

La reforma del derecho francés del divorcio¹

Michel Grimaldi

Catedrático

UNIVERSIDAD PANTEÓN-ASSAS

(PARIS II)

Presidente de la Asociación Henri Capitant de los
Amigos de la Cultura Jurídica Francesa

El tema que nos reúne es la reforma del derecho francés del divorcio concretada por la ley del 26 de mayo de 2004.

A modo de introducción, quisiera entregarles algunas referencias históricas, algunas cifras sobre la cantidad de divorcios y algunos elementos de derecho internacional privado y de derecho europeo.

Algunas referencias históricas

La historia del divorcio es una historia agitada. Aun cuando fue admitido y ampliamente utilizado en Roma, el Antiguo Derecho Francés, aquel de antes de la Revolución de 1789, hizo prevalecer la indisolubilidad del matrimonio bajo la influencia de la Iglesia Católica: el divorcio, en ese tiempo, no se conoció. Esta indisolubilidad simplemente fue flexibilizada por la admisión de la separación física, que se mantendría, hasta una época reciente, como el divorcio de los católicos, y por una gran práctica de nulidades matrimoniales.

La Revolución, hija del siglo XVIII y ampliamente anticlerical, resucitó la institución: una ley del 20 de septiembre de 1792, que se basa en una concepción del matrimonio como contrato, admitió el divorcio y de una manera muy liberal: lo permitió por mutuo acuerdo por incompatibilidad de caracteres.

El Código de Napoleón de 1804 tomó una línea intermedia. Mantuvo el principio del divorcio, en conformidad con su ideal de laicidad, especialmente de laicidad del matrimonio, con su ideal de libertad y también con el deseo secreto

¹ Transcripción de la conferencia que el autor expuso para profesores, magistrados, abogados y alumnos, en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Concepción. Traducido por la Sra. Maritza Nieto, traductora Francés-Español, Universidad de Concepción.

de Napoleón, quien no desdeñaba servirse de él algún día. Pero sólo lo permitió bajo condiciones muy restrictivas: el divorcio por incompatibilidad de caracteres fue suprimido; el divorcio por mutuo acuerdo fue sembrado de dificultades (se necesitaba el consentimiento de los padres de los cónyuges), las que lo volvieron inaccesible a la masa; quedaba, solamente, el divorcio por culpa.

Con la caída del Primer Imperio y la restauración de la monarquía, la alianza del trono y el altar fue fatal para el divorcio, que fue suprimido por una ley del 8 de mayo de 1816. Esta supresión duró la existencia de tres reinos (Luis XVIII, Carlos X, Luis Felipe) y de un Imperio (Napoleón III).

El divorcio fue restablecido con la Tercera República, proclamada en 1870, y lo fue por una ley del 27 de julio de 1884, llamada Ley Naquet, nombre de un parlamentario republicano que más tarde desaparecerá en el escándalo del Canal de Panamá... Esta ley, que constituirá el derecho positivo de Francia durante casi un siglo, sólo admitía el divorcio en condiciones muy estrictas. Era necesario que fuera pronunciado por el juez y el juez sólo podía pronunciarlo si constataba la falta: se trataba de un divorcio judicial y de un divorcio por causa subjetiva, es decir, de un divorcio sanción.

Sin embargo, la cantidad de divorcios no dejó de aumentar regularmente con el paso de los años. En los años 40, el Legislativo intentó parar la ola de divorcios agregando a su declaración una condición suplementaria: a la condición subjetiva, la existencia de la falta, agregó una condición objetiva, el que esta falta haya vuelto intolerable la vida en común. De esta manera pretendía que el divorcio sólo fuera posible cumpliendo las condiciones de un divorcio sanción y de un divorcio remedio. Vana tentativa... La permisividad, el individualismo, el hedonismo de los años 60 provocaron un marcado aumento del número de divorcios. Y se desarrolló en Francia, al margen de la ley y con la tolerancia de los tribunales, la práctica llamada de los "divorcios por acuerdo", que esquivaba la prohibición del divorcio por consentimiento mutuo: ambos cónyuges, deseosos de terminar con el matrimonio, simulaban faltas (principalmente intercambios de cartas injuriosas, acusación y confesión igualmente mentirosas de desertión del domicilio conyugal...) que permitían al juez separarlos. Y el juez se prestaba a ese juego, consciente de que rechazar esta petición por falta simulada tendría como única consecuencia diferir el día en que inevitablemente las faltas se volverían muy reales.

