

## UNA MIRADA CRÍTICA Y ACTUAL SOBRE EL DIVORCIO VINCULAR EN EL MERCOSUR Y PAÍSES ASOCIADOS A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

Marisa HERRERA\*

**RESUMEN:** El trabajo tiene por objeto revisar el régimen jurídico en materia de divorcio, a la luz del desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos, destacando la medida en la que las ideas de pluralismo, libertad y autonomía personal han impactado —en este campo— el derecho de familia. Para ello se seleccionan los siguientes ejes temáticos: 1) la subsistencia o no de una doble institucionalidad ante la ruptura de la pareja conyugal; separación personal, judicial o de cuerpos y divorcio vincular; 2) la subsistencia o no del doble sistema: culpable y objetivo o divorcio remedio y divorcio sanción; 3) la subsistencia o no del deber de fidelidad durante la separación de hecho de los cónyuges, y 4) la subsistencia o no de un plazo mínimo para solicitar el divorcio en forma conjunta o bilateral. En este ensayo, estas cuestiones son pasadas por el tamiz de los derechos humanos, focalizándose sobre el estado del arte en la región del Mercosur y países asociados.

*ABSTRACT: The objective of this work is to review the legal rules in divorce matters, in light of the development of the international doctrine on Human Rights; underscoring the extent to which the ideas of pluralism, liberty and personal autonomy have impacted—in this case— Family Law. For this purpose, the following thematic turning points are selected: 1) the subsistence or not of a double institutionalism given the rupture of a spousal couple; personal or judicial separation or of bodies and divorce; 2) the subsistence or not of the double system: culpable and objective or divorce remedy and divorce sanction; 3) the subsistence or not of the duty of fidelity during the de facto separation of the spouses and 4) the subsistence or not of a minimum term to petition for divorce either jointly or bilaterally. In this essay, these questions are passed through the sieve of human rights, focusing on the state of the art in the region of Mercosur and associated countries.*

\* Doctora en derecho, UBA (Universidad de Buenos Aires); investigadora del Conicet (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas); subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, y coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA.

## I. INTRODUCCIÓN

---

El presente trabajo tiene un objetivo central brindar una mirada crítica sobre el divorcio vincular en la región del Mercosur y países asociados; es decir, en los Estados miembros plenos, que son, en orden alfabético: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay,<sup>1</sup> y los países asociados: Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.

Para tal fin se focaliza en ciertos ejes temáticos que involucran el divorcio de manera directa a la luz del desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos, en total consonancia con la idea de “constitucionalización”, “humanización” o “internacionalización” del derecho de familia.<sup>2</sup> Se trata de lograr un análisis renovado y actual sobre una figura a la que, a esta altura de los acontecimientos, se le podría rotular de “típica” o “tradicional” dentro del derecho de familia, como lo es el divorcio; deviniendo una actividad obligada que esta institución sea estudiada a través de un cúmulo de normativas, principios y derechos de tinte supraleales, con la firme convicción de que ello marcará nuevos rumbos posibles.

Asimismo, entiendo que en una investigación comparativa se muestra una perspectiva de análisis de suma riqueza, al permitir ampliar el espectro teórico-normativo colocando sobre el escenario diferentes regulaciones actuales en torno al divorcio vincular.

Si bien no deben perderse de vista las particularidades de cada país de la región en estudio, en cuanto a su composición social, progreso económico y desarrollo cultural, por citar algunas áreas que hacen a la identi-

<sup>1</sup> Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay son miembros plenos porque han sido los países que suscribieron el Tratado de Asunción en 1991 y cuya entrada en vigencia data del 29 de noviembre de 1992 el cual se constituyó el Mercado Común del Sur —más conocido como Mercosur—. Por su parte, varios países se fueron adhiriendo en lo sucesivo, lo cual se los reconoce como países asociados y son los siguientes: 1) Chile, mediante la suscripción del Acuerdo Complementario respectivo firmado el 25 de junio de 1996 durante la X Reunión de Cumbre del Mercosur realizada en San Luis, Argentina; 2) Bolivia, al suscribir el Acuerdo de Complementación Económica Mercosur/Bolivia firmado el 17 de diciembre de 1996 en la XI Cumbre del Mercosur realizada en la ciudad de Fortaleza, Brasil; 3) Perú, quien formalizó su asociación a la región con la suscripción del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Perú-CMC núm. 39/03, 4) Colombia y Ecuador, cuyas asociaciones se materializaron a través del Acuerdo de Complementación Económica núm. 59/04 y 5) Venezuela, a través del pertinente Protocolo de Adhesión firmado en la ciudad de Caracas el 4 de julio de 2006.

