

CAPITULO TERCERO
CAUSALES DE SEPARACION PERSONAL

ARTICULO 202	55
1. Observación general	55
2. Análisis de las causales	58
a) Adulterio	58
1º) Tipificación de la causal	58
2º) Prueba del adulterio	60
b) Tentativa contra la vida del otro cónyuge o de los hijos	63
c) Instigación a cometer delitos	65
d) Supresión de la sevicia y de los malos tratamientos	67
e) Injurias graves	68
f) Abandono voluntario y malicioso	70
ARTICULO 203	73
1. Alteraciones mentales	73
2. Alcoholismo y drogadicción	75
3. Conversión en divorcio vincular	76
ARTICULO 204	77
1. Separación de hecho	77
2. Clases de separación fáctica	79
3. Separación de hecho y abandono	80
4. Extremos que pueden acreditarse	80
5. Pretensión de declaración de inocencia	81

CAPITULO TERCERO
CAUSALES DE SEPARACION PERSONAL

ARTICULOS 202 - 203 - 204

Art. 202. Son causas de separación personal:

- 1º) El adulterio;**
- 2º) La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador;**
- 3º) La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;**
- 4º) Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;**
- 5º) El abandono voluntario y malicioso;**

1. OBSERVACION GENERAL

Una primera observación que corresponde realizar es que las causales de separación personal, a excepción de las previstas en el artículo 203 y de la particularidad de extender el plazo en lo que atañe a la separación de hecho, son las mismas que dan lugar al divorcio vincular (art. 214).

Pero respecto de la alteración mental, el alcoholismo y la adicción a la droga que afectan la vida en común, pese a no ser consagradas como causal de divorcio vincular se admite que se transforme la separación personal en divorcio cuando ha transcurrido el lapso contemplado en el artículo 238, párrafo tercero, en su correlación con el artículo 216.

Cabe señalar que la reforma consagra la figura del divor-

cio causado, en el caso la separación personal causada, al par que admite igualmente la figura de la presentación conjunta como modo de ejercer la pretensión divorcista y acceder a un pronunciamiento jurisdiccional (art. 205).

Sabido es que parte de la doctrina encuentra una distinción entre ambas posibilidades sustentada en que el divorcio causado tipifica la especie del divorcio-sanción, mientras que la presentación conjunta implica consagrar el régimen de divorcio-remedio. Así, para Belluscio ello se da por cuanto en el mutuo consentimiento no necesariamente esas causales deben configurar culpa de alguno de los esposos¹.

Por nuestra parte compartimos la posición que considera que en ambos supuestos deben mediar incumplimientos a los derechos y deberes conyugales y es con base en tales violaciones que procede la acción respectiva².

En rigor, las vías autorizadas en los artículos 205 y 215 sólo son distintos cauces procedimentales para deducir la acción, que muestran peculiaridades propias de índole formal pero que no constituyen una especie distinta de separación personal o de divorcio por independizarse de las conductas expresamente establecidas como causales.

Podría argumentarse que el artículo 203, en los casos donde el padecimiento no fuera atribuible a la conducta del propio cónyuge o éste no hubiera mantenido una posición negativa para cumplir un tratamiento rehabilitante, consagraría el supuesto de divorcio-remedio.

¹ BELLUSCIO, A. C., ob. cit., t. III, p. 194. Comparte esta opinión francisco A. M. Ferrer, para quien el mutuo consentimiento "no presupone la culpa de ninguno de los cónyuges"; *Cuestiones de Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1979, p. 226).

² D'ANTONIO, D. H., ob. cit., t. I, p. 540. Afirmó en tal sentido Mazzinghi que la ley argentina no acepta otro concepto que el del divorcio-sanción, esto es que el divorcio constituye la respuesta al acto ilícito que significa el apartamiento de los deberes que provienen del vínculo matrimonial (MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, t. III, p. 132).

Pero advertimos que la especie no sólo mostraría facetas notoriamente parciales, aplicable sólo en los casos antes mencionados, sino que —fundamentalmente— no se aplicaría la institución del divorcio vincular, pues éste no admite los supuestos del mencionado artículo 203 (art. 214).

En consecuencia, entendemos que el “divorcio-remedio” sigue sin consagrarse como principio en nuestro ordenamiento jurídico y que, como regla general de aplicación, siempre será necesario sustentar la pretensión en la existencia de una conducta tipificante de la violación de un deber conyugal.

En consecuencia la denominada separación personal, es decir el divorcio no vincular, es uno de los modos que la nueva regulación legal organiza para acceder al estado de familia de divorciado.

El esquema al respecto se integra así:

Separación personal	{	por causa expresa (art. 202) por mutuo consentimiento (art. 205)
---------------------	---	---

Divorcio vincular	{	por causa expresa (art. 214) por mutuo consentimiento (art. 215)
-------------------	---	---

Transformación de la separación personal en divorcio vincular
(arts. 216 y 238)

Conversión del divorcio decretado con anterioridad a la reforma en divorcio vincular
(art. 8° de la ley 23.515)

2. ANALISIS DE LAS CAUSALES

a) Adulterio

1º) *Tipificación de la causal.* La reforma al régimen legal matrimonial acertadamente mantiene en el primer lugar al adulterio como causal de divorcio, en el caso de separación personal.

Ello es congruente con la naturaleza de la conducta conyugal, pues el adulterio se traduce en la violación del deber de fidelidad consagrado por el artículo 198 del Código Civil en su nueva redacción, habiendo reconocido la reforma la trascendencia de dicho deber al ubicarlo en forma liminar cuando regula los derechos y obligaciones de los cónyuges.