De aquí nace la reforma realizada por la ley del 11 de julio de 1975, que ha refundido el derecho del divorcio: ley que constituye actualmente todavía el derecho positivo de Francia, aun cuando ha sido modificada varias veces, y a veces incluso de manera importante, especialmente por la reciente ley del 26 de mayo de 2004. En la época de esta reforma de 1975, la orientación

de política legislativa estaba clara. No se trataba de discutir el principio del divorcio, ni siquiera de limitar la capacidad de divorciar. El objetivo legislativo era otro y era doble:

- Se trataba primero de anular la diferencia que existía entre el derecho y los hechos, entre los textos y la práctica: la laguna entre un Código Civil que sólo admitía el divorcio por culpa y una práctica en que el divorcio por mutuo acuerdo se había vuelto normal bajo la forma de los divorcios por acuerdo. Era necesario devolverle su dignidad a los cónyuges dispensándolos de esta comedia, a los tribunales evitándoles este espectáculo y a la ley dándole de nuevo su credibilidad. Este es el origen de la reforma de las *causas* de divorcio: la causa única, la falta, fue reemplazada por un pluralismo de causas que subsiste actualmente.

- Enseguida se trataba de calmar, pacificar el divorcio, es decir, evitar que las exigencias legales ayuden a atizar el drama. Esta inspiración se tradujo principalmente en la reforma del *procedimiento* y de los *efectos* del divorcio. Las tres ilustraciones más importantes de aquello son las siguientes. En primer lugar, la ley ha separado los efectos del divorcio de las faltas conyugales, que, hasta entonces, dependían de aquellas. En segundo lugar, concentró en el tiempo los acuerdos pecuniarios consecutivos al divorcio, sustituyendo una compensación económica, pagada teóricamente bajo forma de un capital y fijada de manera intangible, a la pensión alimenticia, que hasta aquí era fuente de interminables procedimientos de ejecución y de revisión. En tercer lugar, liberalizó las consecuencias del divorcio favoreciendo los acuerdos entre los cónyuges, que antes eran severamente perseguidos.

Ya sea que se trate de las causas del divorcio, por una parte, o de su procedimiento y de sus efectos, por otra, las grandes orientaciones tomadas en 1975 se mantienen en la nueva ley del 26 de mayo de 2004 e incluso se mantienen con una rigurosidad acrecentada:

- Tratándose de las *causas*, se mantiene su pluralismo. La ley procede simplemente a reordenar, con el fin de neutralizar prácticas enojosas que consistían en evitar vías o procedimientos: por ejemplo, ciertos cónyuges, estando de acuerdo con el principio y con las consecuencias de su divorcio, abandonaban la vía de la solicitud conjunta, que incluía un plazo de reflexión, para tomar la vía de la demanda aceptada, que, considerando su acuerdo, les permitía avanzar más rápido. Ya volveremos más adelante a hablar sobre estas dos vías.

- Tratándose del *procedimiento* y de los *efectos* del divorcio, la ley sigue preocupada de desdramatizar la separación. Acelera los procedimientos propios de cada causa; acentúa la independencia de los efectos en relación a la causa del

divorcio, aumenta su concentración en el tiempo y aumenta la participación de los cónyuges en los acuerdos.

- Tratándose finalmente tanto de las *causas* como de los *efectos* del divorcio, la Ley de 2004 suprime las cláusulas de salvaguardia instituidas en 1975, que permitían al juez dejar de lado tal o cual regla nueva cuando su aplicación tendría consecuencias excepcionalmente graves para uno de los cónyuges: estas cláusulas de salvaguardia estaban destinadas en el fondo a ser sólo disposiciones transitorias, reglas de compasión para ciudadanos familiarizados con un viejo orden jurídico matrimonial.

Algunas cifras

El continuo aumento del número de divorcios es impresionante: la cifra aproximada en 1886 era de 2.850, luego pasó a 30.000 en 1960, a 70.000 en 1970, para alcanzar en la actualidad 120.000. Hoy, un matrimonio de tres, incluso de dos en las ciudades más grandes, termina en divorcio.

