

CAPITULO SEGUNDO
EL DOBLE REGIMEN DEL DIVORCIO
LA SEPARACION PERSONAL DE LOS CONYUGES

ARTICULO 201	47
1. Observaciones generales	47
2. Posición adoptada. Crítica de la doctrina	48
3. Nuestra opinión	49
4. Estados de familia específicos	50

CAPITULO SEGUNDO

EL DOBLE REGIMEN DEL DIVORCIO

LA SEPARACION PERSONAL DE LOS CONYUGES

ARTICULO 201

**CAPITULO IX
DE LA SEPARACION PERSONAL**

Art. 201 La separación personal no disuelve el vínculo matrimonial.

1. OBSERVACIONES GENERALES

La reforma al régimen legal del matrimonio ha optado por consagrar un doble régimen de separación conyugal, caracterizados uno u otro por acarrear o no la disolución del vínculo, según lo señalan las respectivas normas.

Este sistema, que sin lugar a dudas ha sido pensado para dar respuesta adecuada a quienes, por su formación religiosa, entienden el matrimonio como unión indisoluble, es el observado con mayor frecuencia en la legislación internacional. Se inclinan por la adopción del doble régimen en Latinoamérica: Colombia, Ecuador, Guatemala, Panamá, Perú, Venezuela y Uruguay, mientras que en Europa lo hacen Francia, Bélgica, Luxemburgo, Suiza, Inglaterra, Escocia, Portugal, Italia, España, Liechtenstein, Holanda, Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia e Islandia.

En el derecho norteamericano, igualmente consagran la concurrencia de divorcio vincular y separación de cuerpos diversos estados de la Unión, atento a la diversidad de regímenes acorde a su conformación política.

2. POSICION ADOPTADA. CRITICAS DE LA DOCTRINA

La solución adoptada por la reforma responde a la posición de la gran mayoría de la legislación comparada.

Señala al respecto Zannoni que de una rápida compulsa del derecho comparado puede considerarse que, hoy, es francamente mayoritaria la tendencia a legislar autónomamente la separación de cuerpos y el divorcio y, simultáneamente, prever la conversión de la separación en divorcio vincular, destacando que “en toda la materia del derecho de familia, al menos dentro de lo que podemos llamar la tradición liberal, se ha manifestado y profundizado un carácter no autoritario de su legislación, siendo previsible que muchas personas estén dispuestas a separarse de cuerpos, o a sobrellevar la separación, pero no acepten inicialmente una petición de divorcio vincular”¹.

Pero el citado autor se pronuncia en contra del doble régimen, expresando que una auténtica reforma de nuestro derecho positivo debe legislar sólo sobre el divorcio disolutivo del matrimonio sin mantener la separación de cuerpos, que no cumple función jurídica alguna y que, en todo caso, tiene “vocación a la disolución” a opción de cualquiera de los cónyuges separados. Califica Zannoni al doble régimen como generador de situaciones o estados de familia híbridos que producen efectos sustancialmente idénticos².

La adopción por la reforma del doble régimen la inserta en lo que Bossert y Zannoni denominan “fondo común legislativo” en el cual se establece la alternativa a opción de los cónyuges³.

Para Belluscio, tal desdoblamiento es innecesario ante la

¹ ZANNONI, E. A., *El divorcio vincular en la Argentina*, ps. 30/31.

² ZANNONI, E. A., ob. cit., p. 49.

³ BOSSERT, G. A. - ZANNONI, E. A., ob. cit. en nota N° 7, cap. I.

posibilidad que se otorga de convertir la separación personal en divorcio después de transcurrido un lapso, aun a pedido de cualquiera de los cónyuges, que puede ser el inocente de la separación, según lo autoriza el artículo 238. Para dicho autor, habría bastado con mantener simplemente el divorcio, estableciendo un lapso para poder contraer nuevo matrimonio —como lo hacía el artículo 31 de la ley 14.394— o un plazo diferencial para culpable e inocente⁴.

3. NUESTRA OPINION

Por nuestra parte consideramos acertada la posición asumida por la reforma.

Entendemos que de este modo la ley permite acceder a un procedimiento y obtener eventualmente un pronunciamiento jurisdiccional que, sin acarrear la consecuencia de disolver el vínculo matrimonial, dé lugar a los importantes efectos que la sentencia produce en relación a la persona y a los bienes de los cónyuges.

Obsérvese la trascendencia que tiene el divorcio no vincular —que así corresponde en nuestro parecer calificar a la denominada “separación personal”— cuando la reforma torna a la misma como institución general, regulando las causales y los efectos y remitiendo a sus articulados cuando trata el divorcio vincular (v. arts. 214 inc. 1° y 217).

Aun cuando el divorcio o repudio, en su acepción de separación con disolución de vínculo haya sido históricamente muy anterior al divorcio no vincular, es preciso recordar que la separación personal de los esposos como circunstancia aceptada o elegida a los fines de superar conflictos ha debido darse desde los primeros tiempos de la humanidad.

