

La separación de hecho y la imputación de culpa: el costo de las elecciones personales

María Victoria Pellegrini*

1. Introducción:

Los más de veinticinco años de vigencia de la ley 23.515 y las importantes transformaciones sociales, culturales y legales respecto a los distintos tipos de modelos familiares, imponen de una buena vez la necesidad de una revisión profunda del sistema normativo en torno al divorcio vincular. Ello, teniendo en cuenta la evidente crisis en el concepto de culpabilidad en el quiebre matrimonial¹

Pero considerando el derecho vigente, en esta oportunidad es mi interés detenerme en la relación entre la separación de hecho sin voluntad de unirse y las causales que implican atribución subjetiva de culpabilidad, motivos legalmente justificados para peticionar el divorcio vincular (o separación personal).

Relación que genera interesantísimos debates y discusiones –tanto en doctrina como en fallos judiciales- fundamentalmente respecto a dos cuestiones puntuales que, si bien autónomas, se encuentran habitualmente conectadas: a) la “irrupción” de la imputación de culpa ante la petición de divorcio por causal objetiva de separación de hecho (art. 214 inc.2 CC) y b) el dictado de sentencia de divorcio vincular por separación de hecho, sin imputación de culpa, en aquellos procesos en los cuales hubo reproches de culpabilidad pero no lograron ser acreditados.

Así, intentaré describir cómo funciona la convivencia legal de dos formas de acceder a una sentencia de divorcio vincular, los conflictos de subsunción o desplazamiento que se generan, la incidencia de la posición que se asuma en cuanto a las consecuencias jurídicas y las limitaciones impuestas al juzgador para arribar a una sentencia que aparece como la más próxima al sentido común, pero que no fue peticionada explícitamente por las partes.

Ello, utilizando como metodología el análisis de diversos fallos dictados en los últimos años tanto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, como por tribunales superiores y de grado de diferentes jurisdicciones, principalmente, la Provincia de Buenos Aires.

2. La aparición de la culpa en un divorcio sin reproche

Caso habitual y poco problemático en su planteo: ante la petición de divorcio vincular fundado en la separación de hecho –en los términos exigidos por la

* Abogada (UNLP), especialista en Derecho de Familia (UNR), Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (UNS), mvpelle@uns.edu.ar

¹ Entre muchos autores: Stilerman Marta – De León María Teresa “*Divorcio. Causales objetivas*” Univesidad, Buenos Aires, 1994; GROSMAN Cecilia P. “*La separación y el divorcio en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Algunas propuestas para el debate*”, RDF 2001-18-123; MIZRAHI Mauricio Luis “*Familia, matrimonio y divorcio*”, Ed. Astrea, 2006; ZANNONI Eduardo A. “*Contienda y divorcio*” RDF 1989-1-9; FAMÁ María Victoria “*Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio*” RDF 44, noviembre/diciembre 2009, 1; HERRERA, Marisa “*Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro*”, RDF 44, noviembre/diciembre 2009, 75; etc.

norma²- la parte actora podrá simplemente requerir el dictado de sentencia de divorcio o, además, solicitar que se dejen a salvo sus derechos de cónyuge inocente. Para ello, obviamente, deberá imputar a su cónyuge el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales, lo cual no es otra cosa que las causales habilitadas normativamente para imputar la culpa. Lo mismo cabe al cónyuge demandado: podrá, a su vez, dejar a salvo su inocencia, reprochando por tanto al otro la culpa en el quiebre matrimonial. Ello ha provocado al menos dos corrientes jurisprudenciales diferentes:

A. Por un lado, quienes consideran que ante la aparición del reproche de culpabilidad, siendo antagónico un sistema de tipo objetivo (sin culpa) de uno subjetivo (con culpa) se produce un desplazamiento en el tipo de divorcio vincular requerido, quedando por tanto subsumido el objetivo por el subjetivo. Los argumentos para sostener esta posición se advierten claramente de la transcripción de diversas resoluciones judiciales, por ejemplo, de la provincia de Buenos Aires:

“Cuando se prueba una causal subjetiva de divorcio que determina la culpabilidad exclusiva de uno de los cónyuges, la razón objetiva queda desplazada y no puede prevalecer sobre aquélla.....Esta Corte tiene ya dicho que si las causales “subjetivas” de divorcio (arts. 202, 214 inc. 1º, C.C.) resultan acreditadas en el juicio respectivo, el divorcio deberá decretarse sobre éstas, quedando desplazada la “objetiva” (art. 214 inc. 2º, C.C.) porque la reforma introducida por la ley 23.515 impide su concurrencia (conf. Ac. 47.552, sent. del 15-III-1994, “Acuerdos y Sentencias”, 1994-I-295)”³

