición de poderes —eclesiástico y estatal— que requieren una referencia constitucional a fin de lograr un equilibrio entre los mismos.

Desde nuestro punto de vista, encontramos más discusiones en torno a un problema de política —si se quiere constitucional— que de derecho: la interferencia que el divorcio crea en las relaciones entre el Estado y la Iglesia; se creyó, en un momento, que existía un compro-

miso estatal de no introducir la disolubilidad del matrimonio a cambio de la aceptación del matrimonio civil.²¹ Esta interpretación histórica puede sostenerse ya que, según lo apuntamos anteriormente, la Asamblea constituyente prefirió sostener el principio de neutralidad a expresar o declararse en forma inequívoca de tal manera que se pudiera evaluar el consenso social en uno y otro sentido.

Ahora el debate constitucional se ubica en dos polos: por un lado se discute sobre el reconocimiento de la familia como una sociedad natural —haciendo referencia al derecho natural— independientemente de que se constituya a través del matrimonio civil o del económico. Por otro, se vuelve a solicitar la consagración de la indisolubilidad del matrimonio como garantía constitucional; los que se pronuncian en este sentido lo hacen con fundamento en los artículos 7o. constitucional y 34 del concordato.

La polémica se desarrolló originalmente en el seno parlamentario para trascender al ámbito jurisdiccional. La Corte Constitucional se apresuró; aún antes del *referendum* a calificar la improcedencia, las impugnaciones a la ley del divorcio. Esta postura aunada al pronunciamiento del cuerpo electoral contrario a la abrogación de dicha ley, a través del propio *referendum* consolidó la posición de los divorcistas y se consiente de interpretación según la cual no es, ni puede ser, anti-constitucional una ley de este tipo, prevaleciendo así, este criterio sobre otros portadores de ideología diferente.

Respecto de la naturaleza de la institución diferente a la nulidad se ha llegado a la conclusión lógica: se trata de dos institutos que si bien se refieren ambos a formas de terminación del vínculo conyugal por causas diferentes a la muerte de uno de los cónyuges, la nulidad está determinada por hechos anómalos existentes antes del matrimonio o al momento de su celebración, es decir, se refiere al matrimonio como acto. En cambio, el divorcio está determinado por circunstancias que surgen durante la convivencia conyugal y se refieren, por tanto, al matrimonio como estado o relación.

Entre separación y divorcio, la diferencia la ubican precisamente en los efectos de cada una de las figuras.

Desde nuestra perspectiva histórico-jurídica se nos presenta como una discusión bizantina, pero ubicada en la historia del derecho italiano encuentra su propia justificación y fuerza. Recordemos que a través de los estrechos marcos de las figuras de la separación conyugal y

²¹ Vid. Mirabelli, Cesare, "Profili costituzionali", *Commentario sul divorzio*, Milán, 1980, pp. 78 y ss.

nulidad del matrimonio tenían que resolver toda la problemática jurídica derivada de los conflictos —muy humanos, por cierto— que surgían en la relación conyugal. En este contexto no es ocioso recordar que las estadísticas arrojan un índice más alto de demandas de nulidad de matrimonio en los lugares y épocas en que no se permite el divorcio.

Aún para los países en donde tenemos años de convivir con la institución del divorcio, la naturaleza del matrimonio genera grandes discusiones doctrinales; los italianos, a fin de aclarar y puntualizar la diferencia entre estas tres instituciones empiezan clasificando la naturaleza de la unión conyugal y señalan que una de las consecuencias más enriquecedoras de la reforma es precisamente la distinción entre acto y relación referidos al matrimonio ya que dentro del derecho canónico y su concepción sacramental el peso está recargado en el acto jurídico mismo, en cambio, ahora, y como un efecto directo de la concepción civilista empieza a desplazarse hacia la relación.²² Ello implica, desde nuestro punto de vista, darle mayor importancia a la comunidad de vida entre los cónyuges que al acto que la genera humanizando, con ello, la perspectiva de la relación jurídica propiamente hablando. En este contexto el divorcio se presenta como una alternativa funcional de la relación cuando ésta ha dejado de cumplir sus fines o se ha vuelto tan conflictiva que deja de tener sentido; se presenta también como estabilización de las relaciones conyugales dado que, según la opinión de los juristas italianos, tanto la nulidad como la separación, al ser usadas al límite de su interpretación, creaban inseguridad en el vínculo.

