

CAPITULO CUARTO
SEPARACION PERSONAL POR MUTUO CONSENTIMIENTO

ARTICULO 205	85
1. Observaciones generales	85
2. Observaciones en particular	86

CAPITULO CUARTO
SEPARACION PERSONAL POR MUTUO
CONSENTIMIENTO

ARTICULO 205

Art. 205 Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto en el artículo 236.

1. OBSERVACIONES GENERALES

El nuevo régimen regulador del matrimonio sigue la solución que incorporara a nuestra legislación la ley 17.711, que introdujo el divorcio por mutuo consentimiento en el artículo 67 bis de la ley 2393.

Por cierto que tal posición no resultaría extraña si el mutuo consentimiento, también denominado divorcio por presentación conjunta o causa reservada, se introdujera como institución complementaria de la denominada separación personal. Antes bien, ello sería congruente atento la asimilación que puede efectuarse entre ésta y el divorcio tal cual lo legislara la ley de matrimonio civil derogada.

Pero la reforma se vuelve objeto de fundadas críticas cuando establece el mutuo consentimiento tanto para la separación personal como para el divorcio vincular, limitándose a extender a tres años el plazo mínimo de convivencia matrimonial.

Reservaremos para el momento de analizar el artículo 215 del Código Civil las objeciones que formulamos a dicha posición legal.

2. OBSERVACIONES EN PARTICULAR

La similitud de regulación normativa del mutuo consentimiento con la seguida por el derogado artículo 67 de la ley 2393 permite aplicar toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial efectuada al respecto. Pero, del mismo modo, determina se realicen las críticas y observaciones que mereciera la anterior norma y otras que surgen de las innovaciones introducidas.

Es así como podemos indicar las siguientes:

a) Se sigue la misma solución referida a que sea el juez del divorcio el que actúe como órgano de conciliación, adoptando el sistema menos aconsejable por cuanto se intenta la conciliación cuando el problema ha asumido tal gravedad que ya se han demandado la separación personal o el divorcio, olvidando o ignorando nuestra ley todo el desarrollo alcanzado por los sistemas de tratamiento del conflicto conyugal, aplicados con éxito en gran número de países¹.

b) No encuentran respuesta los interrogantes planteados acerca de lo que debe entenderse cuando se hace mención a las "causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común", replanteándose en consecuencia las controversias sobre si cabe remitir exclusivamente a las causales contempladas en la ley —en el caso las previstas en el artículo 202 del Código Civil para la separación personal y excluyendo las del artículo 203 en lo que atañe al divorcio— o si es posible señalar hechos o circunstancias no previstas como causales para fundar la pretensión.

La primera de las interpretaciones, a la que prestáramos total adhesión, se vería reforzada a nuestro entender luego de la reforma, pues no es admisible que pueda arribarse al divorcio vincular alegando situaciones extrañas a las que la

¹ Ver sobre este tema D'ANTONIO, D. H., *Derecho de Menores*, 3a. edición, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 64/67 y 392/394.

propia ley ha ponderado como aquellas que —por su entidad— autorizan a demandar el divorcio. Esta afirmación se sustenta en la naturaleza jurídica del matrimonio-estado, entendido como institución y no como mera relación jurídica de índole contractual.

Por cierto que esta posición puede encontrarse circunstancialmente controvertida por las orientaciones de la legislación de ciertos países que han consagrado el divorcio-remedio, dejando librada a la voluntad individual la destrucción de la institución.

Pero esta “evolución” legislativa en la esfera del derecho comparado no constituye argumento valedero para desestimar los principios básicos en que asienta el Derecho de Familia ni dejar de lado el Derecho de Familia Interno Argentino².

Sostiene con razón Zannoni que las vivencias arraigadas en la realidad familiar son intransferibles de cada país, en sus costumbres y en su práctica, por lo que si bien el derecho comparado es útil como fuente de soluciones posibles, no puede ser trasvasado sin confrontar cuidadosamente los elementos de aquella realidad familiar propia³.

c) Subsisten problemas de índole procesal, a los cuales no es ajena la regulación legal del mutuo consentimiento pues es, precisamente, la que le da orgien.

Así, seguirán siendo aspectos controvertidos el patrocínio letrado único; el desistimiento unilateral; la conversión del muto en separación personal o divorcio por causa expre-

² El Derecho de Familia Interno escapa a toda reglamentación por parte del Estado, siendo deber de éste reconocer esa esfera autárquica en que se mueve la familia, siendo vivido, concebido y practicado por la familia sin intervención extraña (v. BONET RAMON, Francisco, *Compendio de Derecho Civil-Familia*, Madrid, 1960, p. 16).