El divorcio no es más un fenómeno marginal, un comportamiento desviado, sino que se ha convertido en un fenómeno masivo, un comportamiento banal, cuyas causas se pueden buscar en el relajamiento de la regla religiosa, en el cambio de la moral y también el aumento de la esperanza de vida humana: el riesgo de cansancio es más grande en un matrimonio que dura cincuenta años que en un matrimonio que sólo dura 20 y las tentaciones externas son más fuertes, las posibilidades de una nueva vida, con una nueva aventura matrimonial, son mayores cuando tenemos la esperanza de llegar a los 80 años, en lugar de a los 60...

Algunas indicaciones de derecho internacional privado y de derecho europeo

En derecho internacional privado, la Corte de Casación Francesa juzga que la libertad de divorciar, para un francés domiciliado en Francia, depende del orden público internacional francés, de manera que la aplicación de la ley extranjera que se lo rechazaría no debe ser considerada (Cass. Civ. 1°, 1° de abril de 1981: D. 1982. IR. 69, obs. B. Audit).

Pero en lo que se refiere al derecho europeo, la Corte de Estrasburgo considera (por ahora...) que la Convención europea de resguardo de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales no da un derecho al divorcio: de esta manera, por un fallo del 18 de diciembre de 1986, ella rechazó condenar a Irlanda (CEDH, 18 de diciembre de 1986, *Johnston et alii c. Irlanda*, serie A, N° 112).

Pero volvamos al derecho francés y más precisamente a la ley del 26 de mayo de 2004. Consideraré uno tras otro sus dos rasgos más notables, que estaban ya en la ley del 11 de julio de 1975: el pluralismo de las causas de divorcio (A) y la desdramatización del divorcio (B).

A. El pluralismo de las causas del divorcio

Así como aparece en la ley del 26 de mayo de 2004, el derecho francés prevé cuatro casos de divorcio: el divorcio por mutuo acuerdo (a), el divorcio aceptado (b), el divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal (c) y el divorcio por culpa (d).

a. El divorcio por consentimiento mutuo

Se trata de un divorcio en el que, bajo el control del juez, los cónyuges se ponen de acuerdo sobre su principio y sobre sus efectos, personales y pecuniarios.

Su acuerdo sobre el principio del divorcio resulta de su solicitud conjunta; su acuerdo sobre las consecuencias se expresa en una convención que ellos someten a la aprobación del juez.

Este divorcio era llamado divorcio por solicitud conjunta en la ley de 1975. Representa entre 40 y 45% de los divorcios.

La ley de 2004 lo simplificó suprimiendo dos plazos: por una parte, el plazo de seis meses a contar del matrimonio, durante el cual este tipo de divorcio estaba prohibido, seguramente para evitar matrimonios por conveniencia, sin real intención matrimonial (matrimonio para legitimar un hijo o dar a uno de los cónyuges la nacionalidad del otro); por otra parte, el plazo de reflexión de tres meses a contar de la petición inicial de los cónyuges, que debían así comparecer dos veces ante el juez, mientras que, a partir de 2004, el juez puede pronunciar el divorcio incluso en su primera comparecencia.

Pero cuidado: este divorcio sigue siendo un divorcio judicial y esto desde dos puntos de vista:

1. Es el juez quien pronuncia el divorcio. El consentimiento mutuo no permite un divorcio administrativo, a través de una declaración en la municipalidad,² como algunos lo sugerían en caso de no haber descendencia. No hay entonces paralelismo de forma entre el matrimonio y el divorcio;

² En Francia, el matrimonio civil tiene lugar en la Municipalidad de la que dependen los novios y es pronunciado por el alcalde (N. de T.).

2. El juez controla el acuerdo de los cónyuges. Tratándose tanto del principio como de las consecuencias del divorcio, él se asegura de que su consentimiento es serio, libre e informado. Además, tratándose de las consecuencias del divorcio, personales y pecuniarias, rechaza la aprobación de la convención si estima que esta protege de manera insuficiente los intereses de los hijos o de uno de los cónyuges; y si el juez rechaza la aprobación, no puede pronunciar el divorcio: existe una indivisibilidad entre la declaración y la determinación de sus consecuencias.

b. El divorcio aceptado

Se trata de un divorcio en el que los cónyuges aceptan el principio, pero en el que no logran fijar juntos las consecuencias. Como en el caso anterior, el divorcio encuentra su principio en el acuerdo de los cónyuges, pero, a diferencia del caso precedente, es el juez quien fija los efectos de él: más precisamente, en base a la constatación del doble acuerdo de los cónyuges, el juez declara el divorcio y fija sus consecuencias. Es una forma suavizada del divorcio por mutuo acuerdo.

