

**CAPITULO SEPTIMO**  
**EL DIVORCIO CON RESTABLECIMIENTO DE APTITUD NUPCIAL**

<b>ARTICULO 214</b> . . . . .	<b>137</b>
1. Alcances de la enumeración de causales . . . . .	137
2. Remisión legislativa . . . . .	138
3. La separación de hecho como causal de divorcio vincular . . . . .	138
<b>ARTICULO 215</b> . . . . .	<b>141</b>
-	
<b>ARTICULO 216</b> . . . . .	<b>143</b>
1. Consideraciones generales . . . . .	143
2. Naturaleza jurídica de la conversión . . . . .	144

**CAPITULO SEPTIMO**  
**EL DIVORCIO CON RESTABLECIMIENTO**  
**DE APTITUD NUPCIAL**

**ARTICULOS 214 - 215 - 216**

CAPITULO XII  
DEL DIVORCIO VINCULAR

**Art. 214** Son causas de divorcio vincular:

- 1º) Las establecidas en el artículo 202;
- 2º) La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204.

**1. ALCANCES DE LA ENUMERACION DE CAUSALES**

La reforma, al introducir el divorcio que produce como efecto principal la recuperación de la aptitud nupcial, deja establecidas taxativamente las causales que autorizan promover la respectiva acción.

En rigor esta posición de la ley no sólo adquiere singular trascendencia por la circunstancia señalada sino que debe correlacionársela con la posibilidad de acceder al estado de familia de divorciado a través de la vía del mutuo consentimiento prevista en el artículo 236.

En efecto, la singular controversia que determinó el artículo 67 bis encuentra solución en la normativa ahora vigente, en tanto la redacción del artículo que comentamos no deja lugar a dudas acerca de los motivos legalmente tipificados como causales de divorcio vincular. Y no puede du-

darse que el decretado por una sentencia dictada por el procedimiento de presentación conjunta es un divorcio vincular.

Una interpretación distinta hubiera requerido una salvedad expresa ubicada en el acápite del artículo 214. Al no haberse insertado, mantenemos nuestra opinión en el sentido de que las aquí determinadas son las únicas causales que autorizan a establecer un estado de familia de cónyuge divorciado vincularmente, a excepción del supuesto de la conversión prevista en el artículo 216, cuyos alcances y especificidad serán expuestos en el respectivo análisis.

## **2. REMISION LEGISLATIVA**

El artículo 214 remite a las causales de separación personal previstas en el artículo 202 del Código Civil, razón por la cual damos por reproducido el análisis que efectuáramos al comentar el artículo mencionado en último término.

## **3. LA SEPARACION DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO VINCULAR**

Al comentar el artículo 204 del Código Civil hemos puesto de resalto lo inadecuado de otorgar a la separación de hecho categoría de causal de separación personal y desarrollado la crítica que tal posición nos merece.

Nos remitimos en consecuencia a lo expuesto en dicho lugar (ver Cap. Tercero), a lo cual agregamos la observación formulada por la doctora Méndez Costa en la reunión de la Comisión de Familia y Minoridad del Senado, celebrada en fecha 10 de febrero de 1987, oportunidad en la cual sostuvo que la separación de hecho como causal llega a ser un verdadero divorcio con causa unilateral, partiendo del hecho de que uno de los cónyuges abandona al otro y puede pedir y llegar a obtener el divorcio.

Agregó la distinguida jurista santafesina que el resguardo de la institución matrimonial necesita la concurrencia de dos voluntades y lo contrario lleva a parecerse al repudio, condenado por la legislación moderna.

Resulta igualmente injustificada la posición de la ley en cuanto parece pretender suavizar los alcances de esta posibilidad divorcista extendiendo el plazo requerido como presupuesto que, siendo dos años para la separación personal, es fijado en tres años.

Por cierto que no es a través de tan nimia como fácilmente soslayable consagración de este requisito como se cumplimenta el deber estatal de protección a la familia, de la cual el matrimonio constituye su basamento esencial.

**Art. 215** Transcurridos tres 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 divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236.

La facilitación del acceso al estado de familia de cónyuge divorciado vincular encuentra su máxima expresión con la consagración del mutuo consentimiento como cauce o vía de acceso al mismo.

Trátase de un claro ejemplo de otorgamiento de efectos jurídicos a la voluntad particular, erigiéndola en elemento decisivo para avanzar nada menos que sobre el vínculo conyugal a través de la concordancia de los cónyuges.

Así precisado, vemos cómo queda relegada la naturaleza jurídica institucional del matrimonio estado y de qué forma se otorga prevalencia al interés individual, en desmedro del general o social que, conmocionado por la consagración de la disolución del vínculo matrimonial como eventualidad máxima, se ve aún más profundamente alterado por la admisión de este modo de divorcio.

Por cierto que podrá señalarse que la voluntad particular no reviste caracteres vinculantes para el juez, con lo que no llega a tipificarse el régimen del mutuo consentimiento puro que ha sido receptado por algunas legislaciones, como ocurre con la soviética, o con la admisión de alegaciones eufemísticas que, como la “destrucción del matrimonio” de algunos

Estados de los Estados Unidos, dejan expuesta la unión conyugal a la mera decisión individual. Pero es una realidad de nuestra fática tribunalicia que la ponderación judicial de la existencia de causas graves que hacen imposible la vida en común dista de constituir una garantía de seria apreciación de la efectiva presencia de tal requisito, con lo que la voluntad particular adquiere una trascendencia mayúscula e injustificada en atención a los valores comprometidos con el divorcio vincular (sobre el efecto vinculante de la voluntad conyugal, ver comentario artículo 238 § 3 y 7).

