

EDUARDO A. SAMBRIZZI. *Separación personal y divorcio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, 2 tomos (631 págs. y 493 págs. respectivamente).

La obra del profesor argentino puede calificarse sin exageración de monumental, y no solo por sus proporciones físicas –son dos tomos que en conjunto llegan a más de mil páginas, y que incluyen un grueso contingente de notas de pie de página y una bibliografía desbordante–, sino principalmente por la excelencia del análisis y la por menorizada exposición del problema de las rupturas matrimoniales, que es uno de los puntos centrales del Derecho de Familia contemporáneo.

Para nadie es un misterio que la imagen legal del matrimonio ha sufrido en la última mitad del siglo XX una profunda transformación, y que este proceso, como causa o como efecto (o tal vez como ambas cosas a la vez), ha sido acompañado

por una mayor inestabilidad en la vida conyugal. Las crisis de convivencia entre marido y mujer han siempre existido, pero nunca habían sido visualizadas como etapas de una cierta liberación personal ni como ocasión de una búsqueda de la felicidad individual (a través de un pretendido “derecho a rehacer la vida”).

Los remedios jurídicos que se proveen para enfrentar las crisis conyugales en el Derecho contemporáneo son básicamente los dos que se analizan con prolijidad admirable en este libro: la separación personal (sin disolución de vínculo) y el divorcio vincular. A ellos debe unirse un completo tratamiento de la regulación procesal de los conflictos entre marido y mujer, que moderna-

mente propende a la unidad de juzgamiento de todos los asuntos vinculados a la crisis matrimonial (liquidación del régimen económico matrimonial, custodia de los hijos comunes, alimentos, hogar familiar, etc.), así como a favorecer métodos no adversales de resolución de conflictos (mediación familiar, audiencias de conciliación, convenios entre cónyuges homologables ante el juez).

El primer tomo de la obra se abre con una completísima exposición sobre el núcleo del problema relativo a las crisis matrimoniales, esto es, el sentido del vínculo conyugal y de la promesa de fidelidad mutua en que consiste el matrimonio. En efecto, las crisis matrimoniales son conflictos de convivencia; ambos cónyuges presentan dificultades para mantener la comunidad de vida a la que impulsa el afecto y la complementariedad sexual entre marido y mujer. La ley puede tratarlas como tal, y autorizar o regular, con mayor o menor intervención y control, su legitimidad y sus efectos. Pero si lo que se pretende es convertir esa suspensión de la convivencia en una causa de extinción del vínculo conyugal y de todos los deberes que derivan del matrimonio (como sucede actualmente con la figura del divorcio vincular), es inevitable que la misma concepción del matrimonio resulte afectada y reducida en su eficacia y relevancia propiamente jurídica. La indisolubilidad del vínculo matrimonial, cuestión que fue despejada desde muy temprano por las enseñanzas de la Iglesia Católica, como queda de relieve en el estudio que el autor hace en las páginas iniciales, ha sido defendida, no como un agregado provisto por la naturaleza sacramental o religiosa del matrimonio (aplicable en consecuencia solo a fieles y creyentes), sino como una propiedad intrínseca a una forma de unión espousal que resulta más adecuada a la vocación perdurable del amor conyugal y a las funciones sociales y personales de la institución familiar.

Las restantes páginas de la obra analizan la separación personal tal como está regulada actualmente en el Código Civil argentino, después de la reforma de la Ley 23.515 de 3 de junio de 1987, y examina cada una de las causales por las cuales ella se admite, tanto aquellas que derivan de culpa de uno de los cónyuges (adulterio, atentado contra la vida, injurias graves, abandono) como aquellas que no se fundan en la culpa (las llamadas causales objetivas) y que se traducen en ciertas enfermedades o adiciones de uno de los cónyuges y en la falta de convivencia (interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse). Los efectos de la separación en la persona de los cónyuges, en el patrimonio y en relación con los hijos constituyen los capítulos que siguen, y con los cuales la obra pasa al segundo tomo.