³ ZANNONI, E. A., *Ponencia sobre patria potestad*, Sextas Jornadas de Derecho Civil, Santa Fe, 1977. Desde una perspectiva más rigurosa, Alberto D. Molinario niega utilidad al estudio del derecho comparado en el Derecho de Familia (Prólogo al libro de Julio César Rivera, *Habilitación de edad*, p. 13, nota 1).

sa —al que algunos llaman, pretendiendo una diferencia que no existe, “contencioso”—; la no comparecencia a la segunda audiencia; la presencia de los letrados en las mismas; la posibilidad de recurrir y otros aspectos no menos importantes.

d) Lugar aparte merece la consideración de los aspectos referidos al régimen económico conyugal.

La reforma mantiene como posibilidad la de acordar en relación a los bienes que componen la sociedad conyugal, como así también respecto de la tenencia de hijos y régimen de visitas, atribución del hogar conyugal y exclusión de domicilio y alimentos, apartándose de la solución seguida en el Proyecto de Diputados que imprimía a tales acuerdos condición de admisibilidad de la “demanda”⁴.

En lo que atañe a la sociedad conyugal el nuevo artículo 205 del Código Civil, en su correlación con el artículo 236 del mismo código trae importantísimas innovaciones.

En primer lugar adviértase que el derogado artículo 67 bis de la ley 2393, en un párrafo escueto e incompleto, expresaba que “si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta se tramitará por vía sumaria”. Ello así, la mencionada ley admitía la posibilidad de acuerdo entre los cónyuges, pero sólo a los fines de establecer cómo habría de liquidarse la sociedad conyugal, es decir, para producir efectos una vez disuelta la misma con la sentencia de divorcio⁵.

Pero la redacción otorgada al artículo 236 del Código Civil por la reforma parecería, en primer análisis, exceder el estrecho marco en que se reunían tales acuerdos y dar una idea

⁴ La reforma denomina con la clásica institución procesal a la presentación conjunta, lo cual no es desacertado por cuanto la misma importa deducir una pretensión y requerir el servicio de justicia por ambos cónyuges.

⁵ Tal la interpretación que resultaba con toda claridad del texto del artículo 67 bis y de su correlación con los artículos del Código Civil que regulan lo concerniente al régimen patrimonial conyugal, especialmente los artículos 1218, 1219, 1313 y 3462.

de prevalencia de la voluntad individual sobre materia donde se encuentra comprometido el orden público⁶.

En efecto, así podría inferirse del párrafo del artículo 236 destinado a regular este aspecto cuando expresa que “las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal”.

Entendemos que se trata sólo de un defecto de redacción y que la interpretación que corresponde es la que deriva de ensamblar dicho párrafo con el siguiente, del cual claramente surge que tales acuerdos sólo pueden referirse a la liquidación de la sociedad conyugal.

Toda conclusión distinta significaría ampliar el campo de la voluntad particular para avanzar sobre el de la sociedad conyugal de bienes, que sigue siendo en nuestro derecho un régimen legal imperativo e inmutable⁷.

Por consiguiente, consideramos que se mantiene el sistema implementado por la reforma de 1968, admitiéndose que los cónyuges puedan acordar todo lo vinculado con la forma en que habrá de liquidarse la sociedad conyugal, acuerdos que se encuentran supeditados al acogimiento de la pretensión de separación personal o divorcio por la respectiva sentencia y que carecerán de valor a los fines instrumentados en caso de no arribarse al acto jurídico sentencial o si el mismo no hace lugar a la demanda.

e) Pasamos ahora a ocuparnos de una trascendente innovación incluida en el proyecto aprobado por Diputados y que no tuviera receptación en el Senado.

⁶ Ver FERRER, F. M., ob. cit., p. 242, donde expresa que todo lo relacionado al nacimiento, vida y extinción de la sociedad conyugal es materia de orden público.

⁷ Cfr. MENDEZ COSTA, M. J., *Estudios sobre sociedad conyugal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1981, p. 77, completando la autora la tipificación diciendo que es de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas y de partición por mitades.

Nos referimos a los requisitos que a modo de condición de admisibilidad de la presentación conjunta o demanda requirente de separación personal o de divorcio vincular contemplara dicho proyecto.