Este divorcio era llamado divorcio por demanda aceptada en la ley de 1975. Representa alrededor de 13% de los divorcios.

Dos precisiones:

1. El acuerdo de los cónyuges sobre el principio del divorcio puede ser graduado: puede existir desde el comienzo del procedimiento, en cuyo caso el divorcio es solicitado por ambos cónyuges; pero puede también aparecer durante la tramitación del procedimiento, en cuyo caso el divorcio es solicitado por uno de los cónyuges y el otro acepta más tarde, aceptación que es irrevocable. En todo caso, el juez vigila que el consentimiento de cada uno sea libre.

2. Los demandantes o el demandante no está obligado a exponer los hechos que justifican su demanda, es una innovación de la ley de 2004.

c. El divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal

Se trata de un divorcio pedido por uno de los cónyuges debido a la cesación de la vida en común por más de dos años. Es un divorcio contencioso, porque, por hipótesis, uno de los cónyuges no quiere divorciar (se deja aquí de lado el asunto, extremadamente complejo, de las demandas reconventionales); es también un divorcio remedio, sin consideración de ninguna culpa, es decir, sin tomar en cuenta la causa de la ruptura de la comunidad de vida.

Se le llamaba divorcio por ruptura de la vida en común en la ley de 1975. Es el tipo de divorcio que ha suscitado mayor polémica tanto en 1975 como en 2004, aun cuando sólo representa el 2% del total. La ley de 2004 liberalizó muy notablemente las condiciones:

- El tiempo requerido de la separación de hecho era de 6 años: este periodo fue dividido por tres.
- La ley de 2004 suprimió una cláusula de salvaguardia que se denominaba "cláusula de dureza": el juez podía rechazar la solicitud si el demandado establecía que el divorcio tenía para él o para los hijos consecuencias materiales o morales excepcionalmente graves.
- La ley de 1975 imponía al demandante asumir todas las consecuencias pecuniarias del divorcio; particularmente, tenía la obligación de socorrer a su cónyuge, bajo la forma de una pensión alimenticia sujeta a revisión; perdía todos los beneficios de las donaciones y ventajas matrimoniales que éste hubiese podido consentirle. De este dispositivo, que muestra que la ley de 1975 no había completamente dissociado las consecuencias del divorcio de su causa, no queda nada en la nueva ley: el deber de socorro desaparece en todos los casos de divorcio, el destino de las donaciones y ventajas matrimoniales es determinado haciendo abstracción de la causa del divorcio.

Considerando estas modificaciones, se puede decir que, a partir de ahora, ningún cónyuge está encerrado en el matrimonio. Algunos, hostiles a este divorcio que uno de los cónyuges puede imponer al otro sin tener nada que reprocharle, han hablado de "divorcio repudio": fórmula excesiva, incluso exagerada, ya que el repudio evoca una prerrogativa marital, masculina, un atentado violento a la igualdad de sexos, mientras que la facultad de pedir el divorcio es aquí bilateral. Si debiéramos hacer una analogía, sería más bien con la regla del derecho de los contratos, según la cual un contrato indefinido puede ser liquidado por la voluntad unilateral de una de las partes: corolario de la prohibición de las obligaciones a perpetuidad. En el fondo, lo que la nueva ley acentúa es la naturaleza contractual –más que institucional– del matrimonio; lo que ella consume es la ruptura con la concepción canónica, sacramental, del matrimonio, para retomar la concepción que de él tenía el derecho de la Revolución.

d. El divorcio por culpa

Se trata de un divorcio por petición de uno de los cónyuges que acusa a su cónyuge de una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio, que vuelve intolerable la vida en común. Es a la vez un divorcio con-

tencioso, porque los cónyuges se oponen; un divorcio sanción, porque supone una falta, y un divorcio remedio, porque es necesario que la falta, supuestamente reconocida como verdadera, haya vuelto insoportable la vida en común.