La violación del deber de fidelidad impuesto a los cónyuges se consuma mediante la adopción de dos tipos de conductas que, si bien disímiles en cuanto a la reprobación social que suscitan, se identifican por la vulneración de la obligación que tienen los cónyuges de abstenerse de mantener relaciones propias al matrimonio con terceros.

La exclusividad en la unión sexual hace a la esencia de la vida matrimonial y el respeto de tan básico elemento para la vida conyugal ha sido reconocido por las legislaciones, al par que entronca con normas mínimas de convivencia, respetadas en las culturas más evolucionadas. El grado de trascendencia que reviste la exclusividad en la relación de los sexos lo pone en evidencia la circunstancia de que pueblos primitivos se preocuparon por establecer normas por las cuales se sancionaba severamente el adulterio, como norma elemental de convivencia social.

Este aspecto de la grave vulneración de los deberes de convivencia matrimonial, afectada en el caso del adulterio por la entidad de la conducta del ofensor y las consecuencias que de la misma derivan para el ofendido, se muestra acompañado en el caso de la mujer por el fundamental aspecto de inseguridad en la filiación. En efecto, el resultado más

significativo en el orden conyugal y social en lo que atañe a seguridad jurídica está dado por la introducción, con la ofensa, del factor incerteza en cuanto al establecimiento de la paternidad y consiguientemente de la legitimidad del hijo nacido de madre adúltera.

Esta situación determina el mayor reproche de la ley penal para la mujer, al no imponerse para el marido los mismos elementos delictivos, bastando para tipificar el ilícito por la esposa la sola unión fuera del matrimonio, en tanto que en el ámbito civil se equiparan las conductas ofensivas pues, como hemos visto, sin perjuicio del factor tan importante de la seguridad jurídica, la ofensa adquiere idéntica magnitud trátese del marido o de la mujer.

Esta causal representa la violación del deber de exclusividad en el trato sexual, conducta exigible con igual carácter para cada uno de los cónyuges y que conforma el sustento de la unión matrimonial.

La no observancia de tal exclusividad en el trato tipifica la vulneración del deber de fidelidad en su aspecto sexual, por cuanto igualmente se vulnera la fidelidad cuando se incurre en la denominada "infidelidad moral", la que se concreta cuando se lesionan los sentimientos y la consideración social del otro cónyuge por establecerse relaciones equívocas con una persona del otro sexo, sin consumarse la relación carnal.

Por tanto, el adulterio debe ser entendido como la relación sexual mantenida por uno de los cónyuges con tercera persona del otro sexo.

Este concepto requiere alguna precisión. En primer lugar dejamos establecido que el adulterio se circunscribe a la relación carnal, lo que no es sobreabundante por cuanto no han faltado interpretaciones extensivas que entienden tipificada la causal aun cuando no se consumara la unión sexual³.

³ Así se lo considera en los fallos de la Cámara Civil 1ra. de la Capital Federal, La Ley, 45-180 y Cámara 1ra. Civil y Comercial de La Plata, Sala I.

Bajo un segundo aspecto, consideramos que tipifica el adulterio la unión sexual con tercero del otro sexo. Si nos atenemos a la definición que generalmente da la doctrina no surge con claridad el presupuesto constituido por el sexo diverso al del cónyuge ofensor, que en nuestro parecer es imprescindible por ser de la esencia de la relación adúltera, quedando la vinculación sexual con tercero del mismo sexo subsumida en la figura de las injurias graves, contemplada por el inciso 4° de este artículo 202⁴.

2°) *Prueba del adulterio*. La causal que nos ocupa presenta dos aspectos destacables. Bajo una primera perspectiva debe señalarse que la prueba de los hechos configurativos del adulterio difícilmente pueda resultar directa, siendo necesario en consecuencia, recurrir a la prueba indirecta, generalmente presuncional.

Pero no debe olvidarse que en todos estos aspectos se encuentra comprometido el orden público y que la imputación reviste particular severidad, por lo que Borda ha expresado que dada la gravedad del adulterio, los jueces sólo deben admitirlo cuando exista prueba inequívoca⁵ y señalado Belluscio que la certeza del juez debe estar basada en hechos y no en interpretaciones subjetivas, admitiendo la prueba de presunciones cuando ellas excluyan toda posibilidad de duda⁶.

Pese a lo antes indicado, existen elementos que permiten traer al ánimo del juzgador la certeza de la existencia de la causal.

D. J. B. A., t. 55, p. 233. Spota incluye en el concepto todo acto de grave obscenidad o libidinoso distinto de la relación sexual (SPOTA, Alberto C., *Tratado de Derecho Civil*, t. II, vol. 2, N° 224, p. 630).

⁴ Entre los supuestos ejemplificativos de injurias graves señala Belluscio la homosexualidad, con cita de jurisprudencia (BELLUSCIO, A. C., ob. cit., t. III, p. 248).

⁵ BORDA, Guillermo A., *Derecho de Familia*, t. I, p. 361.
p. 361.

⁶ BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de Familia*, t. , p. 363.

Así ocurre cuando, por ejemplo, se prueba la celebración de un matrimonio en el extranjero⁷ o se agrega al juicio la partida de nacimiento del hijo concebido en adulterio⁸.

3º) *El adulterio y las injurias graves*. Otro aspecto que merece resaltarse es el vinculado con la estrecha relación que existe entre el adulterio y las injurias graves, dada la ofensa mayúscula que se infiere al otro cónyuge y por la particularidad a que hemos hecho referencia anteriormente, es decir, la dificultades de índole probatoria que presenta la primera de las causales.