<sup>2</sup> Un desarrollo sobre este tema se puede observar en Gil Domínguez, Andrés *et al.*, *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. I, capítulos I y II.

dad de un país, desde el campo jurídico se podrían elaborar ciertas construcciones y/o afirmaciones teóricas sobre las cuales debería apoyarse la figura del divorcio vincular desde una visión de derechos humanos, más allá o a pesar de las divergencias socioculturales. En otras palabras, estas diferencias no serían un obstáculo para intentar desentrañar ciertos principios generales o estándares de derechos humanos sobre los cuales debería edificarse el régimen jurídico sobre el divorcio, aplicable a cualquier ordenamiento nacional de la región.

Para ello, y como punto de partida, es necesario indagar sobre la dupla inescindible entre derecho y realidad en la materia en estudio. ¿Las regulaciones actuales en los países que integran el Mercosur dan respuesta, de manera efectiva, a los conflictos que despierta la ruptura conyugal? ¿Los procedimientos y plazos que fijan las leyes están acordes con “los tiempos” de las crisis matrimoniales? ¿Las normativas vigentes apaciguan o colaboran a que la disolución de un matrimonio a través de la figura del divorcio vincular no repercuta de manera negativa en la relación de los adultos con los hijos? ¿El papel de la mujer en la sociedad actual es receptado en toda su extensión en la legislación sobre el divorcio vincular? En definitiva, se trata de ahondar sobre cuáles son los principios que deberían regir, diseñar y estructurar la regulación del divorcio, centrado en el desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos.<sup>3</sup> Éstas son las principales interrogantes que movilizan y auspician el presente ensayo.

## II. EL TEST DE COMPATIBILIDAD: DIVORCIO, RÉGIMEN JURÍDICO Y DERECHOS HUMANOS

---

En atención a lo manifestado por ciertas voces doctrinarias, parecería necesario reafirmar —una vez más— la constitucionalidad del divorcio vincular. Resulta un tanto extraño que en los albores del siglo XXI se deban reiterar algunas ideas que hace tiempo deberían haber pasado al “arcón de los recuerdos”. Sucede que, en contra de los hechos (realidad) y la fortísima tendencia legislativa a nivel mundial (derecho), algunos

<sup>3</sup> Esta interacción entre derechos humanos, autonomía personal de los cónyuges y divorcio se enrola en un contexto más amplio que se sintetiza con la idea de “constitucionalización del derecho de familia”. Para profundizar sobre este complejo y apasionado tema, recomiendo compulsar *idem*.

autores continúan observando al divorcio vincular con cierto recelo, es decir, de manera negativa y estigmatizante.

Veamos, el peruano Varsi Rospigliosi afirma que:

Está sociológicamente demostrado que el divorcio vincular produce los siguientes efectos: i) engendra más divorcios; ii) baja la tasa de nupcialidad; iii) aumenta los concubinatos; iv) aumenta los nacimientos fuera del matrimonio; v) produce más hijos abandonados, más delincuencia juvenil y más suicidios; vi) disminuye la tasa de natalidad; vii) produce un progresivo envejecimiento poblacional; y viii) aumenta la tasa de abortos. Paralelamente a todas estas consecuencias negativas de las legislaciones divorcistas, no se ha podido demostrar —ni tampoco insinuar— efecto positivo alguno.<sup>4</sup>

De manera más reciente, la argentina Basset, en un trabajo dedicado al “Superior bienestar del niño y el derecho al divorcio”, asevera que: “Si queremos ser coherentes con el auténtico bienestar de los niños, deberemos idear medios jurídicos, legislativos y políticos para favorecer el matrimonio como sociedad perdurable”, para lo cual esgrime diversas manifestaciones, tales como que: “El divorcio menoscaba a la niñez”; que “Si vuelven a contraer matrimonio, los padres deben repartir su tiempo entre dos o más familias simultáneas”; que los hijos de padres divorciados “tienen más probabilidad de fallar en sus propias relaciones afectivas, por las fallas de carácter, pero además porque carecen de la imagen de un hombre y una mujer que se aman y están dispuestos a sostener el amor a través del dolor y de las circunstancias adversas de la vida” y que “No hay divorcio bueno para los hijos”. Siguiendo con esta línea y a modo de “balance”, señala que “el sistema de divorcio ha contribuido inevitablemente a hacer sufrir a los niños. Se trata de una herencia que es comprensiblemente difícil de afrontar. ... Suele ser difícil asumir que lo que se había concebido como un derecho emanado de la autonomía de la voluntad de los padres, podía ser tan deletéreo para los niños”.<sup>5</sup>

Todas estas afirmaciones merecen un sinfín de reparos. Si bien aquí no se pretende hacer un debate particularizado en defensa del divorcio

<sup>4</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique, *Divorcio, filiación y patria potestad*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2004, p. 19.