El estudio de la separación personal presenta mucho interés para el jurista chileno, ya que muchos de los problemas abordados tienen una cer-

canía con el divorcio no vincular regulado por nuestra Ley de Matrimonio Civil, sobre todo en lo relativo a las causales y efectos que se fundan en la culpa de uno de los cónyuges. Además, en el libro de Sambrizzi no se descuida la evolución histórica de las normas argentinas, y entre ellas examina la ley argentina N° 2.393 de 1889, que estableció una forma de divorcio muy similar a la que es contemplada por nuestra ley de matrimonio civil de 1884.

Particularmente interesante resulta el apartado del capítulo IX que trata acerca de la indemnizabilidad de los daños derivados de la separación personal o del divorcio. Se ha discutido latamente en el ámbito argentino la cuestión de si puede el cónyuge inocente reclamar la reparación de los daños materiales y morales causados por los hechos que constituyen una causal culpable de separación o divorcio, y por la separación o divorcio en sí mismo considerados. Algunos juristas señalan que la indemnización no es admisible, por sustraerse el complejo de deberes que surgen de la unión matrimonial de las normas del derecho común de la responsabilidad, y porque de lo contrario se daría una cierta duplicidad de mecanismos reparativos, ya que el régimen familiar provee para ello sus propios recursos, tales como la obligación del culpable de proporcionar alimentos o la atribución del hogar conyugal al inocente. No obstante, de acuerdo a otras opiniones, estas no son razones suficientes para excluir la posibilidad de indemnización en los casos en los que se acredite que un comportamiento ilícito ha sido causa de daños para el cónyuge inocente. En este partido se inscribe Sambrizzi, para quien los efectos patrimoniales de la separación o divorcio en contra del cónyuge culpable tienen un fundamento distinto a la reparación de los daños causados. Así, por ejemplo, sostiene el deber de proporcionar alimentos se justifica por la contribución económica que el alimentante aportaba a la convivencia (t. I, pág. 590). No le parece nada inmoral que se reclame la reparación de los daños causados por la culpa de uno de los cónyuges, y declara que "por el contrario, pensamos que lo inmoral será que esos daños quedarán sin resarcir, con lo cual se consagrará una especie de inmunidad a favor de la conducta ilícita" (t. I, pág. 592).

El segundo tomo de la obra se centra básicamente en la regulación del divorcio vincular configurada por la reforma de la ley de 1987 y en la regulación procedimental aplicable tanto a la separación como al divorcio. Debe advertirse, sin embargo, que la introducción del divorcio fue precedida en la Argentina por la sentencia de la Corte Suprema en el caso Sejean de 27 de noviembre de 1986. En ella, por tres votos contra dos, la Corte declaró inconstitucional la norma de la ley entonces en vigor que impedía a los divorciados el contraer nuevas nupcias (como lo hace el art. 19 de nuestra Ley de Matrimonio Civil). La

mayoría de la Corte estimó que esa prohibición restringía indebidamente la libertad individual. Como lo pone de relieve el profesor Sambrizzi, los argumentos de esa mayoría judicial son refutables. De hecho la doctrina, incluidos autores partidarios del divorcio, criticó el fallo. En general, se reconoce que en este caso la Corte actuó más política que jurídicamente. En el fondo, sustituyó al Poder Legislativo.

Es comprensible que la sentencia de la Corte haya apresurado a las Cámaras Legislativas a regular el divorcio vincular, lo que se hizo estableciendo un régimen de causales bastante permisivo, a nuestro entender. Las mismas causales que motivan la separación por culpa de uno de los cónyuges permiten demandar el divorcio. Si ya se ha decretado la separación, esa sentencia puede convertirse en divorcio al transcurrir uno o tres años dependiendo de la causal por la que se haya decretado.

Las causales más significativas son las que establecen el derecho a pedir el divorcio por separación de hecho por más de tres años y por presentación conjunta en caso de manifestación de causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común. Ambas causales parecen diseñadas para dar paso, en los hechos, al divorcio-repudio y al divorcio-consensual, que son las formas que tienden a prevalecer en todos los sistemas que han acogido la fórmula del llamado "divorcio sin culpa" o "divorcio-remedio" (por oposición a lo que se tilda de "divorcio-sanción").