En ocasiones se ha considerado a las injurias graves como subsidiarias o causal remanente del adulterio y ponderado que, aun cuando se haya accionado por adulterio, la acción debía ser acogida cuando se encontraran probadas ofensas tipificantes de injurias graves, pese a no haberse requerido el divorcio por dicha causal.

Esta posición ha sido receptada por algunos fallos⁹ y asienta doctrinariamente en la construcción de Spota conforme a la cual en todo juicio de divorcio se observa con mayor nitidez que en otros supuestos la estrecha compenetración que existe entre el *petitum* y la causa *petendi*, ya que lo que se pide es el divorcio y lo que a la justicia interesa es que se decrete por una causa legal, agregando dicho autor que todas las exigencias de la estimativa jurídica conducen a que en esta materia la actividad jurisdiccional se agota de una vez frente a todas las causales conocidas por el accionante "o que fueran puestas de manifiesto durante la prueba del juicio"¹⁰.

⁷ Cámara Civil 1ra. de la Capital Federal, La Ley, 14-182; Jurisprudencia Argentina, 75-842; Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, Sala C, La Ley 2715-S del 18-10-1959; Cámara Civil de la Capital Federal, Sala F, La Ley, 106-994; Cámara Nacional Civil, Sala E, La Ley, 104-626, etcétera.

⁸ Cámara Nacional Civil, Sala F, La Ley, 106-994.

⁹ Ver Cámara Nacional Civil, Sala B, La Ley, 156-385.

¹⁰ SPOTA, Alberto C., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol 3⁷, p. 191.

En nuestra opinión, si bien el juicio de divorcio muestra peculiaridades propias, no por ello cabe apartarse de principios procesales de carácter general, los que en este caso señalan que si las partes han fundado su derecho en una determinada base de sustentación fáctica y es en torno a ella que se trabó la litis, no puede por oficio judicial variarse la dirección del basamento de los hechos para remitirlo a otra causal no considerada por quien actuó su interés en justicia.

Siempre sobre el tema que nos ocupa señalemos que la Sala II del Superior Tribunal de Santa Fe resolvió que teniendo el adulterio su taxación propia no cabe englobarlo entre los medios posibles de injurias¹¹. En cambio, procurando variar una jurisprudencia firme en el sentido de que el proceso de divorcio debe sentenciarse sobre la base de la causa invocada y no por otra distinta que resulte acreditada en el curso de la causa¹², el doctor Acuña Anzorena votando como integrante de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, sostuvo que en el juicio de divorcio el juzgador puede conocer de todas las causales concurrentes que resulten acreditadas en el pleito, aunque no hubiesen sido planteadas en la demanda o en la reconvencción¹³.

Estas apreciaciones que venimos formulando han de ser consideradas en el especial marco que la enunciación de los hechos adquiere tratándose de la causal de adulterio. No ha de pretenderse, ni puede con razón exigirse, que el cónyuge ofendido ponga de manifiesto con precisión hechos que por su naturaleza no son susceptibles de una total apreciación, siendo suficiente al efecto que se haga mención de las conductas tipificantes del accionar adúltero, indicándose toda

¹¹ Juris, t. 18, p. 35.

¹² Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 1959-I-588; Dig. Jur., La Ley, I-359, N° 1986.

¹³ Jurisprudencia Argentina, 1963-II-359.

circunstancia, primordialmente de tiempo y lugar, susceptible de ser probada.

b) Tentativa contra la vida del otro cónyuge o de los hijos

Resulta muy importante la modificación introducida por la ley de reformas al régimen matrimonial en lo que atañe a esta causal, no sólo por la mayor precisión terminológica utilizada sino por cuanto ahora se abarca en la figura la inconducta en relación con los hijos, sean o no comunes, extendiéndose de tal forma las posibilidades determinantes de la acción de divorcio.

En primer lugar observamos que se mantiene el empleo de vocablos propios del ámbito penal, planteándose la doctrina si corresponde conceder a los términos los alcances propios de sede penal o si en la esfera civil son susceptibles de interpretación distinta.

Encontramos que la norma que comentamos habla de tentativa contra la vida de uno de los cónyuges por obra del otro y, adelantando que compartimos la posición doctrinaria mayoritaria según la cual es aplicable la acepción penal del concepto, entendemos que se incurre en la causal de divorcio cuando el objeto o motivo de la acción del cónyuge ha tendido al logro final conformado por el resultado muerte del otro cónyuge. Se trata en consecuencia de la presencia de dolo directo de matar¹⁴.

El elemento requerido por la respectiva figura del Código Penal consistente en *saber* que el sujeto pasivo es el cónyuge no reviste trascendencia mayor pues resulta casi totalmente imposible que se ignore la condición de esposo o esposa, ya que las situaciones de divorcio se ven precedidas de una relación previa entre los cónyuges. En cuanto a las hipótesis de matrimonios putativos, el divorcio —que presupone una unión consolidada sin obstáculos— no tiene aplicación.

¹⁴ NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino*, t. II, p. 317.

Cabe estar, en consecuencia, a toda la construcción doctrinaria referida a la tentativa en la esfera penal, que se traduce en el comienzo de ejecución del hecho típico y culpable, siendo aisladas en doctrina las opiniones que admiten que hechos que no constituyen tentativa en el Derecho Penal puedan configurar la causal¹⁵. Compartiendo la opinión mayoritaria, destaca Belluscio que el juez civil puede, no obstante, apreciar si los hechos invocados configuran o no tentativa de homicidio, sin que quepa exigir el previo juzgamiento penal¹⁶.

Oportunamente hemos sostenido que quedan abarcados por la causal otras figuras distintas del homicidio, señalando como comprendidas a la instigación al suicidio y al abandono con peligro de muerte¹⁷. Esta opinión no fue compartida por Belluscio en la redacción anterior de la norma, por considerar dicho autor que tales conductas no se encontraban específicamente contempladas y encuadrarían en las injurias graves¹⁸.