La separación no disolvente del vínculo adquiere signifi-

⁴ BELLUSCIO, A. C., ob. cit. en nota N° 7, cap. I.

cación jurídica con la concepción indisoluble del matrimonio derivada de las enseñanzas de San Agustín y reafirmadas por Graciano y Pedro Lombardo. De tal forma, la separación no vincular en el derecho pasó a producir importantes efectos pero sin autorizar ulteriores nupcias y manteniendo la denominación de “divorcio”, referida a la institución que en las Decretales de Gregorio IX se designaba como divorcio *quod thorum et mensam* y la escuela boloñesa *divortium quod thorum et mutuam servitutem*.

Si bien esta forma de divorcio ha sido generalmente denominada separación de cuerpos, no podemos dejar de resaltar la improcedencia de tal calificación pues, al igual que la adoptada por la reforma, que ha preferido aludir a la “separación personal”, es de toda evidencia que el divorcio que no disuelve el vínculo es una especie de divorcio⁵ y que sus efectos van mucho más allá de la persona de los cónyuges y repercuten con marcado énfasis en el régimen económico matrimonial, sin perjuicio de los demás efectos que del mismo se derivan.

4. ESTADOS DE FAMILIA ESPECIFICOS

Hemos precisado oportunamente que “el divorcio es la transformación del estado de familia matrimonial en otro estado, derivado de una sentencia, la cual emplaza a los cónyuges en la condición de divorciados, con efectos sobre su persona y sus bienes” y que una primera distinción permite apreciar la existencia de un divorcio vincular, que autoriza la celebración de nuevo matrimonio por los cónyuges divorciados, y otro que no produce este efecto, si bien da lugar a

⁵ BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia*, Depalma, Bs. As. 1981, t. III, p. 35.

importantísimas modificaciones en las relaciones personales y patrimoniales de los esposos⁶.

El reconocimiento legislativo de un medio que permita a los cónyuges arribar a una separación sin imponerles la disolución del vínculo matrimonial aparece como una solución esencialmente justa y así se lo ha admitido en la doctrina⁷.

Quien obtiene una sentencia de "separación personal" queda emplazado en el estado de familia de divorciado y, desde esa perspectiva, no median diferenciaciones respecto del denominado divorcio vincular.

Resultaría no suficientemente preciso que se calificara a tal persona como "separada personalmente", o que se considerara su situación como un estado de familia específico y distinto al de divorciado. Refiriéndose a lo que denomina "divorcio relativo" expresa Guastavino que es una institución jurídica consistente en el conjunto de reglas que autoriza a los tribunales, en virtud de causas determinadas, a eliminar el deber de cohabitación entre los cónyuges, con subsistencia del vínculo matrimonial, siendo su finalidad principal atemperar los efectos de un estado matrimonial patoló-

⁶ Cfr. D'ANTONIO, D. H., en *Derecho de Familia*, de MENDEZ COSTA, M. J., LORENZO DE FERRANDO, M. R., CADOCHÉ DE AZVALINSKY, FERRER F. A. M. y ROLANDO, C. H., Rubinzal-Culzoni, Santa. Fe. 1982, t. I, p. 539.

En la reunión de la Comisión de Familia y Minoridad del Senado de la Nación de fecha 10 de febrero de 1987, a la que asistimos invitados, sostuvimos al respecto que "en lo que respecta al doble régimen que establece el proyecto —en el que se consagra la separación que denomina personal y el divorcio, que entonces será vincular—, me permito prestar adhesión a este sistema, no solamente por razones de política que se han mencionado hace unos instantes sino también porque pienso que de esta forma se permite acceder a un sistema de divorcio sin que imperativamente se produzcan las consecuencias y los efectos jurídicos típicos de la disolución del vínculo". Y con relación a las críticas formuladas al régimen de conversión expresamos que "este es un grave defecto del proyecto y no del doble régimen que el mismo consagra".

⁷ Ver FOSAR BENLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia*, t. II, vol. I, p. 13.

gico o anormal y su resultado la imposición de un estado familiar distinto⁸.

Pero la reforma ha distinguido entre las dos especies de divorcio, adoptando las calificaciones que antes señaláramos. Ante dicha realidad legislativa debemos aceptar la denominación de separado personalmente para quien se encuentra divorciado sin restablecimiento de la aptitud nupcial y de divorciado vincularmente respecto de quien, como consecuencia de la sentencia de divorcio, recupera tal presupuesto de la personalidad (v. comentario art. 213).

De igual forma, corresponderá considerar como estados de familia específicos los de separado personalmente y de divorciado vincularmente y, dentro de los mismos, los de cónyuge inocente, cónyuge culpable, cónyuge equiparado a la condición de culpable y cónyuge sin declaración de culpabilidad. A los antes mencionados, cabe agregar el estado de familia de cónyuge divorciado vincularmente, por la conversión de su estado de separado personalmente, o por la transformación de su estado de divorciado conforme a la legislación derogada.

⁸ GUASTAVINO, E. P., *Partición de gananciales después del divorcio*, Rubinzal-Culzoni, Santa. Fe, 1985, p. 29.