“Sostuvo la Cámara a quo -criterio que comparto- que si se demanda exclusivamente invocando una causal objetiva de divorcio vincular y el accionado reconviene alegando abandono voluntario y malicioso, la causa objetiva queda desplazada por la subjetiva. De este modo la litis versará sobre la atribución de culpa, en el marco del divorcio-sanción y no del divorcio-remedio u objetivo, por tanto, consideró que correspondía analizar la procedencia de la causal del art. 202 inc. 5 del Código Civil.”⁴

“Atendiendo a la particular forma de trabarse la litis, es conveniente recordar que dentro del sistema adoptado por la ley 23.515 “conviven” causales de separación llamadas en doctrina “objetivas” (tal, entre otras cosas, la separación de hecho) con otras rotuladas de “subjetivas” (así y también entre otras, el adulterio y las injurias graves). Las primeras responden al rotulado “divorcio remedio”; las segundas al “divorcio sanción”. Dentro de este sistema legal, la causal objetiva de divorcio basada en la “separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años” (art.214, inc. 2º, Código Civil), cede ante la presencia de causales “subjetivas” (art. cit., inc. 1º)”⁵

² Art. 214 Cód. Civil

³ SCBA, Ac. 78.634, “O., P. E. contra D., M. Divorcio vincular”, 2.4.2003, www.scba.gov.ar, base JUBA

⁴ SCBA, C. 88.226, “S., J. A. contra M., A. A. Divorcio vincular”, 15.8.2007, www.scba.gov.ar, base JUBA

⁵ Cám. Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, causa N°83.483, “L., L. R. C/ A., M. C. S/DIVORCIO VINCULAR”, 10.5.06, www.scba.gov.ar, base JUBA

*En un sistema como el nuestro, en el cual a la atribución de culpabilidad en las causas de divorcio, presumida en la configuración de supuestos objetivos⁶, le siguen consecuencias jurídicas disvaliosas para ambos integrantes del matrimonio, un principio de justicia indica que la judicatura no puede permanecer indiferente al respectivo reproche; éste como manera de permitir al cónyuge inocente neutralizar los efectos que debería soportar en razón de la analizada causal de disolución del vínculo. Frente a ello, no cabe duda que cuando se invocan, como en el caso, una causal objetiva (separación de hecho sin voluntad de unirse por más 3 años) y alguna causal subjetiva (abandono voluntario y malicioso, adulterio o injurias graves), probándose ambas índoles de hipótesis, el juez al resolver deberá decretar el divorcio por las últimas y la culpabilidad del cónyuge que incurrió en las mismas. Pues bien, en ese contexto, en el ámbito de un proceso en el cual se ha alegado la configuración conjunta de una causal objetiva y de otras subjetivas, en resguardo al principio de dar a cada uno lo suyo, le toca a la primera asumir un rol subsidiario, cobrando vigor sólo ante la falta de acreditación de la culpabilidad unilateral aducida”.*⁷

B. Por otro, quienes consideran que ambos tipos de divorcio conviven en la legislación actual y no se produce tal desplazamiento: simplemente al quiebre matrimonial objetivamente declarado se le asigna un responsable. Nuevamente, veamos los argumentos judiciales:

“En efecto, es verdad que -a la luz de nuestro derecho positivo actual- la ley confiere legitimación a cualquiera de los esposos para desvirtuar el funcionamiento de la causal como exclusivamente objetiva; con lo que se habilita a desplazar el juicio al terreno del divorcio-sanción. Sin embargo, este desplazamiento -de la causal objetiva a la subjetiva- no debe ser incorrectamente interpretado.

El sentido de la expresión es que en esa hipótesis se ha de producir un corrimiento porque, a partir de la introducción de la inculpación, no bastará ya el elemento objetivo. Habrá además que juzgar las causas que motivaron el fracaso matrimonial, dado que el juez estará obligado a pronunciarse acerca de la culpabilidad atribuida a uno de los cónyuges.

No obstante lo expuesto, es fundamental destacar que aquel mentado desplazamiento de ninguna manera significará que la causal objetiva pierda virtualidad, pues el legislador la ha regulado como una causal autosuficiente; esto es, que ha de operar con independencia de que quien la articule sea o no el culpable del divorcio.

*En suma, si se produce la convergencia entre la causal objetiva y las causales subjetivas, no parece adecuado a nuestro ordenamiento que la judicatura tenga por “extinguida” la primera -por una suerte de arte de birlibirloque- por el hecho de que se tenga por acreditada la culpa; y ello en razón que no existe texto legal alguno que así lo prescriba.”*⁸

⁶ El subrayado me pertenece. Es que resulta llamativo que aún se sostenga que en los supuestos objetivos de divorcio se presume la atribución de culpabilidad.