Al comprender ahora el inciso 2º del artículo 202 a los hijos como sujetos pasivos y al no tener la causal de injurias graves tal amplitud de aplicación, adquiere mayor importancia la tesis que enunciáramos, pues de no ser así quedarían excluidas de la posibilidad de fundar una acción de divorcio conductas tan reprochables como las descriptas.

La inclusión de los hijos como sujetos pasivos de conductas que dan lugar a la causal de divorcio constituye una feliz innovación de la ley de reformas.

En efecto, quedan superadas aquellas opiniones que pretendían desvincular los incumplimientos conyugales de los

¹⁵ En tal sentido BUSSO, Eduardo C., *Código Civil anotado*, t. II, N° 46 y 47; BORDA, C., ob. cit., t. 5, N° 480.

¹⁶ BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. III, p. 228.

¹⁷ D'ANTONIO, D. H., *Las causales de divorcio*, Zeus, t. 9-D-109.

¹⁸ BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. III, p. 223.

paternofiliales y que tuvieran asentamiento en la opinión de Vélez Sársfield expuesta en la nota al artículo 213, en la cual afirmara que nada tienen que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta probable que uno u otro observarán con los hijos.

Por nuestra parte habíamos criticado tal opinión y sostenido oportunamente que “no puede dejar de reconocerse que es difícil establecer hasta dónde una o varias inconductas matrimoniales dejan de constituir un ataque a la formación personal de los hijos y, consiguientemente, la vulneración de los deberes paternos”¹⁹ y afirmado la posibilidad de que los hijos accionen por daños y perjuicios contra el progenitor culpable del divorcio²⁰, todo lo cual importa destacar la vinculación existente entre la violación de los deberes conyugales y el ataque a la formación integral de los hijos, que como integrantes de la familia ven comprometido su pleno desarrollo con motivo de tales incumplimientos.

En consecuencia, el nuevo ordenamiento legal referido al divorcio en nuestro país ha consagrado como causal ciertas inconductas que, por lesionar los intereses de los hijos, se muestran como suficientes a los fines de sustentar la respectiva acción. Pensamos que tal consagración es acertada y constituye un, aunque parcial, eficaz reconocimiento de que las prerrogativas y los deberes matrimoniales se establecen no sólo teniendo en consideración la persona de los cónyuges sino también el interés de los hijos como integrantes del grupo familiar.

c) Instigación a cometer delitos

La reforma a la regulación legal del matrimonio ha intro-

¹⁹ D'ANTONIO, D. H., *Patria potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 89.

²⁰ D'ANTONIO, D. H., *Acción de daños y perjuicios derivados del divorcio*, Zeus, t. 10-D-33.

ducido importantes modificaciones a esta causal, conforme se la regulara en el derogado inciso 3° de la ley 2393.

Por un lado se ha corregido el empleo del vocablo que daba lugar a la causal, reemplazándose "provocación" por "instigación", lo cual responde a un mejoramiento técnico-jurídico e importa remitir para la comprensión del concepto al ámbito del Derecho Penal, específicamente al artículo 45 del respectivo Código²¹.

Desde otro aspecto, se ha suprimido la referencia al adulterio, la cual no tenía razón de ser y se fundaba en la antigua represión de la facilitación de la prostitución. Por cierto que la inconducta al par de abarcar muchas otras posibilidades, comprende por igual a ambos cónyuges y no se limita a ilícitos en particular.

Esta hipótesis abarca conductas de particular naturaleza degradante, que no sólo evidencian la violación del deber matrimonial de asistencia, sino que conforman una situación que excede el marco de las relaciones civiles conyugales para ensamblar en el ilícito penal.

Es frecuente que el marido haga prevalecer su condición para imponer conductas a su cónyuge, no resultando extraño que pueda determinar o procurar que la esposa caiga en el delito, persiguiendo una finalidad económica. Si bien la tasa de criminalidad femenina es baja y oscila en alrededor del ocho por ciento en relación a la masculina, no debe olvidarse que se constata un crecimiento significativo en aquellas culturas donde la mujer asemeja su *status* social al del hombre, es decir cuando ya no se adscribe a los roles naturalmente femeninos.

Con la redacción anterior, el inciso 3° del artículo 67 de la ley 2393 era interpretado comprendiendo no sólo los ilícitos

²¹ Queda así superado el problema derivado de considerar si bastaba la mera incitación o es necesario que el instigador comience por lo menos a ejecutar el hecho. Aquellas conductas constituirán, en su caso, injurias graves.

bitos penales sino también otros de diversa índole, señalando Belluscio por ejemplo, que se encontrarían abarcados los del Derecho Penal administrativo y citando la opinión concordante de Machado y de Spota.

Sin perjuicio de no compartir tal opinión pensamos que ateniéndonos al texto del inciso 3° del artículo 202 del Código Civil, conforme a la ley de reformas, quedan sin sustento aquellas interpretaciones, pues resulta evidente que se utilizan ahora conceptos penales y que la instigación está referida a un accionar típico del Código Penal.

d) Supresión de la sevicia y de los malos tratamientos

Acertadamente la nueva regulación legal del matrimonio ha suprimido la anacrónica figura de la sevicia, concretándose lo que auguráramos oportunamente en el sentido de que la figura no subsistiría en futuras reformas.

El particular elemento subjetivo que requería la sevicia no constituye obstáculo alguno para que un accionar de tal índole encuadre en los malos tratamientos. Pero en tanto esta figura requiere la frecuencia como elemento tipificante, la conducta afligente encuadraría en la injuria grave si se tratara de hecho único.