Con respecto de los efectos civiles de los matrimonios concordatarios, es decir, aquellos que se contraen bajo las normas del derecho canónico y son inscritos posteriormente en los registros del estado civil, las discusiones son más enconadas como es de suponerse. En efecto, el centro de los ataques a la reforma divorcista está en que se le considera anti-constitucional precisamente por declarar la disolución del vínculo aún en el caso de estos matrimonios.

La polémica entre los estatistas y los canonistas fue resuelta primero por la Corte Constitucional la cual, en la sentencia n. 169/71, consideró infundados los argumentos de estos últimos a cerca de la legitimidad de la norma y posteriormente el *referendum* popular ratificó esta opinión. Sin embargo, en Italia todavía se lucha por la jurisdicción de los tribunales de la Iglesia y del Estado reclamando cada uno para sí

²² Rossi Carleo, Liliana, "Nullità, separazione, divorzio", in *Commentario sul divorzio*, op. cit., pp. 100 y ss.

la facultad de decidir sobre las controversias en materia de los matrimonios concordatorios.

Esta polémica se deriva nuevamente de la interpretación del artículo 34 del concordato en donde se habla precisamente del reconocimiento que el Estado da a los matrimonios religiosos. Se habla de los *efectos civiles* de este tipo de matrimonios y en ese concepto podemos identificar concretamente la fuente del problema. Algunos autores²³ consideran que la indefinición del concepto se debe precisamente a la naturaleza del acuerdo, empero la interpretación técnica de la expresión debe hacerse, según la exégesis de los tratados internacionales, de conformidad con la intención de las partes. Desde nuestro punto de vista es muy difícil resolver el conflicto por esa vía dado que la intención de cada una de las partes era precisamente tener para sí el control de los matrimonios italianos y creemos que esta polémica es de tal envergadura que merecería un estudio particular y más profundo. Por el momento y para los efectos de este trabajo la dejamos apuntada.

Finalmente, ocupa un espacio considerable en los foros y publicaciones especializadas, la discusión sobre la subsistencia de algunas de las obligaciones conyugales haciéndose especial referencia a la obligación alimentaria. En este sentido su historia vuelve a matizar las formas de los análisis, críticas y evaluaciones en esta materia. El largo periodo en el que las controversias entre los cónyuges sólo tenían como opción la nulidad del matrimonio o la separación conyugal generó todo un sistema de protección a la mujer y a los hijos para garantizarles la pensión alimenticia. Al legislador italiano nunca se le escapó la realidad, aunque no quisiera hacerle frente: una vez obtenida la separación ambos cónyuges tienden a reorganizar su vida afectiva a través de uniones al margen de la legalidad, por ello era indispensable aunar una estructura sólida que no sólo fungiera como tutora sino también como incentivo para la celebración del matrimonio bajo las disposiciones del ordenamiento civil. Estas reflexiones se aplican igualmente al derecho sucesorio.

Una vez instituido el divorcio ese aparato pasó a ser aplicado, con toda su complejidad, a este nuevo instituto generando, como era de esperarse, fuertes polémicas porque no fueron adaptadas a la nueva circunstancia dejando, en apariencia, a los divorciantes en un conflicto

²³ Botta, Raffaele, *Nullità, separazione e divorzio nel matrimonio religioso con effetti civili*, Milán, Guiffrè ed., 1980. pp. 177 y ss.; también Vid. Punzi, Carmine, "Il riparto di giurisdizione in materia matrimoniale", *Revista di Diritto Civile*, Padova, año XXXI, núm. 6, noviembre-diciembre 1985, pp. 564 y ss.

permanente, como si sólo estuvieran separados, por razón de las pensiones alimenticias. Recordemos que el artículo 6 de la ley sobre el divorcio establece que será el tribunal que conozca la causa quién determine la forma en que ambos divorciantes han de continuar contribuyendo a la manutención, instrucción y educación de los hijos, así como el artículo 5 señala que ese mismo tribunal deberá establecer, a cargo de uno de los divorciados y de acuerdo a las condiciones económicas de ambos, una pensión alimenticia proporcional a sus recursos y a las necesidades del otro. En lo substancial retoman los textos de los artículos 155 y 156 del código civil relativos a las medidas respecto de los hijos en caso de separación y de los efectos de ésta sobre las relaciones patrimoniales de los cónyuges, respectivamente.