Oportunamente hemos destacado la importancia que han tenido en las iniciativas de reformas a la legislación de familia las innovaciones introducidas en el ordenamiento legal de España.

Nos encontramos ahora con una prueba evidente de tal influencia, en tanto se proyectó requerir, para acceder a la vía del mutuo consentimiento, el dar cumplimiento a los recaudos contemplados en el artículo 226, ambos del Código Civil, norma esta última que imprimía, como condición de admisibilidad de la demanda o presentación conjunta, que los cónyuges acuerden lo relativo a la tenencia y régimen de visitas de los hijos, a la exclusión y atribución de vivienda y al régimen alimentario.

Estos recaudos son denominados en derecho español convenios reguladores y han sido contemplados, con alcances peculiares, en el artículo 81 del Código Civil, conforme a la reforma del año 1981.

Su inclusión en la ley de fondo es criticada por Zarraluqui, quien afirma que el incumplimiento de esta exigencia, en un ordenamiento debidamente diferenciado, podría imposibilitar el acceso al proceso judicial de mutuo acuerdo, donde las discrepancias entre los cónyuges carecen de lugar, sosteniendo que en modo alguno procede su inclusión en el Código Civil para restringir la concordancia de voluntades de los esposos y hacer inviable la separación⁸.

La doctrina nacional ha criticado con diversos argumentos la inclusión de estos requisitos. Así, sostiene Belluscio

⁸ ZARRALUQUI, L., *La voluntad de los cónyuges como causa de separación*, Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, 9 de mayo de 1985.

que si se parte de la admisibilidad de la idea de que conviene el divorcio consensual para evitar el inútil estrépito forense, no se ve por qué razón los que están de acuerdo en separarse no puedan someter al juez sus diferencias sobre esos puntos⁹; opinión compartida por Mazzinghi, quien se inclina porque sea el juez quien resuelva tales aspectos, reduciéndose el área conflictiva y dado que los mismos nunca son resueltos en forma definitiva, quedando abiertos a un eventual debate aun cuando medie un acuerdo inicial¹⁰.

Para la doctora Lampugnani, no se justifica demorar o impedir el proceso de separación personal o de divorcio vincular en procura de otros actos jurídicos anexos que no hacen a lo principal¹¹, mientras que Zannoni y Bossert sólo enjuician la inclusión del retiro de uno de los cónyuges del hogar conyugal, en tanto, sostienen, no es forzoso que deba ello acordarse antes de la sentencia o al presentar la demanda¹².

Parcializa también su crítica Scala, quien sólo observa que parece más ajustado dejar a la prudencia del juez los aspectos concernientes a la tenencia de hijos y régimen de visitas¹³.

En nuestra opinión las críticas que se formulan a la necesidad de arribar a acuerdos sobre los temas que el proyecto de Diputados contemplaba no alcanzan para justificar su exclusión en la reforma sancionada.

En primer lugar cabe apreciar que la facilitación emergente del procedimiento regulador del mutuo consenti-

⁹ BELLUSCIO, A. C., ob. cit., en La Ley del 7 de noviembre de 1986.

¹⁰ MAZZINGHI, J. A., ob. cit., en La Ley del 1° de diciembre de 1986.

¹¹ LAMPUGNANI, Norma, Zeus, t. 43 (en prensa).

¹² BOSSERT, G. - ZANNONI, E. A., ob. cit., en La Ley del 11 de noviembre de 1986.

¹³ SCALA, J., ob. cit., en La Ley del 16 de diciembre de 1986. Para un cotejo de la legislación comparada sobre este tema de los acuerdos conyugales, cfr. el excelente trabajo de la Dras. Wagmaister y Levy, *Acuerdo entre cónyuges en la proyectada reforma a la ley de matrimonio civil*, publicado en La Ley 1986 D-1087.

miento para la separación personal y el divorcio merece que, como contrapartida, se imponga a los cónyuges que accedan a un trámite simplificado, acelerado y desde muchos aspectos menos costoso, que convengan no sólo en lo referido a divorciarse sino también, y al mismo tiempo, en temas que no pueden considerarse menos importantes o desvinculados del conflicto matrimonial.

Si la ley permite acceder a una vía que desbroza dificultades para arribar a la sentencia, aparece lógico que se establezcan requisitos para acordar en materia tan delicada y trascendente como es la tenencia de los hijos y el régimen de visitas; la permanencia en el hogar conyugal y el aspecto alimentario. De esa manera se evita que se instrumente el mutuo consentimiento difiriendo la solución de temas tan relevantes, lo que da lugar a una verdadera desnaturalización del procedimiento previsto por la ley y a que se entablen complejas y prolongadas controversias paralelas que no pueden obtener un final correlativo al divorcio.