En lo que respecta a los malos tratamientos, que en el Proyecto de Diputados tenía entidad de causal autónoma, la reforma originada en el Senado prefirió suprimirla y subsumirla en la figura de las injurias graves.

Corresponde recordar que los malos tratamientos, que tipificarán ahora injurias graves incluyen no sólo las agresiones o vías de hecho sino también los malos tratos de índole moral, lo que fuera sostenido por gran parte de la doctrina y la que predominara con amplitud en la jurisprudencia.

Igualmente, deben encontrarse comprendidas las conductas del cónyuge producidas en relación a todo el grupo familiar conviviente y no sólo respecto del cónyuge directamente ofendido.

La diferencia adquiere relevancia cuando se ha producido lo que se denomina "perdón de ofensas", ya que aparece indudable que ahora la ley no toma en cuenta exclusivamente la repercusión de la conducta sobre la persona del otro cónyuge sino que abarca a todos los componentes del grupo familiar conviviente, lesionados en sus intereses por el agravio inferido (ver inc. 2° de este art. 202).

e) Injurias graves

La causal tradicionalmente más importante, conforme las particularidades que ha revestido su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia y la que abrumadoramente en forma mayoritaria ha sido esgrimida en los tribunales para acceder a una sentencia de divorcio, es reconocida y consagrada en el inciso 4° del artículo 202 del Código Civil con alcances que no evidencian mayores diferencias con la que regulara la derogada ley 2393 en el inciso 5° de su artículo 67.

La marcada similitud de los textos permite remitir a la abundantísima doctrina y jurisprudencia que en nuestro país se registra sobre las injurias graves.

Observamos solamente que, con acierto, el nuevo texto corrige la defectuosa puntuación y construcción gramatical de la norma anterior. Pero criticamos que se hayan mantenido como pautas a ponderar por el órgano jurisdiccional las clásicas que refieren a educación y posición social de los cónyuges, pues entendemos que debió encontrarse una referencia más precisa. Al respecto oportunamente sostuvimos que la ley trae pautas mensuradoras para la apreciación judicial de la gravedad de la conducta que se presenta como injuriosa, estableciendo que para apreciar la gravedad el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que pueden presentarse, agregando que en rigor lo que de la norma se desprende es que habrán de valorarse en cada caso particular los alcances del accionar conyugal para establecer si se ha producido una

ofensa real y de gran entidad respecto del otro cónyuge, siendo decisivo para ello tomar en consideración la forma en que se ha entablado la plena comunidad de la vida matrimonial²².

Sin dudas que la causal que comentamos seguirá siendo la de más frecuente alegación, tanto en la separación personal como en el divorcio causados.

Por cierto que se mantiene la posibilidad de que se incurra en la causal durante la sustanciación del juicio de separación personal o de divorcio vincular, lo que ocurre cuando el cónyuge actor, demandado o reconviniente excede sus prerrogativas procesales e injustificadamente ofende al otro cónyuge.

Debe tratarse de injurias graves atribuibles al cónyuge y no al letrado mandatario, no siendo necesario el requisito de pluralidad, bastando que se consumen en un solo escrito²³.

Este tipo de injurias presenta particularidades en cuanto a su alegación, pues no es necesario presentarlas a modo de demanda o reconvencción, siendo suficiente que la otra parte haya tenido posibilidad de ser escuchada al respecto, garantizándose la bilateralidad y la defensa en juicio.

Procede su acogimiento aun cuando se rechacen las causales originariamente invocadas y consideramos que existe la posibilidad de que se produzcan durante el desarrollo de las audiencias conciliatorias del artículo 238 del Código Civil (cf. texto reformado), adelantando que en nuestra opinión podrán ser valoradas por el juez que entiende en el juicio o solicitarse por el cónyuge ofendido que se deje constancia de la ofensa para requerir con posterioridad testimonio, lo cual constituiría una excepción al principio general

²² D'ANTONIO, D. H., *Las causales de divorcio* cit.

²³ La pluralidad no es requisito esencial para que se configure la causal de injurias graves (v. BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. III, p. 237 y nota N° 233).

de no asentar en acta las manifestaciones vertidas en tales audiencias.

f) Abandono voluntario y malicioso

El inciso 5° del artículo 202 del Código Civil en su nueva redacción reproduce a la letra el derogado inciso 7° de la Ley de Matrimonio Civil 2393.

El deber conyugal de cohabitación constituye, junto con los deberes de fidelidad y asistencia, el tríptico de conductas exigibles en la vida matrimonial.

Cada uno de estos deberes se subdivide, y así como el deber de fidelidad comprende la exclusividad en el trato sexual y la llamada fidelidad moral y el deber de asistencia abarca el apoyo espiritual y el aporte económico, el deber de cohabitación se desdobra en la obligación de convivencia y en la prestación del débito conyugal.

La violación del deber de cohabitación en el primero de los aspectos, es decir la vulneración de la convivencia, da lugar a la posibilidad de accionar por esta causal de divorcio, siempre que dicha conducta se encuentre acompañada de los requisitos de imputabilidad, es decir la voluntariedad y la malicia que requiere la norma²⁴.

Este deber se encuentra consagrado en la nueva redacción otorgada por la reforma al artículo 199 del Código Civil, el que en su párrafo primero expresa que los esposos “deben convivir en una misma casa...” La exigibilidad de tal proceder fluye de la propia naturaleza del matrimonio, que constituye la “unión” del hombre y la mujer y que no admite —por su propia esencia— un distanciamiento material de los esposos que, a la vez, no permita cumplir con el deber de asistencia, ponga en peligro el de fidelidad y enerve la cohabitación en lo relativo al débito conyugal.