Al igual que lo que acontece con la consagración de la separación de hecho como causal de divorcio, la ley eleva el período de tiempo en la correlación con la separación personal, exigiendo para el divorcio vincular tres años como mínimo de vida matrimonial previa.

En lo que respecta a la tramitación procesal de este modo de divorcio nos remitimos al comentario del artículo 236 del Código Civil, al cual hace referencia la norma que analizamos.

**Art. 216 El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238.**

### **\* 1. CONSIDERACIONES GENERALES**

La implementación del doble régimen de divorcio, que la reforma prefiere denominar respectivamente como separación personal y divorcio vincular, ha traído como consecuencia consagrar el sistema de “conversión de la sentencia” de separación personal en divorcio, a través de las condiciones y procedimientos previstos en el artículo 238 del Código Civil, en su nueva redacción.

Esta solución es receptada por la legislación comparada y encuentra aplicación en los sistemas legislativos que adoptan la doble regulación indicada.

Por nuestra parte consideramos que las críticas que se han formulado al establecimiento del mencionado doble régimen han tomado en consideración este aspecto de la conversión como negativo y lo han proyectado al mencionado sistema dual, que oportunamente hemos diferenciado<sup>1</sup>.

Ha sostenido la doctora Méndez Costa que establecer los dos regímenes, de separación personal y de divorcio,

<sup>1</sup> Ver nuestra opinión en la Reunión de la Comisión de Familia y Minoridad del Senado de la Nación, fecha 10 de febrero de 1987.



constituye una verdadera falacia, pues no tiene ningún sentido mantener la separación personal cuando por la voluntad de cualquiera de los cónyuges se puede transformar ese estado en un divorcio vincular.

Por considerar que con este sistema se induce a error a los cónyuges, que pueden verse en el día de mañana imprevisiblemente notificados del divorcio, recuerda la citada autora que la política legislativa debe ser leal y no proceder engañosamente<sup>2</sup>.

## 2. NATURALEZA JURIDICA DE LA CONVERSION

Procurar establecer cuál es la naturaleza jurídico-procesal de la denominada "conversión de la sentencia firme de separación personal" puede llevar a desechar principios de raigambre y estricta vigencia en la esfera del derecho procesal.

En efecto, cabe precisar que con la sentencia firme que decreta la separación personal de los cónyuges nace un estado de familia específico y los mismos quedan emplazados en tal situación.

El agotamiento de la potestad jurisdiccional al respecto resulta evidente y al obtenerse la *res iudicata* no podría el órgano judicial avanzar sobre lo resuelto por carecer del presupuesto imprescindible para actuar.

Se sostiene en consonancia de lo antes señalado que luego de pronunciada la decisión de mérito, concluye y se agota la potestad jurisdiccional del juez que la dictó, en el sentido de que no podrá en adelante modificar o alterar lo resuelto<sup>3</sup>, consagrando las leyes de procedimiento normas que garantizan tal principio.

<sup>2</sup> Ver opinión en la reunión indicada en la nota anterior.

<sup>3</sup> MORELLO, Augusto M.; SOSA, Gualberto L.; BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, Platense y Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1984, t. II-C, p. 274.

Introducida la cuestión en el tema de la cosa juzgada en el derecho de familia y, en particular, con referencia al estado, se debe concluir que la inmutabilidad que deriva de la sentencia firme se afianza tratándose de este aspecto, que atañe al orden público. Sostiénese en tal sentido que el estado, por su naturaleza, se impone a todos. La sentencia que se pronuncie sobre él, también<sup>4</sup>.

Estos y otros aspectos de índole procesal no menos importantes nos llevan a concluir que en rigor no puede hacerse referencia a "conversión" alguna de la sentencia de separación personal y sí, en cambio, puede considerarse que la ley regula la extensión de los efectos de aquel estado de familia, ampliándolos con una equiparación a los que se derivan del divorcio vincular a través del ejercicio de una pretensión autónoma que puede concretarse por los cónyuges en forma conjunta o individual, según los supuestos.

Cabría en nuestro entender efectuar una cierta comparación analógica con el derogado artículo 71 bis de la ley 2393, el cual possibilitaba el ejercicio de una acción específica que oportunamente catalogamos como de "equiparación del cónyuge inocente al culpable en cuanto a los efectos del divorcio", poniendo de resalto que no mediaba reiteración de juzgamiento sino que tratábase de una acción desvinculada e independiente de la extinguida con la sentencia firme la cual, sin embargo, resulta su presupuesto ineludible<sup>5</sup>.

Por cierto que ya no se trata de equiparar sino de ampliar o extender los efectos de la separación personal, haciendo que rijan los artículos 217 y 218 del Código Civil, y demás normas que regulan los efectos del divorcio vincular.

<sup>4</sup> CRESPI, Jorge Eduardo, *La cosa juzgada en el derecho de familia*, p. 223.

<sup>5</sup> D'ANTONIO, D. H., *Equiparación del cónyuge inocente al culpable en cuanto a los efectos del divorcio*, *El Derecho*, t. 45, p. 825.

Su resultado importa, además, la modificación del estado de familia de separado personalmente y el emplazamiento de los cónyuges en el de divorciado vincular del cual se desprenden, precisamente, los mencionados efectos.