⁷ Cám. Civ. Com. Sala 1, Mar del Plata, “P.E.J. c. T., M.R.”, 30.10.08, Citar Lexis N° 70049511, www.abeledoperrot.com

⁸ Cám.Nac.Civil, Sala B “M., H. A. y L., M. C.”, 27.11.07, www.abeledoperrot.com

Resumiendo, sin lugar a dudas el sistema normativo admite la concurrencia de ambos tipos de divorcio, pues expresamente lo dispone el art. 214 inc. 2 CC. Entonces, ¿qué sucede ante la concurrencia de ambos tipos? Sencillamente, la reserva de inocencia permite a quien la invoque y pruebe obtener el divorcio siendo inocente. El hecho objetivo (separación) está acreditado. Resta la imputación subjetiva de la causa de tal hecho.

Primera consecuencia: aún quien pretenda la reserva de inocencia no podrá evitar el divorcio, se decretará por la causal objetiva. En una publicación de hace ya un tiempo, Arianna⁹ brinda este clarísimo ejemplo: un cónyuge demanda fundado en separación de hecho y formula reserva de inocencia imputando injurias graves al otro cónyuge. La parte demandada solicita rechazo de la demanda y logra probar que no incurrió en injurias graves, quedando acreditada la separación de hecho. ¿Correspondería rechazar la demanda?

Evidentemente, para obtener la reserva de inocencia resulta necesario que se pruebe la culpa del otro cónyuge. Pero de no probarse, la separación de hecho mantiene su relevancia y se impone la sentencia de divorcio, inevitable aún para el cónyuge que logra repeler el reproche culpable.

Mucho más claro, como siempre, en palabras de Aída Kemelmajer:

“Se trata, pues, de dos peticiones que pueden tener resultados variados: (a) no acreditarse la separación de hecho y, consecuentemente rechazarse la separación; (b) probarse la separación de hecho pero no la causa, en cuyo caso se hará lugar a la separación sin reservas para el inocente; (c) acreditarse la separación y la causa, y en consecuencia hacerse lugar a ambas peticiones (separación y reserva de los derechos acordados al inocente).

“No tengo dudas que así demandó la mujer y de estas dos pretensiones pudo defenderse el marido; consecuentemente, adelanto que analizaré la causal objetiva con independencia de la culpabilidad, o sea, como remedio de una situación preexistente que muestra que la vida en común está rota irremediablemente, no prestándose los cónyuges entre sí los deberes emanados del matrimonio. Si esa situación está acreditada, analizaré si existe o no la mentada inocencia”¹⁰

Segunda consecuencia: sostener que el tipo subjetivo desplaza al objetivo implica considerar una suerte de “orden de prelación” en las formas de obtener el divorcio, con toda la carga simbólica que representa un orden jerárquico o de importancia en la forma de arribar a una sentencia de divorcio. En efecto, si ante la aparición del reproche en el quiebre matrimonial pierde virtualidad o incidencia jurídica la separación de hecho alegada, se pierde de vista la opción elegida al demandar: la configuración del tipo objetivo del divorcio.

Y ello nos remite a considerar cómo incide la valoración judicial de la prueba en uno u otro tipo de divorcio. Dicho de otro modo, ¿es irrelevante la forma de

⁹ ARIANNA Carlos A., “Divorcio. Causales objetivas vs. causales subjetivas” RDF 1990-3-106

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, G.A.M. c. T.M.H. 17.12.08, www.abeledoperrot.com

valorar de los jueces si se les presenta un divorcio sin culpas que uno con culpas?

Teniendo en cuenta la fuerte corriente autoral y jurisprudencial respecto a la crisis del concepto de culpa en el divorcio¹¹:

“En consecuencia, a diferencia de lo que ha de suceder para comprobar la circunstancia fáctica que sustente al elemento objetivo de la separación de hecho, el juez -cuando se ingrese en el terreno de la imputación de faltas- debe aplicar un particular rigor para tener por probada la causal culpable que se invoque; de manera que en caso de duda, o si no aparece acreditada de un modo palmario y terminante la culpa de uno, y la paralela inocencia del otro, habrá que pronunciarse desechando la culpabilidad introducida; desde luego aplicando los parámetros de la sana crítica (art. 386 del ritual)”¹²

Tercera consecuencia: Si el tipo subjetivo no desplaza al objetivo, ¿debería ello incidir en la aplicación de las costas devengadas en el proceso judicial? Ante el dictado de una sentencia de divorcio por la causal objetiva en la cual, además, se precisa cuál de los cónyuges ha sido el culpable y, por ende, el otro cónyuge el inocente, la aplicación de las costas deberá reflejar el modo en que se resolvió la cuestión. Y resulta procedente por tanto mantener en este aspecto como criterio de distribución de costas el principio de derrota.

“Cabe comenzar diciendo que, en función de la forma en que fue planteada la demanda, debe entenderse que medió una acumulación de pretensiones por parte de la accionante (art.87 del Cód. Proc.). Por un lado solicitó el divorcio vincular con sustento en la separación de los cónyuges sin voluntad de unirse (aspecto objetivo), pero, por otro lado, requirió que se dejaran a salvo sus derechos como cónyuge inocente (aspecto subjetivo). Así se desprende de los propios términos del escrito de demanda (fs.14/16), no quedando dudas en el sentido de que se está ante dos pretensiones acumuladas que, como tales, deben merecer una solución diferenciada en punto a la condena en costas.