<sup>5</sup> Basset, Úrsula C., “Supremo bienestar del niño y el derecho al divorcio. Es necesario sincerarse”, *Revista El Derecho*, 9 de mayo de 2008, pp. 1 y ss.

vincular, entiendo pertinente especificar algunas consideraciones que todavía siguen arraigadas en el imaginario social, y que, partiendo de afirmaciones falaces, se arriba a conclusiones erróneas.

En primer lugar, y dado el estado del arte, se puede afirmar sin hesitación alguna, que el análisis interdisciplinario sobre los conflictos humanos —entre ellos, los que envuelven a la familia— es indiscutible. En otras palabras, un abordaje lineal peca de superficial, restringida e insuficiente carente, por ende, de rigurosidad científica. En este sentido, el aumento de la delincuencia juvenil, los problemas de adicciones y el aborto —algunos de los que se citan— son problemáticas multicausales, complejos para creer que ellos acontecen en razón del divorcio vincular de los padres. ¿Acaso este tipo de cuestiones no involucra también a los hijos cuyos padres no contrajeron matrimonio? Si la respuesta afirmativa se impone, es claro que el divorcio vincular en sí no es un elemento relevante a la hora de analizar, con seriedad, este tipo de problemáticas. ¿Acaso las carencias socioeconómicas, la consecuente debilidad de las redes sociales, la falta de contención y apoyo estatal a través de diversas políticas públicas no son causales de mayor incidencia y relevancia para un abordaje profundizado sobre la llamada “delincuencia juvenil”, la drogadicción y el aborto?

Otra de las consideraciones que vale exponer y que colocan sobre el escenario una consideración íntimamente relacionada con el divorcio vincular gira en torno a la defensa a ultranza del matrimonio como única opción válida. Claramente, a la luz del desarrollo de los derechos humanos, en especial del pluralismo, como uno de los pilares que sostiene el plexo normativo de jerarquía supralegal<sup>6</sup> al que se sintetiza bajo la denominación de “bloque de la constitucionalidad federal”, como así del derecho a la libertad, la autonomía, el desarrollo de la personalidad y a formar una familia, no cabría seguir definiendo a las parejas no casadas de “concubinato”. Se trata de un término peyorativo que inhibe el reconocimiento de una de las tantas formas de organización familiar, con todo el manto protectorio que deviene de tal actitud. En atención a la idea de que el lenguaje no es neutro, es preciso referirse al concepto de

<sup>6</sup> Este carácter y fuerza normativa de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos, a los cuales se les otorga la máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional, es receptado por varios países de la región. Amén de la Argentina, también Colombia, Brasil y Perú, por citar algunos.

“convivencias de pareja”, las cuales van en aumento en paralelo a la disminución de la tasa de nupcialidad; dos consideraciones fácticas que no serían, de por sí, indicadores negativos, sino opciones totalmente válidas, viables y respetables en el marco del mencionado pluralismo y los demás principios y derechos que lo secundan.

Por otra parte, en la disminución de la tasa de natalidad también se presenta una cuestión compleja, donde sería escasa la incidencia del divorcio. Si bien excede con creces analizar en detalle esta interesantísima cuestión sociológica y que inquieta, fundamentalmente, a los países del “primer mundo”, es de destacar que éste responde a varios factores, como ser la mayor inserción de la mujer en el mercado laboral, la separación o diferenciación del binomio mujer-madre y el desarrollo personal de las mujeres, que ha dejado de centrarse en la maternidad. En este marco se advierte que la tasa de divorcialidad tampoco es un indicador de extrema relevancia a la hora de estudiar en detalle la baja en la natalidad. Por citar la situación y las razones de la baja natalidad en uno de los países del Mercosur, en el estudio sobre la “Calidad de la educación y su impacto en la baja natalidad en Chile” realizado por el Centro de Políticas Públicas de la Universidad del Desarrollo (UDD), se concluye que las principales causas de la disminución de los nacimientos en ese país, siendo en la actualidad de 1.9%, menos de la mitad del promedio que tenían las mujeres hace 50 años, se debe al elevado costo de una educación de calidad y a la falta de tiempo para dedicarse a la crianza.<sup>7</sup> Como se ha expresado de manera sintética, pero elocuente en la reunión de expertos sobre “Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de políticas públicas eficaces” de la Comisión Económica para América Latina y Caribe (CEPAL) llevada a cabo el 28 y 29 de octubre de 2004,