²⁴ Algunos autores y cierta jurisprudencia extienden la causal para comprender también el abandono de los deberes conyugales y no exclusivamente la convivencia (cfr. ZANNONI, E. A., ob. cit., t. II, p. 96).

La interrupción de la convivencia matrimonial puede obedecer a circunstancias extrañas a la voluntad de los cónyuges, impuestas por necesidades de la vida. Igualmente puede constituir un medio para solucionar un estado de conflicto matrimonial, en cuyo caso en lugar de convertirse en un elemento negativo aparece como medio apto para la estabilidad de la unión.

En tales supuestos la causal no se configura, pues el abandono importa por sí mismo una abdicación de los deberes conyugales y un *animus* específico de interrumpir la convivencia propia a la comunidad de vida matrimonial, siendo por tanto acertada la nueva redacción de la norma que regula este deber cuando expresa que no se vulnera si los esposos se ven obligados a mantener residencias separadas durante determinados períodos (art. 199, párr. 1º, Código Civil).

Del mismo modo, la ley contempla ahora circunstancias excepcionales, en las cuales los cónyuges pueden ser relevados por el juez competente del deber de convivencia. Trátase de aquellos supuestos en los cuales medie peligro para la vida o para la integridad psíquica o física de uno de los cónyuges o de ambos (art. cit., párr. 2º).

En el primero de los casos si se acciona por divorcio deberá demostrarse que no mediaban circunstancias que impelían a vivir separados, o que tal separación se extendió por períodos no razonables.

En el segundo supuesto, en cambio, la resolución judicial que haya relevado del deber de convivencia será un obstáculo insalvable para la admisión de la acción, sustentada en la violación de dicho deber, correspondiendo en nuestro entender la desestimación inicial de una demanda así fundada. Sólo corresponderá admitirla si se sustenta en otros hechos constitutivos de causales diversas.

Si el cónyuge pretende que ya no median las circunstancias que dieron lugar a la declaración judicial de relevamiento del deber de cohabitación, deberá recurrir ante el juez que dispuso la medida, como previo a demandar por divorcio.

Entendemos que tal requisito rige tanto para la separación personal y el divorcio vincular causados como para la vía del mutuo consentimiento de ambas formas de divorcio.

El problema del abandono recíproco, que revistiera importancia en la anterior regulación legal, ha perdido vigencia al contemplarse ahora como causal de separación personal y de divorcio la separación de hecho de los cónyuges (arts. 204 y 214 inc. 2º Código Civil).

En su aspecto probatorio esta causal sigue evidenciando la particularidad de que basta al cónyuge actor acreditar el alejamiento del demandado, correspondiéndole a éste la prueba de que dicha interrupción de la cohabitación careció de voluntariedad y malicia. La solución importa la reafirmación del deber de cohabitación como conducta exigible para ambos cónyuges y consagra a su vez la presunción de voluntariedad y malicia de toda conducta que altere dicho supuesto básico de la comunidad de vida matrimonial, es decir, la convivencia.

Debe recordarse, igualmente, que la reforma ha derogado el inciso 9º del artículo 90 del Código Civil, que imponía a la mujer casada como domicilio legal el de su marido, y que conforme a lo dispuesto por el nuevo artículo 200 del Código Civil, los cónyuges fijan de común acuerdo el domicilio del hogar conyugal.

Art. 203. Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos.

1. ALTERACIONES MENTALES

La reforma ha introducido como causal independiente y específica determinadas situaciones —no podemos referirnos aquí exclusivamente a conductas— que muestran particulares relieves y merecen ser objeto de análisis.

En primer lugar nos referiremos a las alteraciones mentales graves, que afectan la vida en común de los cónyuges y advertimos de inicio que la ley de reformas introduce con esta modalidad de la causal la figura del “divorcio-remedio”, pero —según señaláramos anteriormente— sólo para el supuesto de separación personal.

Por cierto que esta solución de la ley merece críticas, lamentando su implementación y vigencia.

Corresponde destacar inicialmente que el padecimiento mental de uno de los cónyuges no tipifica violación de ninguno de los deberes conyugales establecidos en los artículos 198, 199 y 200 del Código Civil, por lo cual la causal carece del sustento riguroso de ser respuesta a la inconducta conyugal, lo cual constituye la regla en toda regulación referida a la separación personal y al divorcio.

En segundo término se aprecia que si con motivo de la alteración mental se dejan de cumplimentar los deberes conyugales, ello no puede ser atribuido a culpa o dolo del cónyuge, con lo cual se carece del requisito de imputabilidad, común a todas las causales.

Igualmente, cabe consignar que si se trata de demente interdicto, el juicio debe tramitarse con el curador del cónyuge insano, que por llamamiento legal es el otro cónyuge, razón por la cual deberá designarse un curador especial (arts. 397, inc. 4º y 475 del Código Civil)²⁵.

Las alteraciones mentales como causal de divorcio tienen menor cantidad de antecedentes que el alcoholismo y la drogadependencia. Estas dos últimas fueron contempladas en el anteproyecto Bibiloni y en diversos proyectos presentados en el Congreso de la Nación²⁶ y como dijimos, la asimilación que se efectúa en este artículo 203 del Código Civil, al regularlas conjuntamente, merece fundados reparos²⁷.