Corresponde destacar, por lo demás, que la parte demandada advirtió -con claridad- que en la demanda se habían planteado dos pretensiones diferenciadas. De allí que se allanó parcialmente a la demanda en lo atinente a la declaración del divorcio por la causal objetiva, y al mismo tiempo solicitó el rechazo parcial de la demanda en cuanto a la pretensión de que se dejara a salvo el derecho de la actora como cónyuge inocente.

Y en el segundo aspecto del litigio (de carácter subjetivo y relativo a la declaración de inocencia), deviene incontrovertible que la parte actora ha resultado perdedora, ya que no ha producido ninguna clase de prueba tendiente a respaldar las genéricas aserciones volcadas en su demanda

¹¹ Varios y contundentes argumentos –a los que expresamente adhiero- sostienen la inconveniencia de un sistema legal que incluya al divorcio inculpatario, entre ellos: problemas en la determinación de un culpable en la quiebra matrimonial, sea por dificultades probatorias (atento el ámbito de intimidad en el cual se desarrolla la vida matrimonial) como por dificultades “ontológicas” (atento las características propias del vínculo matrimonial); consecuencias gravosas para el núcleo familiar, fundamentalmente en su etapa posterior al divorcio; valor educativo de las leyes, que establecen incentivos para actuar (o desalientan formas de conductas); la falta de coercitividad del “desamor” o de conductas que evidencian –al menos- desinterés en continuar con la vida en común, etc.

¹² Cám. Nac. Civil, Sala B, “M.H.A. y L.M.C.” del 27.11.07 y reiterado en “C.C.C. c. R.B.L.” del 20.5.08 (votos del Dr. Mizrahi) en www.laleyonline.com.ar

....Se impone, por ende, valorar esta circunstancia procesal -supliendo la omisión contenida en la sentencia apelada- a fin de dar una adecuada solución a la imposición de costas, teniendo en cuenta la petición contenida en el escrito de expresión de agravios (art.273 del Cód. Proc.).¹³

3. La causal objetiva en los divorcios culpables con insuficiencia probatoria

El supuesto también es conocido: divorcio subjetivo “puro” –es decir, demanda fundada en causales y reconvencción también fundada en causales- y la falta de prueba contundente que lleven al juzgador a la convicción de existencia de culpa en sendos juicios de reproche, y, además, se dio cumplimiento a las exigencias legales para configurar el tipo objetivo, ¿corresponde el rechazo de la demanda o dictar sentencia de divorcio sin expresión de causa?

No es otra cosa que resolver el dilema sobre la legalidad del decreto de divorcio por una causal distinta a la invocada –al menos explícitamente-, si ella surge de los hechos alegados y probados.

Como en muchos otros ámbitos jurídicos, se plantean dos posiciones enfrentadas que, claramente, brindan soluciones también enfrentadas:

A. Procede el rechazo de la demanda:

Los argumentos se centran, fundamentalmente, en cuestiones procesales y la vigencia de principios esenciales al proceso, como el principio de congruencia. Las partes han delimitado el objeto y causa del litigio al plantear sus pretensiones; de allí que, en respeto a la congruencia, la sentencia que se dicte no deberá pronunciarse sobre cualquier materia extraña a aquello que le fuera peticionado, ni en más, ni en menos. Los cónyuges plantearon su petición de divorcio con un plus: la declaración de culpabilidad de alguno de ellos en la quiebra matrimonial (y consecuentemente la inocencia del otro). Por lo tanto, declarar el divorcio con prescindencia al reproche de culpabilidad implica una modificación o alteración de la pretensión planteada.

Sumado a ello, una alteración de tal tipo incide en el derecho a un debido proceso, pues provoca afectación a la defensa en juicio una sentencia que excede aquello peticionado ya que se privará a las partes alegar en un nuevo litigio otras causas y/o aportar otras pruebas que finalmente logren obtener la declaración de culpa pretendida.

Por otra parte, no resultaría suficiente acudir a otro principio procesal, como el iura curit nova, ya que en el caso no se trataría de la identificación de una norma jurídica no enunciada por las partes, sino de una modificación sustancial de las consecuencias jurídicas dispuestas normativamente para un tipo de divorcio y otro.

Y por fuera de cuestionamientos de tipo procesal, incide también el respeto a la autonomía de la voluntad. Las partes, aún pudiendo, optaron por peticionar un tipo de divorcio en el cual instalaron el juicio de reproche.