Los estudios demográficos han contribuido significativamente a conocer las características de tendencias y cambios que están transformando las familias: hoy sabemos que entre las mujeres de América Latina, baja la natalidad, aumenta la longevidad, baja la fecundidad, se retrasa la nupcialidad ... este panorama es por lo demás heterogéneo y muestra disparidades importantes cuando se analiza por área de residencia, por países y por niveles subnacionales, pero lo que muestra es que el avance de estas tendencias

<sup>7</sup> [http://www.pro-vida.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=539&Itemid=58](http://www.pro-vida.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=539&Itemid=58).

tiene en sus orígenes el cambio en los patrones de reproducción que para las mujeres significaron sin dudas la revolución más importante.

Agregándose que: “el estímulo más importante para el cambio en las relaciones familiares es el ingreso de las mujeres al mercado de trabajo acicateado por la necesidad de mayores ingresos y el mayor acceso a la educación, incluida la educación superior”.<sup>8</sup> Esta aseveración, que proviene de un documento elaborado por un organismo de Naciones Unidas, muestra la complejidad y heterogeneidad del bajo número de nacimientos, que, como se aprecia, está bien alejada de la idea de divorcio como causa de esta realidad social.

Por último, una vez más se alude al impacto negativo del divorcio en los hijos. Aquí también la disyuntiva es falaz, ya que no se debe comparar niños criados por padres que viven juntos (con independencia de si se trata de una unión matrimonial o no, por el principio de igualdad entre los hijos y de no discriminación en razón al estado civil de los adultos, principios de derechos humanos) y niños que crecen con padres separados, sino niños de padres donde la relación entre ambos se ha deteriorado y es mejor para el bienestar de ellos que el vínculo sea mantenido o no. Nadie pone en duda que cuando dos personas que están casadas (y también las que no lo están) desean continuar la relación, lo sigan haciendo, y eso es positivo para los hijos. La disyuntiva se genera cuando tal objetivo, la idea de seguir compartiendo la vida en común por parte de los adultos, se perdió. ¿Qué es más beneficioso para los hijos en este contexto de desavenencia, ruptura y desamor? Es aquí cuando la figura del divorcio vincular cobra virtualidad, y se convierte en una respuesta adecuada y precisa por parte del ordenamiento jurídico.

Eso es así a punto tal que se ha afirmado la existencia de un “derecho al divorcio”. Al comentarse la reforma francesa por la ley del 26/05/2004, se afirma que de este modo “el legislador reconoce un autentico derecho al divorcio que viene a incrementar la larga lista de derechos subjetivos recientes”. Agregándose que “La consagración del derecho al divorcio confiere un nuevo impulso a la voluntad de descasar Ya sea recíproca o aislada, la voluntad adquiere un papel mayor dentro de los supuestos de divorcio”.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> <http://www.eclac.cl/dds/noticias/paginas/9/19679/SMontagno.pdf>.

<sup>9</sup> Peterka, Natalie, “El divorcio francés tras la ley 26 de mayo de 2004. Un divorcio bajo la influencia de la voluntad”, en Lasarte, Carlos (dir.), *Familia, matrimonio y divorcio*

En síntesis, a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos, y tal como acontece en la casi totalidad de los países del globo, el divorcio vincular merece ser considerado una institución tradicional dentro del derecho de familia, al respetar, entre tantos otros derechos, el derecho a la libertad, a la autonomía, a la intimidad, a formar una nueva familia y al desarrollo de la personalidad. ¿Y bajo el crisol del “interés superior del niño”? También es perfectamente compatible. Sucede que cuando se produce el desamor entre los adultos, es preferible en pos de ese interés y el del grupo familiar en general —siendo totalmente compatibles ambos—<sup>10</sup> arribar a una separación pacífica y no beligerante. Esto último es lo que verdaderamente atenta contra el principio rector en materia de derechos de niños y adolescentes.

### III. ¿MANTENER UNA DOBLE INSTITUCIONALIDAD? SEPARACIÓN PERSONAL, DE CUERPOS O JUDICIAL, Y DIVORCIO VINCULAR

---

Desde una visión renovada como la que aquí se propone, cabe preguntarse si es necesario que las legislaciones de la región recepten dos instituciones para plasmar en el ámbito jurídico la ruptura matrimonial. Nos referimos a la separación personal, separación de cuerpos o separación judicial, por un lado, y al divorcio vincular, por el otro, siendo sólo este último el que produce la ruptura del vínculo matrimonial habilitando a los ex cónyuges a readquirir la aptitud nupcial y, en consecuencia, quedar habilitados para contraer nuevas nupcias.