Este caso de divorcio, que es el caso "histórico", el de la ley de 1884, representa entre 40 y 45% de los divorcios: sigue siendo más frecuente en provincia que en la región parisina.

La ley de 2004 no lo modifica notablemente, excepto en un punto: ya no existe más ninguna causa perentoria, es decir, ninguna falta cuya constatación obligue al juez a pronunciar el divorcio. La ley de 1884 preveía dos causas: el adulterio y la condena a una pena criminal grave. La ley de 1975 había suprimido la primera. La ley de 2004 suprime la segunda. Desde ahora, entonces, el juez dispone siempre de poder de apreciación.

Algunos, en 2004, querían suprimir esta causa de divorcio, y esto por dos razones principales: una razón de hecho, a saber, el carácter ilusorio y vano de la búsqueda de faltas en una pareja que se desgarran; una razón de derecho, extraída de los múltiples ataques al derecho de respeto de la vida privada que generan los procedimientos del divorcio por culpa, especialmente con las constataciones de adulterio y la violación de correspondencia privada. Luego de haber dudado, el legislador finalmente mantuvo este tipo de divorcio, por dos razones: permitir a uno de los cónyuges salir del matrimonio con un certificado de inocencia y limpio de toda sospecha; confirmar la existencia de deberes y obligaciones en el matrimonio –socorro, fidelidad, asistencia, comunidad de vida–, que no pueden tener existencia jurídica sin sanción.

Dos observaciones para concluir sobre las causas de divorcio:

En primer lugar, este pluralismo de causas desemboca en un sistema que se puede llamar de divorcio a la carta: para cada persona –o más bien: para cada pareja– su divorcio. Sólo hay una puerta para entrar al matrimonio; hay varias para salir de él. Algunos ven allí una fuente de complicaciones. Ante lo cual otros replican que esta complicación es útil desde el momento en que permite dar cuenta de la diversidad sociológica de los que se divorcian, que son el reflejo de la diversidad del sentimiento religioso, de los medios socio-culturales o incluso de los niveles socio-económicos.

En segundo lugar, la ley prevé puentes hacia el divorcio por consentimiento mutuo, que permiten a los cónyuges involucrados en uno de los otros tres casos de divorcio poder derivar hacia él. Es claramente el signo de la ley por favorecer un divorcio consentido por ambos cónyuges. De donde nace, por otra parte, una innovación de la ley de 2004: cuando uno de los cónyuges pide

el divorcio, no está obligado, en su primera solicitud, a indicar la causa de ello; sólo más tarde, luego del fracaso del intento de conciliación, durante el cual el juez debe invitar a los cónyuges si no a reconciliarse, al menos a ponerse de acuerdo sobre el principio y las consecuencias de su divorcio, o sea, a tomar la vía del acuerdo mutuo.

B. La desdramatización del divorcio

Ella reviste tres aspectos, que son la disociación de los efectos y de las causas del divorcio (a), la concentración en el tiempo de los efectos del divorcio (b) y la contractualización de los efectos del divorcio (c).

a. La disociación de los efectos y de las causas del divorcio

Desde ahora los efectos del divorcio se determinan sin considerar sus causas, o sea, sin considerar culpas eventuales de los cónyuges o de uno de ellos.

He aquí tres ejemplos:

1. El otorgamiento de la compensación económica. La compensación económica –que reemplaza la pensión alimenticia desde 1975 (infra, b)– está desligada de cualquier idea de responsabilidad por culpa. Esta compensación se debe en razón de la sola constatación objetiva de que el divorcio crea una disparidad entre los respectivos niveles de vida de los cónyuges. Se encuentra entonces en todos los tipos de divorcio: en el caso de divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal, el demandante, quien de alguna manera abandona a su cónyuge, también puede solicitarla; y en el caso de divorcio por culpa, incluso el esposo por cuyas faltas el divorcio ha sido pronunciado puede solicitarla también. Estas son dos innovaciones de la ley de 2004, que, sin embargo, ha puesto un límite a la segunda: el esposo por cuyas faltas el divorcio ha sido pronunciado por culpa puede recibir una negativa a su solicitud de compensación económica, de la que se supone satisface los requisitos, en caso de que la imparcialidad lo exija, considerando las circunstancias de la ruptura (abandono culpable; falta de excepcional gravedad).