¹³ Cám. Civ. Com. Azul, “F.P. c. E.M.P”, 05.02.2009, La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/26910/2009, www.laleyonline.com.ar

Veamos qué dicen algunos fallos judiciales, fundamentalmente de la Cámara Nacional Civil (cuyas Salas sostienen posturas encontradas que exige inminente plenario):

“En tren de procurar ceñir el margen de maniobra del órgano, el principio "iura novit curia", destinado a reconocer a los jueces facultad para suplir el derecho que las partes invocan erróneamente, no justifica que introduzcan de oficio acciones no articuladas ni debatidas en la causa. Toda vez que se exceda esta frontera la sentencia vulnera los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional. Tampoco está permitido a los magistrados alterar los términos esenciales en que el debate quedó planteado. Desde tal horizonte el tema asciende por sus resonancias al derecho constitucional procesal y afianza la concreta operatividad de las garantías del debido proceso (Conf. Morello, Augusto Mario, "El principio de congruencia como límite a la decisión del juez en la sentencia", JA-Doctrina-1972-247).

En base a esas premisas y llevado el tema al campo del proceso de divorcio, se ha dicho que el principio "iura novit curia" no autorizaría al juez a decretar un divorcio o separación personal por la causal objetiva de separación de hecho no invocada, pues ello implicaría la selección de una norma que supone una alteración de los hechos constitutivos de la pretensión, hipótesis en la que, contrariamente, no cabría hablar de "calificación" sino de su modificación, con clara violación del deber de congruencia (art. 34, inc. 4, Cód. Proc. Civ. y Com.) (Conf. Kielmanovich, Jorge L., "La causal objetiva no invocada en el divorcio", LA LEY, 2007-D, 1055).”

“El legislador permite a los cónyuges en ejercicio de la autonomía de la voluntad, optar, en la medida en que se cumplan los requisitos exigidos en cada una de las causales de separación personal y divorcio vincular, por la causal y la vía que consideren adecuadas a sus intereses y pretensiones. El juez no puede, en esta materia, sustituir a las partes, eligiendo el régimen por el cual se decretará el divorcio, encuentra una valla imposible de superar, pretendiendo aplicar el "iura novit curia". Este principio funcionaría correctamente si el encuadre legal no modifica los efectos del divorcio, por ejemplo, cuando se demanda por alguna de las causales del art. 202, en que el juez podría, si se prueban los hechos, fundar en otro inciso no pedido por las partes”

“Esta doctrina violenta el derecho de defensa en juicio de las partes al vedar a una y otra la alegación y prueba de la inocencia que autoriza el art. 214 del Cód. Civil con la virtualidad que ella apareja. Aun cuando se haya rechazado la demanda de divorcio o reconvencción por causales subjetivas, las partes no se hallarían privadas de su derecho a alegar y probar su inocencia en la interrupción de la vida en común en un juicio ulterior, ya que la autoridad de "cosa juzgada" no aprehendería a tales hechos...”¹⁴

B. Procede el dictado de sentencia de divorcio por causal objetiva.

También diversos principios procesales sostienen esta postura. Así, la celeridad y economía procesal impiden razonablemente exigir un innecesario dispendio jurisdiccional imponiendo a los cónyuges de un matrimonio evidentemente quebrado la necesidad de plantear un nuevo juicio para finalmente obtener su sentencia de divorcio. Luego, la posición negatoria

¹⁴ Cám. Nac. Apelaciones, Sala G, “M.I.L. c. O.J.O.”, 31.7.09, www.laleyonline.com.ar

interpreta restrictivamente el principio de congruencia. Porque indudablemente las partes han evidenciado el quiebre matrimonial y en virtud de dicho quiebre es que solicitaron se declare el divorcio. En tal entendimiento, la petición de divorcio por causales objetivas se encuentra implícita en todo requerimiento de divorcio con imputación de culpa, de allí que no se produce modificación alguna de los hechos constitutivos del litigio. Y el principio iura novit curia impone a los jueces la obligación de dirimir los conflictos judiciales según el derecho vigente aplicable a cada caso, independientemente de los fundamentos de las partes. A la par, incide también una fuerte dosis de realismo ante la falta de interés social en el mantenimiento de ficciones jurídicas, como lo es un matrimonio desquiciado.

En su función jurisdiccional, Mizrahi expone clara y contundentemente sus fundamentos:

“Como lo sostuve en otros pronunciamientos (..) entiendo que el órgano jurisdiccional cuenta con facultades en estos casos para el dictado de una sentencia de divorcio vincular en los términos del art. 214, inc. 2, del Código Civil. Repárese que la separación de hecho de los esposos desde el año 2001 viene a certificar el desquicio matrimonial; y por eso la ley lo regula como causal autónoma de divorcio.