Igualmente, el imponer los acuerdos como condición de admisibilidad del mutuo consentimiento constituye un resguardo y una garantía para los intereses del cónyuge inocente, que muchas veces es llevado al trámite simplificado a través de promesas que luego no se concretan. Adquiere entonces la norma connotaciones disuasivas para el caso no infrecuente de que haya en realidad un solo culpable de la situación conyugal, y no dándose un acuerdo que garantice los derechos del inocente, se evitará que éste no quede expresamente emplazado en la condición de tal al permitir se entable la respectiva acción contra el culpable.

f) Otra de las innovaciones que trae la reforma en esta materia es no haber establecido la equiparación a la condición de culpable que el derogado artículo 67 bis de la ley 2393 consagrara, determinando con dicha solución críti-

cas de la doctrina y una jurisprudencia oscilante que determinaría un importante fallo plenario¹⁴.

Por nuestra parte calificamos tal solución del artículo 67 bis como la más sabia de las disposiciones, dado que determinó en la práctica la subsistencia del divorcio por causa manifiesta, que resguarda los intereses del inocente¹⁵.

La reforma al régimen legal del matrimonio ha adoptado una posición resueltamente desacertada en cuanto omite toda referencia a las consecuencias que se derivan de la sentencia que emplaza a los cónyuges en el estado de familia de separados personalmente o divorciados, cuando han recurrido a la vía del mutuo consentimiento.

Al hacerlo pretende superar aquellas opiniones vertidas como crítica a la equiparación a culpable que la ley derogada contenía, pero podemos afirmar que ahora la norma vigente permite concluir que ambos cónyuges son inocentes, posición que fuera desestimada aun por los que consideraban que el artículo 67 bis había consagrado el divorcio-remedio, afirmando así Belluscio que "la desarticulación del matrimonio tiene que tener algún responsable"¹⁶.

De manera tal que ni siquiera si se pensara que con la introducción como causales de separación personal de las alteraciones mentales, el alcoholismo y la drogadependencia, o de la separación de hecho como causal de separación personal y divorcio, se ha establecido en nuestro derecho el divorcio-remedio —opinión que no compartimos—, sería procedente dejar de precisar lo concerniente a la culpa de los cónyuges y, por consiguiente, dejar establecidos los efectos que derivan de la equiparación.

¹⁴ Ver al respecto D'ANTONIO, D. H., en MENDEZ COSTA, M. J. y otros, *Derecho de Familia* cit., t. I, págs. 558/559.

¹⁵ D'ANTONIO, D. H., *El juicio de divorcio*, Zeus, t. 27 - D - 51.

¹⁶ BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. III, p. 641.

Al omitir la ley este aspecto se producen graves problemas, ya que aparecen sin solución importantes efectos de la separación personal, según se verá cuando tratemos dicho tema, determinando que sea preciso efectuar interpretaciones diversas para dar respuesta a los interrogantes¹⁷.

Ante la posición de la ley nos inclinamos por considerar que deberá tenerse a los cónyuges que han sido emplazados en el estado de separados personalmente o divorciados por una sentencia recaída en procedimiento de mutuo consentimiento como equiparados a la condición de culpables a todos los efectos que se derivan de tal situación. Ello resulta congruente con lo establecido por el nuevo artículo 3574, en su párrafo segundo, en tanto por el mismo se equipara en los efectos hereditarios a los cónyuges antes indicados y a los culpables de la separación personal o divorcio.

Recordamos que en el sistema consagrado por la reforma no hay declaración de culpabilidad en los supuestos de separación personal por las causales de alteraciones mentales graves, alcoholismo y drogadependencia (art. 203) y en la separación personal y divorcio por separación fáctica (arts. 204 y 214 inc. 2º), conforme lo establece el artículo 235 del Código Civil en su nueva redacción.

Ello determina una grave confusión, por cuanto no queda claro si al referirse la ley a la "no declaración de culpabilidad" (v. por ejemplo art. 209), se dirige sólo a estos últimos supuestos contemplados en el artículo 235 o comprende también al mutuo consentimiento.

¹⁷ Así, entre otros ejemplos que se verán, observamos que de los artículos 207 y 212 surgen expresos derechos para el cónyuge inocente, que no aparecen precisados cuando se ha recurrido al mutuo consentimiento.