2. El destino de las donaciones y ventajas matrimoniales. Antes de 2004, dependía de la causa del divorcio: aquel contra quien el divorcio era pronunciado, ya sea por faltas de su exclusiva responsabilidad, ya sea a su solicitud por ruptura de la vida en común, perdía automáticamente las donaciones y ventajas matrimoniales que se le habían concedido, mientras que su cónyuge conservaba los suyos; cuando el divorcio no había sido pronunciado contra uno de los cónyuges, es decir, cuando había existido solicitud conjunta o demanda

aceptada o culpa con responsabilidad compartida, cada esposo tenía la facultad de revocar las donaciones y ventajas concedidas al otro, y, si no decía nada, se suponía que las conservaba. Desde 2004, el destino de las donaciones y ventajas matrimoniales está completamente dissociado de las causas del divorcio. La ley hace una distinción completamente diferente, según el objeto de la donación o de la ventaja:

- o bien la donación o la ventaja matrimonial ya produjo sus efectos antes del divorcio (ejemplo: donación de bienes presentes, adopción de una sociedad universal de bienes), y se mantienen;
- o bien la donación o la ventaja matrimonial sólo debía producir sus efectos en el momento de la disolución del matrimonio o con ocasión del deceso de uno de los cónyuges (ejemplos: donación de bienes futuros, es decir, de todo o una parte de la sucesión del donante; renuncia a los gananciales de la comunidad), y son revocados automáticamente, excepto por voluntad contraria del esposo que las ha concedido.

De esta manera ya no son consideraciones subjetivas, a saber, la imputabilidad de las culpas, las que guían el destino de las donaciones y ventajas matrimoniales; son consideraciones objetivas: la estabilidad de las situaciones adquiridas y la seguridad jurídica.

3. La autoridad sobre los hijos, patria potestad, está reglamentada sin considerar las faltas que hayan podido cometer los cónyuges entre ellos, sino basada únicamente en función del interés del hijo: el principio es que su ejercicio sigue siendo en común y que la residencia del niño se fija ya sea en casa de uno de los padres o bien en ambas casas alternativamente; sólo en caso de que el interés del hijo lo requiera, el juez podrá confiar solamente a uno de ellos el ejercicio de la patria potestad. Y no es siquiera la legislación del divorcio la que lo ordena, es la legislación sobre la patria potestad, a la que simplemente remite la primera. El título del Código Civil consagrado a la patria potestad incluye un párrafo titulado "Del ejercicio de la patria potestad por padres separados", donde se revisan en conjunto todos los tipos de separación de los padres: no sólo los casos de padres divorciados, sino también aquellos en que los padres, casados o no, viven separados.

b. La concentración en el tiempo de los efectos del divorcio

Aquí se trata solamente de los acuerdos pecuniarios.

Desde la elaboración de la gran reforma de 1975, se constató que entre cónyuges divorciados las obligaciones de tracto sucesivo y sujetas a revisión

constituyen la fuente de un doble contencioso particularmente abundante, de la ejecución y de la revisión. De allí nació la idea de que es necesario concentrar en el tiempo, en torno al juicio de divorcio, los arreglos pecuniarios. Esta idea, presente ya en la ley de 1975, se encuentra con mayor fuerza aún en la ley de 2004.

El principio de concentración en el tiempo de los acuerdos pecuniarios explica en primer lugar que los derechos pecuniarios deben ser fijados durante la instancia de divorcio y no después del pronunciamiento de este:

- De esta manera, la compensación económica debe ser solicitada durante esta instancia; una vez pronunciado el divorcio, es muy tarde.
- De la misma manera, las indemnizaciones que puede obtener el esposo al que el divorcio causa un daño de una especial gravedad deben ser solicitadas durante la instancia de divorcio; una vez que se ha dictado la sentencia de divorcio, ya es muy tarde.
- De la misma manera, la voluntad de los cónyuges de mantener las donaciones o ventajas que teóricamente son revocadas (v. supra, a) debe manifestarse durante el inicio del juicio de divorcio; luego, esta voluntad será ineficaz.
- Finalmente, conviene acercar a estas reglas aquella según la cual las operaciones de liquidación y de partición del régimen matrimonial deben finalizar dentro del año del divorcio, si no se hizo a través del acuerdo de los cónyuges durante el procedimiento de divorcio.