El segundo párrafo del artículo 156 del Código Civil Italiano establece:

En particular el juez establece la forma y el modo en que el otro cónyuge debe contribuir al mantenimiento, a instrucción y educación de los hijos, así como la modalidad en la que ha de ejercitar sus derechos en relación a los hijos.

el párrafo cuarto del artículo sexto de la ley sobre el divorcio dispone:

En particular el tribunal establece la forma y el modo en que el otro cónyuge debe contribuir al mantenimiento, a la instrucción y educación de los hijos y dará otras disposiciones acerca de la administración de los bienes de éstos.

En lo conducente el párrafo primero del artículo 156 del código civil dice, a la letra:

El juez, pronunciando la separación, establece a favor del cónyuge cuanto sea necesario para su manutención en caso de que no tenga recursos propios suficientes.

Y el artículo 5, párrafo cuarto, dice:

Con la sentencia que pronuncia la disolución o terminación de los efectos civiles del matrimonio, el tribunal dispone, habida cuenta de las condiciones económicas de los cónyuges y de las razones de la decisión, la obligación para uno de los cónyuges de suministrar al otro una pensión periódica proporcional a sus ingresos.

Esta similitud entre ambas instituciones es lo que ha generado, como ya se afirmó, la polémica en torno al tema.

IV. CONCLUSIONES

Como podemos observar, en la trayectoria del derecho italiano existía una fuerte presión social para humanizar la institución del matrimonio, a pesar de la oposición enconada de la Iglesia y los conservadores. El divorcio como una verdadera alternativa de solución para las uniones conyugales mal avenidas es ya una realidad en Italia porque la propia sociedad italiana así lo requería y el derecho no puede, ni debe, establecer estructuras rígidas ajenas a las necesidades de la comunidad en donde ha de ser aplicada.

El movimiento de apertura hacia relaciones más acordes a la naturaleza humana continúa en Italia y se observa en iniciativas como la que se llevó en noviembre de 1986 a la legislatura para acortar los términos que ahora se requieren para el procedimiento.

En México no necesitamos iniciar el camino de la apertura desde el fondo, como ha sido en Italia, debemos aprovechar lo que tenemos para replantear las estructuras familiares, sobre todo las que atañen directamente las relaciones afectivas de los individuos del grupo, a fin de permitir que cada pareja, cada familia, cada individuo encuentre su propia alternativa y su propia respuesta en el establecimiento de relaciones maduras.

Ya en otra ocasión²⁴ incursionamos por este camino y nuevamente la reflexión nos trae a él aunque antes hablamos del matrimonio en México y hoy del divorcio en Italia: el legislador mexicano tiene en su mano la posibilidad de ayudar en la crisis que, según se afirma, atraviesa la institución del matrimonio. Si en Italia a pesar de los acuerdos con la Iglesia se pudo abrir la alternativa del divorcio dando una respuesta congruente y madura, a las desavenencias conyugales graves, en México podemos reestablecer la confianza que las parejas debieran tener en el matrimonio con medidas como las sugeridas en aquel entonces para el divorcio, es decir: considerar la disolución del vínculo matrimonial como una resolución de la relación sin culpa de ninguno de los dos cónyuges, pues en la mayoría de los casos es así como se presenta: sin que se pueda señalar con exactitud y en justicia, un culpable,

²⁴ Pérez Duarte y N., Alicia Elena, "Los fines del matrimonio", *Anuario Jurídico*, México, número XIII, 1986, pp. 281-294.

veamos el artículo primero de la Ley del divorcio en Italia e imitemos su ejemplo:

El juez pronuncia la disolución del matrimonio contraído en los términos del código civil, cuando, agotado inútilmente el intento de conciliación a que se refiere el artículo cuarto, determina que la comunión espiritual y material entre los cónyuges no puede mantenerse o reconstruirse por la existencia de alguna de las causas previstas por el artículo tercero.