Es loable el esfuerzo interpretativo de Sambrizzi que lo lleva a sostener que la causal del art. 214 (separación de hecho) no cubre el supuesto de simple abandono del hogar por parte de uno de los cónyuges, ya que "la falta de voluntad de unirse debe existir por parte de ambos cónyuges y no solo de uno de ellos" (t. II, pág. 123). Asimismo, señala que el divorcio por demanda conjunta no es un divorcio consensual puesto que debe entenderse que la ley no solo exige que se manifiesten las causas graves de la imposibilidad de la convivencia, sino que estas sean sopesadas por el juez (t. II, pág. 125y 289).

La verdad que esta interpretación matiza los posibles efectos devastadores a los que conducirá la sencilla aceptación del divorcio por voluntad conjunta o unilateral. Pero los textos más bien parecen estar pensando en que basta la invocación de causas, que a juicio del juzgado sean graves, más que a la efectiva acreditación de la realidad de esos hechos. Así lo pone de manifiesto el desarrollo del procedimiento que carece de una fase probatoria, y se satisface con dos audiencias en que el juez debe tomar conocimiento de los motivos de la separación o divorcio, pero sin entrar a cuestionarse su efectividad. Al dictarse la sentencia, el juez solo está obligado a declarar el divorcio si considera que las causas invocadas son gra-

ves, pero no a dejar constancia de ellas en la sentencia. En la práctica, en consecuencia, no existe control alguno para verificar que el divorcio no se haya otorgado por la mera constatación de que existe consenso entre los cónyuges en divorciarse por causales que *ellos* reputan graves. Reconoce Sambrizzi que el juez en definitiva "en la práctica podría llegar a decretar la procedencia de la acción, aun cuando las causas expresadas por los cónyuges fueran nimias" (t. II, pág. 336). Pareciera entonces que estamos frente a una causal formalmente sustentada en la imposibilidad de la convivencia, pero funcionalmente radicada en el consentimiento mutuo.

De esta manera pueden resultar atendibles las críticas que algunos autores han dirigido al fallo de la Corte Suprema argentina de 5 de febrero de 1998, que sostuvo la compatibilidad constitucional del art. 230 del Código Civil que impide la renuncia de la acción de divorcio (es decir, el pacto expreso de indisolubilidad). Se afirma que la Corte, mientras por una parte sostuvo que el modelo matrimonial que imponía la indisolubilidad era atentatorio contra la libertad (caso Sejean) ahora sostiene contradictoriamente que el régimen matrimonial que impone la disolubilidad no atenta contra esa misma libertad... Sambrizzi con una honestidad intelectual a toda prueba, aunque manifiesta su preferencia porque la ley acepte la posibilidad de que los cónyuges puedan contraer matrimonio indisolublemente si así lo desean, considera que la prohibición de este pacto no puede calificarse de inconstitucional. Coincide con la Corte en el sentido de que "resultará inadmisibles que la voluntad de los contrayentes pudiera proyectarse o se expandiera a categoría normativa general" (pág. 179). Por nuestra parte, pensamos que la duda se mantiene puesto que ha sido ya el legislador el que ha dado ese valor omnímodo a la voluntad individual en lo referido a la estabilidad del pacto matrimonial, al establecer causales de divorcio que, al menos en la práctica, ponen la duración del vínculo bajo dependencia de la voluntad de uno o ambos cónyuges. Si se ha asumido ya ese esquema voluntarista del matrimonio, parece necesario, por simple exigencia de coherencia interna, que se reconozca también la eficacia de dicha voluntad individual para hacer depender la duración del matrimonio de un hecho distinto, como por ejemplo, la muerte de uno de los cónyuges.