Ahora bien, para mi criterio las causales subjetivas que las partes invocaron necesariamente comprendían el reconocimiento de ese estado objetivo, esto es, la quiebra irremediable del vínculo conyugal pues, claro está, ninguna causal culpable es dable impetrar si no se comprueba a la par el elemento objetivo: La destrucción matrimonial. Para decirlo de otra manera, mal puede decretarse un divorcio por una causal subjetiva sin entenderse quebrada la unión matrimonial.-

*Con lo precedentemente precisado queremos señalar que, en definitiva, toda causal subjetiva comprende la objetiva, aunque a ésta no se la invoque expresamente. Es que en estas situaciones los cónyuges articulan un *mínimum* que es la ruptura irreversible, y también un *plus*, que es la culpa del otro. El tribunal en estos casos, entonces, no otorga ese *plus* por falta de pruebas (las causales subjetivas que se imputan), pero sí confiere el *mínimum*, que es la admisión de la ruptura conyugal; de manera que queda sin determinar quien es el responsable del fracaso matrimonial. De lo narrado surge que en el decreto de divorcio por la causal objetiva en supuestos como el presente, no habrá exceso alguno en la labor del Tribunal ni se afectará el principio de congruencia.*

Ello es así porque en la especie se trata, en suma, de una aplicación del principio iura novit curia, tras una interpretación amplia del contenido de la litis. Es que la causal objetiva -divorcio por la separación de hecho- no necesariamente debe estar individualizada por la norma de la ley que se cite en los escritos constitutivos del proceso, sino que resulta suficiente que tal identificación se realice por el hecho articulado, que -en este supuesto- es la quiebra de la unión conyugal.

A mayor abundamiento diré que, de aplicarse en la especie un ritualismo caprichoso, conllevaría al rechazo total de la demanda y reconvenición, y al consiguiente mantenimiento artificial del matrimonio; a pesar que ni a los esposos - ni a la comunidad en general- les interesa que se mantengan ficciones legales vacías de contenido. Asimismo, si se adoptara esa injusta tesitura -tan estrecha como injustificada- se obligaría a las partes a promover un nuevo juicio, que ha de implicar un desgaste procesal inútil y

*una llamativa carencia del sentido de economía; lo que importa consagrar una frustración ritual de la verdad real.*¹⁵

Otros pronunciamientos siguen tales argumentos:

*“Pienso que tales argumentos no encuentran respaldo en una **realidad** que se divorcia -también- de la sentencia que mantiene, jurídicamente, un vínculo humano que, en la realidad, no existe y tiene el seguro efecto de obligar a entablar una nueva demanda por la causal objetiva, pues si la primera se rechaza porque no quedaron probadas las subjetivas, salvo nuevos hechos, sólo queda el camino del art. 214 inc. 2 CCiv., al que como dije, acudirán ambos o uno de los "cónyuges", posponiéndose sin justificación alguna ni interés para nadie, la solución que cabe dar al cabo del primer juicio de divorcio en que no prosperaron las causales subjetivas invocadas por las partes”.*¹⁶

*“Que interpreto que en el supuesto de que esta alzada se limitara a confirmar la sentencia apelada, el resultado sería disvalioso, contrario a los principios de economía y celeridad procesales rectamente entendidos y haría culto a un principio de congruencia inflexiblemente interpretado y sin miramientos para las circunstancias del caso Dichos pronunciamientos privilegian el resultado práctico perseguido por las partes por sobre el otorgamiento exacto de lo postulado”*¹⁷

“Algunos autores sientan su opinión contraria a la solución que estoy propiciando, sosteniendo que en este caso se le impide a la otra parte la alegación y prueba de su inocencia en base a lo dispuesto en el art. 204 del Código Civil (Kielmanovich, ...). Pero este inconveniente no se visualiza en la causa, dado que la actora actuó en el juicio en función de la postura que adoptó; promovió su demanda y contestó la reconvenición del accionado (fs.); tuvo posibilidad de ejercitar todos los actos procesales que consideró pertinentes; su pretensión de divorcio fue rechazada y no apeló la sentencia que le resultó desfavorable”.

*En suma, no se advierte cual sería el planteo que podría realizar la actora para demostrar su inocencia, pues ya ha tenido a su alcance todos los mecanismos idóneos para el resguardo de sus derechos, algunos de los cuales ha dejado de usar...”*¹⁸

“Esgrimida por cada parte una causal subjetiva que no ha logrado acreditarse -caso de autos-, puede ocurrir que de las constancias del proceso surja demostrada la no invocada de separación de hecho durante el plazo legal, caso en que, según la tendencia doctrinaria actual, puede decretarse el divorcio en base a ella (Stilerman-De León, "Divorcio - Causales objetivas"). En ese sentido lo entendió la Sala D, de la Cámara Nac. Civil en autos "S. de L" del 10/11/88, al disponer que si bien "...las pruebas allegadas al proceso no son suficientes para tener (por probadas las causales utilizadas)...” y en razón de que "...las partes están separadas

¹⁵ Cám. Nac. Civ. , Sala "B", "C. C. C. c/ R. B. L. s/ divorcio", 20.5.08, www.laleyonline.com.ar

¹⁶ Cám. Civ. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, Sala 2, "M.,A.C. v. R., R.E.", 6.7.2007, www.abeledoperrot.com citar lexis nro. 70039040