La inclusión de las alteraciones mentales graves fue objeto de crítica por los primeros autores que se ocuparon de comentar el proyecto aprobado por Diputados, señalando Belluscio que la innovación parece inspirarse en un principio hedonista en virtud del cual se libera del deber de asistencia a uno de los cónyuges, precisamente cuando el otro más lo necesita y que si otras legislaciones la han incluido lo han hecho fijando condiciones rigurosas²⁸. No titubea Belluscio en calificarla de moralmente negativa, como lo hacen Sca-

²⁵ Para GOYENA COPELLO la causal no comprendería la locura, afirmación que no compartimos (GOYENA COPELLO, Héctor Roberto, *Las causales de divorcio proyectadas*, La Ley del 13 de noviembre de 1986).

²⁶ Así, eran establecidas como causales en los Proyectos de los diputados Rodríguez Araya, de 1958,-reproducido en 1960, Juan Carlos Coral, de 1964.

²⁷ Señala GOYENA COPELLO que, aunque consideradas en un mismo inciso, son situaciones diferentes (ob. cit.).

²⁸ BELLUSCIO, A. C., su trabajo cit., en La Ley del 4 de noviembre de 1986.

la²⁹ y Mazzinghi, autor este último que afirma que se inserta en las concesiones que se otorgan en perjuicio de la debida solidaridad conyugal³⁰.

2. ALCOHOLISMO Y DROGADICCION

En lo que respecta al alcoholismo y a la drogadicción, la doctrina antes citada concordantemente y con toda razón señala que tales conductas conyugales resultan aprehendidas por la figura de las injurias graves, no existiendo motivos suficientes para concederles un tratamiento diferenciado.

Si el problema ha superado los límites de la voluntad del cónyuge y éste padece de dipsomanía o es un drogadependiente, no cabe enrostrarle su accionar, pues se dan los mismos presupuestos que observáramos respecto de las alteraciones mentales graves. Y si el cónyuge se resiste infundadamente a someterse a tratamiento o a medicarse para superar su estado, tal conducta encuadra claramente en el supuesto del inciso 4° del artículo 202 del Código Civil, en su nueva redacción.

²⁹ SCALA, Jorge, *Breve crítica exegética al proyecto de divorcio vincular*, La Ley del 16 de diciembre de 1986.

³⁰ MAZZINGHI, Jorge A., *Objeciones al proyecto de ley de matrimonio civil aprobado por Diputados*, La Ley del 1° de diciembre de 1986.

La causal de demencia fue contemplada por el Dr. Zannoni en sus *Bases dogmáticas y normativas de una reforma* incluidas en su obra *El divorcio vincular en la Argentina*. Conforme a lo proyectado por dicho autor, debía mediar declaración judicial de demencia y el cónyuge actor acreditar el cese de la convivencia en razón de la enfermedad mental que fundara tal declaración, incluyendo dictámenes médicos de los que resulte que es imposible o gravemente inconveniente que el insano continúe conviviendo con el demandante y los hijos, en su caso (p. 129).

3. CONVERSION EN DIVORCIO VINCULAR

Según lo advirtiéramos al formular las observaciones en general que nos merecen las causales de separación personal, las causales previstas en este artículo no rigen para el divorcio vincular. Pero, en solución que merece fundadas críticas, en forma indirecta puede arribarse al mismo a través de la conversión de la separación personal en divorcio vincular, conforme al trámite previsto por el artículo 216 del Código Civil, en su remisión al artículo 238 del mismo Código.

Si bien la reforma ha procurado paliar las consecuencias que devienen de la adopción de tan criticable temperamento, al elevar el plazo requerido para poder solicitar la conversión, fijándolo en tres años (artículo 238 cit., párr. segundo), no por ello deja de implementar un sistema intrínsecamente desvalioso para el ordenamiento jurídico nacional, al sancionar al cónyuge que no sólo no ha dado lugar a inconductas que puedan fundamentar sanciones jurídicas sino que aparece como requirente de resguardo y asistencia.

Art. 204 Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente.

1. SEPARACION DE HECHO

El alejamiento fáctico de los cónyuges o ruptura de convivencia ha tenido en nuestra legislación un desarrollo particularmente interesante, que reveló su más importante manifestación en la reforma introducida al artículo 1306 del Código Civil por la ley 17.711.

Por su parte, la reforma operada en el régimen de la patria potestad —ley 23.264— incorporó igualmente soluciones referidas al ejercicio de la institución en caso de separación de hecho de los progenitores (art. 264, inc. 2° Código Civil), aun cuando sus disposiciones debieron ser interpretadas para otorgarles claridad³¹.

Pero la nueva regulación legal del matrimonio otorga a la separación conyugal fáctica alcances que van mucho más allá de las previsiones de la doctrina y la jurisprudencia, al

³¹ Ver D'ANTONIO, D. H., *Nuevo régimen legal de la patria potestad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, p. 101 y ss.

concederle rango de "causal" de separación personal y de divorcio (arts. 204 y 214, inc. 2º Código Civil).

Esta posición merece nuestra severa crítica, la que fuera ya expresada en los primeros comentarios efectuados a la reforma, a la cual nos sumamos con las particularidades que señalaremos.

Belluscio destaca la injusticia que resulta de reconocer al culpable de la separación el derecho a demandar la separación o el divorcio, privando al inocente de derechos esenciales³².

Scala evidencia que, al poder convertirse la separación personal en divorcio se llega al divorcio por voluntad unilateral en los supuestos de culpabilidad de uno de los cónyuges, resultando entonces el matrimonio un *facto temporal* de convivencia que hace retroceder la institución hasta el *putio* de la antigüedad, aunque más sofisticado³³.

Para Goyena Copello, en tanto, se trata de una causal peligrosa y que entraña una verdadera alteración en toda la mecánica que hasta hoy ha imperado en materia de causales e, inclusive, admitiendo que el propio interesado constituya su propia causal.