El principio de concentración en el tiempo de los acuerdos pecuniarios explica enseguida la naturaleza y los caracteres de la compensación económica, que constituye una pieza clave de los efectos pecuniarios del divorcio.

- Tratándose de su naturaleza, el principio esencial es que ella toma la forma, no de una renta donde por suposición la ejecución se extendería en el tiempo, sino más bien de un capital. Más precisamente, ella se ejecuta por la atribución, ya sea de una suma de dinero, que puede ser objeto de un pago en cuotas por un periodo máximo de 8 años, ya sea un derecho de uso o de habitación o de un derecho de usufructo o incluso de la propiedad de bienes muebles e inmuebles. De esta manera, el esposo deudor puede ser expropiado de uno de sus bienes por el juez (excepto, en todo caso, para los bienes que ha adquirido por sucesión o donación: excepción que se explica por la preocupación de proteger los bienes de familia).

Dicho esto a título excepcional, la compensación económica puede tomar la forma de una renta vitalicia cuando el acreedor, debido a su edad o a su estado de salud, no puede financiar sus necesidades, es decir, no puede trabajar. Y porque esta incapacidad es juzgada definitiva, la renta es necesariamente vitalicia: no puede ser temporal. Pero, incluso en este caso, la preferencia de la ley por el capital se mantiene. Esta preferencia explica que la compensación económica puede ser mixta, es decir, constituirse en renta y en capital; que una vez fijada en renta, su conversión en capital pueda ser solicitada en cualquier momento, por el deudor o por el acreedor y que el juez no puede rechazar esta solicitud sino por una decisión especialmente motivada; que en el momento del deceso del deudor, la compensación económica, que pasa a los herederos en los límites del monto de la herencia, se encuentra entonces convertida en capital (excepto cuando todos los herederos deciden lo contrario, pero que deben entonces responder del monto de la renta con sus bienes).

Tratándose de las características de la compensación económica, el principio es que ella es fijada con anterioridad, es decir, que no puede ser revisada ni para aumentarla ni para rebajarla. La decisión del juez sobre el principio y sobre el monto de la prestación es extremadamente importante: es por esta razón que la ley enumera detalladamente, con precisión, los elementos que debe tomar en cuenta para estatuir (especialmente la duración del matrimonio, la edad, la salud, la situación profesional de los cónyuges, su situación patrimonial respectiva, presente y previsible).

Dicho esto, el carácter fijo o a todo evento sólo es absoluto si la prestación toma la forma de un capital pagable en una sola vez. Se flexibiliza si el capital se puede pagar en cuotas: el deudor que justifica un cambio importante en su situación puede pedir una repactación de su deuda en más de ocho años. Se flexibiliza aun más cuando el capital toma la forma de una renta (lo que, recordémoslo, es excepcional): la renta está sujeta a revisión (para reducirla y, luego de una primera disminución, para aumentarla dentro de los límites del monto primitivo), a suspensión e incluso a supresión en caso de cambio importante en las necesidades o los recursos de una de las partes; además si el acreedor sobrevive al deudor y recibe entonces una renta de reversión, el monto de esta se deduce de la renta.

Tres observaciones para terminar con el principio de concentración en el tiempo.

- De cierta manera, la ley de 2004 ha flexibilizado este principio desde el momento en que la ejecución de la prestación se distribuye en el tiempo, ya sea que tome la forma de un capital pagable en varias cuotas o de una renta vitalicia. Efectivamente, la ley de 1975 excluía la revisión de la renta excepto en casos muy justificados. Esta flexibilización se explica por el cambio de la

coyuntura económica: los años 70 eran años de mucho empleo, los años 2000 están ensombrecidos por una cesantía de difícil reabsorción.