¹⁷ Cám. Civ. Com. Rosario, sala 4, "C., W. V. A., B.M. 28.11.2006, www.abeledoperrot.com citar Lexis nro. 35010360

¹⁸ Cám. Civ. Com. Azul, sala II, B. V.M. c. F. C.F., 19.11.2009, www.laleyonline.com.ar cita online: AR/JUR/47068/2009

*de hecho desde hace más de 3 años... teniendo en cuenta que el divorcio vincular ha sido solicitado por ambos litigantes... y con aplicación del principio de "iura novit cuira" que consagra el art. 163 inc. 6º del Código Procesal..." corresponde decretar "...el divorcio vincular de las partes por encontrarse incursas en la causal establecida en el art. 214 inc. 2º del Código Civil..."*¹⁹

4. Pasando en limpio

Teniendo en cuenta lo hasta aquí desarrollado, es claro que en el sistema normativo vigente causales subjetivas y objetivas conviven, pero se presentan algunas serias diferencias interpretativas. En definitiva, ¿cómo funcionan las causales subjetivas y objetivas cuando concurren? ¿Son autónomas? ¿Alguna prevalece sobre otra? ¿Está implícita una en otra?

Creo que corresponde realizar una distinción:

1. Supuestos en los cuales se solicitó divorcio vincular invocando la causal objetiva y "aparece" la reserva de inocencia:

Pareciera que no presenta mayor dificultad la solución normativa: corresponderá dictar sentencia de divorcio en todos los casos, pero determinando cuál de los cónyuges es culpable y cuál mantiene reservados los derechos emergentes de su condición de inocente en aquellos casos que se logre probar la culpabilidad en el quiebre matrimonial. Si ambos resultan culpables, ninguno resultará beneficiado con la reserva de inocencia.

De allí entonces, que no ofrece la legislación ningún orden de prelación que provoque desplazamientos de la causal subjetiva por sobre la objetiva y no es posible evitar que se dicte sentencia de divorcio (siempre, claro, acreditando los extremos legales de interrupción de la convivencia por el plazo exigido).

Por último, habiéndose introducido la cuestión de la culpa, la resolución deberá hacer mérito del resultado al momento de aplicar las costas, conforme el criterio legal del principio de derrota.

2. Supuestos en los cuales se solicitó divorcio vincular con imputación de causales, pero que no resultan acreditadas:

En estos casos las dificultades son enormes. Los argumentos analizados más arriba se encuentran enfrentados en una verdadera pelea de pesos pesados. En un rincón principios procesales como la congruencia, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio, junto a un principio fundamental como la autonomía de la voluntad. En el otro, otros principios procesales como la economía y celeridad procesal, el dispendio jurisdiccional y un principio elemental como la verdad objetiva y algo tan evidente como la realidad social. Ambas posiciones tienen buenas razones. Los argumentos de tipo procesal, como el principio de congruencia, son agudamente rebatidos en los votos señalados de Mizrahi, en consonancia con su obra –referencia obligada– titulada "*Familia, matrimonio y divorcio*".

Los argumentos de tipo "práctico" o realistas, no terminan de ser concluyentes: a pesar de ser altamente improbable, no es totalmente improbable, ya que no

¹⁹ Cám. Primera de Ap. Civ. Com. de Mar del Plata, sala II, C., J.A. c. Q., C.G., 5.7.01 publicado en LLBA 2002, 518 y disponible en www.laleyonline.com.ar

resulta evidente (en sentido lógico) que no sea posible obtener en un nuevo juicio la reserva de inocencia que la ley ofrece.

Sin embargo la cuestión de las dificultades probatorias –o incluso de invocación de causales- en un nuevo juicio no es, a mi entender, el elemento determinante para tomar posición en esta cuestión.

Dictar sentencia de divorcio vincular por la causal objetiva, cuando no fue expresamente requerido por ninguna de las partes –ni siquiera en forma subsidiaria- afecta principalmente el principio fundamental de la autonomía de la voluntad²⁰. Al recurrir a un divorcio con imputación de culpa las partes hicieron una elección: solicitaron no sólo el divorcio sino que también ese divorcio se declarara por culpa de uno de ellos. No efectuaron una petición de mínima y otra de máxima: peticionaron divorcio culpable. Tal elección implica asumir el riesgo de no lograr probar las culpas endilgadas. Fueron a todo o nada y una de las posibilidades, justamente, era nada: que se rechace su demanda.

Una práctica saludable requeriría que ante la posibilidad de la tramitación de un divorcio de tipo subjetivo, el abogado aclare a su cliente de la posibilidad implícita de no obtener siquiera el divorcio y para evitar esa eventualidad se requiera subsidiariamente el divorcio de tipo objetivo²¹. También el juez al quedar trabada la litis podría convocar a las partes para que expresamente manifiesten si efectúan tal petición subsidiaria²².