Agrega este autor que esta causal convierte al matrimonio en una mera fórmula unilateralmente rescindible, que la desmerece y también lo hace con el legislador que así lo considera y el pueblo que lo permite³⁴.

Según se advierte, los autores antes mencionados ponen énfasis en la injusta situación que deriva de la existencia de un cónyuge culpable de la separación. Pero entendemos que la crítica a la inclusión de la separación de hecho como causal de separación personal y de divorcio excede tal particularidad y abarca aspectos generales que pasamos a analizar.

³² BELLUSCIO, A. C., *Observaciones ...cit.*, en La Ley del 4 de noviembre de 1986.

³³ SCALA, Jorge, *ob. cit.*, en La Ley del 16 de diciembre de 1986.

³⁴ GOYENA COPELLO, H. R., *ob. cit.*, en La Ley del 13 de noviembre de 1986.

2. CLASES DE SEPARACION FACTICA

En primer lugar es preciso poner de manifiesto que la doctrina en general distingue entre la separación de hecho de común acuerdo y la unilateral, denominada abandono³⁵, ubicando Morello como subespecie de esta última el abandono de hecho recíproco, el cual se tipifica cuando ambos cónyuges ponen fin simultánea o sucesivamente a la convivencia³⁶.

Sentada esta premisa señalamos que la crítica a la consagración legal de la separación de hecho como causal de divorcio comprende no sólo el abandono por decisión unilateral o simultánea de los cónyuges sino que abarca, en nuestro entender, todas las formas que tal situación adquiere. Ello así por cuanto se traslada a la voluntad particular establecer el motivo o circunstancia determinante de la separación personal o del divorcio, desactualizándose la esencia de la unión conyugal al ubicar el mantenimiento del matrimonio como un elemento sobre el cual la decisión individual prevalece.

Se vulnera en la gran mayoría de los casos el principio de la invocabilidad de las causales, el cual determina que los hechos que dan lugar al divorcio no pueden ser invocados por el cónyuge que los cometió³⁷. Ello ocurriría en los casos de demanda promovida por el abandonante unilateral o abandonantes recíprocos y en la alegación de los hechos por ellos en la separación personal o en el divorcio por mutuo consentimiento.

³⁵ Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Separación de hecho entre cónyuges*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 16 y ss.

³⁶ MORELLO, Augusto Mario, *Separación de hecho entre cónyuges*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 95.

³⁷ Ver BELLUSCIO, A. C., *Derecho de Familia* cit., t. III, p. 196 y doctrina y jurisprudencia cit. en nota 9.

3. SEPARACION DE HECHO Y ABANDONO

Si se tratara del cónyuge inocente de la separación, es notorio que la solución a su situación está contemplada por la causal prevista en el inciso 5° del artículo 202 del Código Civil, con la ventaja evidente de que para reclamar el divorcio por abandono no será menester el transcurso de los plazos contemplados en este artículo 204 o del inciso 2° del artículo 214, ambos del Código Civil, y que en tal juicio podrá establecer su condición de inocente, lo que no puede hacer en el caso de divorcio vincular por separación de hecho.

4. EXTREMOS QUE PUEDEN ACREDITARSE

De todas formas, el establecimiento de esta figura como causal de divorcio determina la necesidad de dejar precisada la separación de hecho y la fecha en que la misma se produjo.

Los modos en que se podrán probar tales extremos son alcanzados por la regla general, por lo cual serán admisibles todos los medios de prueba autorizados por la ley procesal. En lo que respecta a la absolución de posiciones, que puede dar lugar a la confesión y al reconocimiento de hechos, remitimos al desarrollo del artículo 232 del Código Civil.

No rigen respecto de la acreditación de tales extremos los impedimentos referidos a la determinación judicial de la culpabilidad en la separación, en tanto la misma, conforme lo dispuesto en el nuevo artículo 235 del Código Civil, carece de relevancia como elemento de la causal³⁸. Por tanto, consideramos que sería admisible deducir una acción judi-

³⁸ En general la doctrina ha considerado desvaliosa jurídicamente y por lo tanto inadmisibile la acción destinada a dejar establecida la culpabilidad en la separación de hecho (ver ZANNONI, E. A., *Derecho de Familia* cit., t. I, p. 667), D'ANTONIO, D. H., *Tenencia de hijos en caso de separación de hecho*, Zeus, t. 31-D-97).

cial tendiente a dejar precisada la efectividad de la separación fáctica y la fecha en que se produjo, dejando aclarado que el pronunciamiento jurisdiccional sólo tendrá alcances a los fines de probar los extremos que requiere la causal que comentamos.

Al precisarse en el artículo 235 del Código Civil que en esta causal, al igual que en la del artículo 203, no hay declaración de culpabilidad, se plantean los mismos interrogantes que resultan de seguir tal posición y que ponemos de resalto en el comentario al artículo 205 del Código Civil (ver § 2.f).

5. PRETENSION DE DECLARACION DE INOCENCIA

A los fines de resguardar los derechos del cónyuge que no ha dado motivo para que se produzca la separación, la norma permite que éste alegue y pruebe su inocencia.

Ello importa el ejercicio de una pretensión que, debidamente introducida en el campo de conocimiento jurisdiccional, deberá ser objeto de pronunciamiento.

La trascendencia de recurrir a este medio de reconocimiento judicial refleja en el mantenimiento de derechos tales como el sucesorio, conforme lo dispuesto por el artículo 3574 del Código Civil, derivados del emplazamiento del cónyuge en el estado de familia de separado personalmente en condición de inocente.

La sentencia, a su vez, no se encontrará abarcada en la previsión del artículo 235, el cual impone la no declaración de culpabilidad tratándose de juicios de separación personal o divorcio vincular por causa de separación fáctica.