- Este mismo principio evidentemente no se impone a los cónyuges que divorcian por mutuo acuerdo. En la convención que, por suposición, determina las consecuencias de su divorcio, ellos pueden estipular una compensación económica bajo forma de renta temporal y pueden también, cualquiera sea la forma (capital, renta vitalicia o temporal), prever su revisión judicial en caso de cambio importante en la situación de uno de los ex cónyuges. Precizando aquí que si ellos no han previsto esta revisión y han estipulado una renta, ésta está sujeta a conversión en capital o a revisión, suspensión o supresión, como si hubiera sido fijada por el juez: la fuerza obligatoria del contrato cede frente a las situaciones de emergencia (es un caso de revisión judicial del contrato).
- Con el fin de permitir organizar estos acuerdos pecuniarios durante el curso del juicio sin que el procedimiento se vea excesivamente entrabado, la ley prevé varias medidas. Así, desde la primera solicitud, el demandante debe presentar una proposición, supuestamente unilateral, para determinar los intereses pecuniarios: se trata de hacerle tomar conciencia de la dimensión económica del divorcio que él solicita. De esta manera, especialmente desde las medidas provisorias, el juez puede designar un profesional calificado para proponer un arreglo de los intereses pecuniarios de los cónyuges y un notario para establecer un proyecto de liquidación y de partición del régimen matrimonial.

c. La contractualización de los efectos del divorcio

El legislador de 1975 y el de 2004 guiaron una política de pacificación de las relaciones entre los cónyuges en vía de separación. De esta manera, en todas partes, la ley estimula que los cónyuges se pongan de acuerdo en las consecuencias personales y financieras de su divorcio.

Por supuesto que conviene dejar aparte el divorcio por mutuo acuerdo que supone un acuerdo completo de los cónyuges en todas las consecuencias de su divorcio, incluida la liquidación del régimen matrimonial: acuerdo consignado en una convención sometida a la aprobación del juez (supra, A-1°).

Pero, incluso en los otros casos de divorcio (divorcio aceptado, divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal, divorcio por culpa), donde *a priori* no hay acuerdo entre los cónyuges en cuanto a las consecuencias de la ruptura, la ley de 2004 prevé que el juez debe invitar a los cónyuges a arreglar amistosamente estas consecuencias y que los cónyuges pueden concluir durante el inicio del juicio una convención que regule todo o una parte y que ellos la someterán a la aprobación del juez encargado de verificar que ésta preserva

los intereses de cada uno de los cónyuges y de los hijos. De esta manera, el arreglo amistoso, total o parcial, de las consecuencias del divorcio se ha convertido en el principio.

Tratándose más particularmente de la liquidación de su régimen matrimonial, los cónyuges pueden, durante el inicio del juicio, aceptar convenciones de liquidación anticipada, especialmente de comunidad o de separación de bienes. Naturalmente, estas convenciones se celebran bajo la condición suspensiva de la declaración del divorcio. No están sometidas a la aprobación del juez, pero deben ser notariadas si se trata de inmuebles (y esto por razones de publicidad hipotecaria).

Finalmente, es necesario señalar aquí que esta voluntad de pacificación se vuelve a encontrar en el procedimiento. Por una parte, excepto en el caso de consentimiento mutuo, una tentativa de conciliación es obligatoria, en primer lugar sin la presencia de los abogados, cuyo objetivo ya no es tanto intentar reconciliar a los cónyuges (como era el caso antiguamente), sino invitarlos a ponerse de acuerdo, si ya no en cuanto al principio del divorcio, al menos en sus consecuencias. Por otra parte, la ley de 2004 da un lugar importante a la mediación: durante la tentativa de conciliación, el juez puede proponer a los cónyuges una medida de mediación y, luego de haber obtenido su consentimiento, designar a un mediador familiar; incluso puede ordenarles reunirse con un mediador que les explicará lo que es una mediación, para evitar que ambos cónyuges o uno de ellos rechace la medida antes de saber de qué se trata.

Este es el derecho francés del divorcio. Un derecho complejo, quizás más complejo que el de otros países, pero que traduce, tratándose de las causas del divorcio, la diversidad cultural de la sociedad francesa y, tratándose de sus efectos, la preocupación que el derecho francés tiene por resguardar el equilibrio entre la libertad contractual y la protección del débil, ya que la prueba que seguirá siendo siempre el divorcio enfrenta a dos cónyuges de los cuales, muy a menudo, uno es más fuerte o menos vulnerable que el otro.