Pero si ninguno de los cónyuges elige una vía no contenciosa, constructiva, cuidadosa del desarrollo familiar con posterioridad a un divorcio, deberán asumir las consecuencias de sus propios actos. En otras palabras, exponerse a la posibilidad de lograr un rechazo de su demanda y tener que tramitar un nuevo proceso para obtener el divorcio -altamente probable por algún tipo objetivo-.

Las consecuencias disvaliosas de las elecciones personales quedan reservadas a quienes efectuaron tales elecciones, a pesar de que el sentido común y la buena voluntad judicial intenten evitar tal sinsentido.

Personalmente me encantaría poder encontrar la absoluta consistencia teórica a la procedencia del dictado de la sentencia de divorcio vincular por causal objetiva ante la ausencia de pruebas de la culpabilidad²³. Máxime adhiriendo expresamente a las dificultades propias de establecer un culpable del quiebre matrimonial y teniendo presente las graves consecuencias que se generan al transitar un divorcio de tipo subjetivo. La posibilidad de sostener que en todo divorcio de tipo subjetivo se encuentra implícitamente el tipo objetivo es altamente seductora, pues brindaría al juzgador el elemento suficiente para

²⁰ Así lo entiende también FAMÁ María Victoria en “Nuevas tendencias...” ya citado, aunque reconoce que sólo en términos teóricos. La lectura de su trabajo “disparó” las reflexiones de éste.

²¹ Se ha sostenido: “Desde luego que no es necesario que las partes articulen subsidiariamente la causal objetiva, ya que esta figura está implícita en la subjetiva; y por lo demás bien sabemos —los que ejercimos durante varias décadas la profesión de abogado— que no parece muy conveniente a los intereses de la parte que aquella causal se articule en subsidio; sobre todo para no debilitar a los ojos del juez la firmeza de convicciones en cuanto a la culpa que se atribuye al otro” (Mizrahi, Mauricio L. “El divorcio y sus causales. Perfiles jurisprudenciales”, La Ley 2007-D-953. Sin embargo (y a pesar de los inteligentes y compartidos argumentos del autor) justamente la cuestión radica en la elección que realice el cliente: el costo de “debilitar a los ojos del juez la firmeza de convicciones” es que se rechace la demanda. Habitualmente, las personas nos resistimos a pagar los costos de nuestras decisiones.

²² Las facultades ordenatorias que los diversos códigos procesales otorgan a los jueces brindan suficiente fundamento normativo. Máxime a un juez de familia, de quien se espera inmediatez y particular activismo, propio de la especificidad de la materia.

²³ Conclusión personal de la discusión sostenida con Marisa Herrera, a quien le agradezco la generosidad, los puntos de vista, debates y energía siempre presentes.

sortear tanto los problemas de un principio de congruencia considerado a ultranza como aquellos derivados del respeto a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, ante los efectos diferenciados en función de la culpa, la opción inculpatoria que realizan las partes es clara: peticionan un divorcio en tales condiciones, que se declare la culpabilidad de uno de ellos. No sólo el divorcio, sino un divorcio que indique a un culpable. Someter la decisión sobre qué tipo de divorcio se eligió transitar a la interpretación judicial permite la posibilidad de la arbitrariedad judicial.

Ojalá que los argumentos brindados puedan resultar disuasorios para la utilización de la vía contenciosa. Como incentivos para actuar que favorezca la elección de una vía más segura, práctica, económica y realista: aquella en la cual las imputaciones de culpa queden fuera de los estrados judiciales.

Tal vez sea un modo de fortalecer aquello que no debe perderse de vista: las consecuencias disvaliosas de un sistema normativo inculpatorio. ¿Por qué resulta tan difícil abandonarlo?²⁴

Artículo *“La separación de hecho y la imputación de culpas: el costo de las decisiones personales”*, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, fascículo 7, 2010-IV, Bs.As., 17.11.10, págs. 28 a 36. ISBN 978-950-20-2131-7

²⁴ Lectura obligada para asomarse al estado de situación normativa en derecho comparado el completísimo trabajo de HERRERA Marisa *“Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio...”* ya citado, que deja alguna perplejidad al advertir: *“Más allá de la mayor sofisticación en la regulación y la utilidad práctica de las causales objetivas, lo cierto es que la mayoría de los sistemas normativos del mundo continúan regulando un sistema inculpatario fundado en hechos ilícitos, por el cual se obliga a sostener la clasificación de cónyuge culpable y cónyuge inocente, así como también todos los efectos que se derivan de esta desigualdad en el comportamiento de los cónyuges y su incidencia para un tratamiento diferencial en lo relativo a ciertos y determinados efectos del divorcio”*. Sin embargo, hasta hace pocos años casi la totalidad de los países del mundo no admitían el matrimonio de personas del mismo sexo. Actualmente, pocos países lo hacen. Entre ellos, ya sabemos, la Argentina.