El estudio del profesor Sambrizzi resulta por tanto muy ilustrativo para todo el debate que se mantiene en nuestro país, sobre cómo enfrentar las controversias y conflictos conyugales. Además de lo ya reseñado, nos parece importante resaltar como cuando en un régimen se reconocen a la par separación personal y divorcio vincular, este último termina en la práctica por marginar a la primera. Ello parece suceder porque el legislador asume, implícitamente, que la mejor forma de

resolver un conflicto matrimonial es terminando el matrimonio, y haciendo "borrón y cuenta nueva", aunque ello sea a costa de ignorar los dramas que esa ficción cancelativa a los mismos cónyuges y sobre todo a los hijos menores de edad. Es natural que, bajo tales regímenes que ofertan separación y divorcio, en que por las mismas causales se puede pedir una u otro, los cónyuges se sientan inclinados a requerir este último, máxime cuando el optar por la separación, habilita a cualquiera de ellos (incluso el culpable) a obtener luego el divorcio sobre la base de la sentencia de separación. Si todos los caminos conducen tarde o temprano al divorcio, no parece razonable acudir a la misma meta por atajos que no hacen más que demorar el resultado inevitable.

Es más, el mismo legislador se ve en la necesidad de pronunciarse explícitamente sobre su preferencia por la solución disolutiva. Así la ley argentina establece que si en un proceso uno de los cónyuges opta por el divorcio y el otro por la separación, y se prueban las causales de ambas acciones, el juez debe declarar el divorcio y no la separación (art. 237 CC). Sambrizzi intenta justificar al legislador argentino señalando que se ha optado por la figura que produce efectos más importantes (t. II, pág. 282; también págs. 123 y 124). Pero cabría discutir si la opción más sensata no hubiera sido optar por la figura con los efectos menos traumáticos o disgregadores para la familia común, es decir, por la separación.

Como podría apreciarse, estamos frente a un libro muy útil para el estudio de las reacciones del ordenamiento jurídico al complejo problema de los conflictos matrimoniales, y que ilustra lo difícil que es lograr un equilibrio entre la debida atención a los intereses individuales de los cónyuges y la protección y favorecimiento de los valores solidarios y transpersonales de la unión matrimonial. El autor logra darnos una visión completa de la forma en que el ordenamiento argentino vigente ha pretendido resolver la cuestión, pero sin circunscribirse a la descripción ciega y aséptica de las normas positivas. Por el contrario, sin descuidar la preocupación por el texto normativo, al que trata con el estilete del

más fino jurista dogmático, amplía el horizonte con la exposición de otras perspectivas como la histórica, la iusfilosófica y la iuscomparatista. En la mayor parte de los capítulos Sambrizzi nos da noticias de cómo el tema ha sido abordado por otros ordenamientos, tanto europeos como latinoamericanos, entre los cuales menciona en varias ocasiones al chileno.

En esta perspectiva abierta, el autor no tiene reparos en afirmar, a pesar de escribir bajo un ordenamiento que consagra el divorcio vincular, la inconveniencia e injusticia que representa el admitir esta solución. En efecto, cada vez queda más claro que se trata de unseudorremedio que termina por transformarse en un elemento activo del círculo vicioso en el que comienza a rodar la estabilidad y solidez de las familias, afectando más fuertemente a los sectores sociales más desvalidos que son lo que menos defensas tienen frente a las tendencias disgregadoras y marginantes.

Como sostiene Sambrizzi, haciendo alusión a la "puerta al abandono" que la ley de divorcio obliga a los esposos a mantener siempre abierta: "...es esa posibilidad precisamente derivada de poder disolver el vínculo matrimonial, la que hace a la unión más débil y lleva muchas veces a la tentación de evitar el sacrificio que implica ese indispensable acomodamiento y tolerancia a la que nos referimos, y, en definitiva, al debilitamiento y a la fractura del matrimonio. Se acepta por lo general que la familia es la célula básica de la sociedad, por lo que -se sostiene- hay que defenderla, pero a su vez, quienes eso dicen, también aceptan la disolución del matrimonio por divorcio, cayendo de tal manera en una contradicción ilevantable. La corrupción de las costumbres, derivada fundamentalmente del materialismo existente, lleva al divorcio, el cual, a su vez, produce mayor corrupción, así como también la destrucción de las familias, con el consiguiente abandono ya sea físico o espiritual de los hijos" (pág. 114).

Una opinión que, por lo autorizada e informada, debiera ser debidamente ponderada en nuestro medio.

*Hernán Corral Talciani*