*en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia*, Ponencias y Comunicaciones, Madrid, 27-29 de junio de 2005, IDADFE-UNED-El Derecho Editores, 2006, p. 19.

<sup>10</sup> Es sabido que, en varias ocasiones, los divorcios destructivos se expanden a otras relaciones familiares como ser el vínculo entre abuelos y nietos. Un panorama actual desde el derecho argentino sobre los conflictos del mal llamado “derecho de visitas” entre abuelos y nietos se puede observar en Chechile, Ana María y Herrera, Marisa, “El rol de los abuelos en el derecho de familia contemporáneo. Una mirada desde los conflictos de comunicación entre abuelos y nietos”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, Buenos Aires, núm. 40, 2008, en prensa.

Veamos el panorama regional sobre separación personal, de cuerpos o judicial en el siguiente cuadro:

<i>País</i>	<i>Institución</i>	<i>Regulación</i>
Argentina	Separación personal	Artículos 201 y ss. del Código Civil
Brasil	Separación	Artículos 1571 III, 1572 y ss. del Código Civil
Paraguay	Separación de cuerpos	Artículos 167 y ss. del Código Civil
Uruguay	Separación de cuerpos	Artículos 148 y ss. del Código Civil
Chile	Separación judicial	Artículos 26 y ss. de la Ley 19.947 <sup>11</sup>
Colombia	Separación de cuerpos	Artículos 165 y ss. del Código Civil
Ecuador		
Perú	Separación de cuerpos	Artículos 333 y ss. del Código Civil
Venezuela	Separación de cuerpos	Artículos 188 y ss. del Código Civil

Como se puede observar, la amplia mayoría de los ordenamientos jurídicos de la región mantienen un doble régimen o respuesta normativa ante la ruptura del matrimonio. Sin lugar a dudas, esto obliga a complejizar un tanto más el diseño normativo. Tomando como ejemplo el derecho argentino, la regulación de la separación personal como figura autónoma y no previa al divorcio vincular trae consigo algunas particularidades normativas, entre otras la recepción de dos instituciones como *a)* la reconciliación, la cual opera sólo para el supuesto de separación personal,<sup>12</sup> y *b)* la conversión, la cual permite que una sentencia de separación personal se transforme en divorcio vincular<sup>13</sup> a los fines de efectivizar

<sup>11</sup> Ley de Matrimonio Civil, publicada en el *Diario Oficial* el 17 de mayo de 2004.

<sup>12</sup> Como el divorcio vincular implica la ruptura del vínculo conyugal, si se produce un reencuentro entre los ex cónyuges, ellos deberían volver a contraer matrimonio. Por el contrario, como tal acto extintivo no se produce en el supuesto de separación personal, sí tiene valor y efecto jurídico la reconciliación entre los cónyuges. Al respecto, el artículo 234 del Código Civil dispone: “Se extinguirá la acción de separación personal o de divorcio vincular y cesarán los efectos de la sentencia de separación personal, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción. La reconciliación restituirá todo al estado anterior a la demanda. Se presumirá la reconciliación, si los cónyuges reanudaran la cohabitación. La reconciliación posterior a la sentencia firme de divorcio vincular sólo tendrá efectos mediante la celebración de un nuevo matrimonio”.

<sup>13</sup> Al respecto, reza el artículo 238 del Código Civil que “Transcurrido un año de la sentencia firme de separación personal, ambos cónyuges podrán solicitar su conversión en divorcio vincular en los casos de los artículos 202, 204 y 205. Transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar

el derecho a la libertad y a contraer nuevas nupcias. Además de estas dos instituciones, la legislación civil de fondo se ocupa también de regular el “juego” entre el divorcio vincular y la separación personal, inclinándose en favor del primero. Al respecto, el artículo 237 del Código Civil argentino prevé que:

Cuando uno de los cónyuges demandare por separación personal podrá ser reconvenido por divorcio vincular, y si demandare por divorcio vincular podrá ser reconvenido por separación personal. Aunque resulten probados los hechos que fundaron la demanda o reconvenición de separación personal, se declarará el divorcio vincular si también resultaron probados los hechos en que se fundó su petición.

Por lo tanto, el mantenimiento de un doble régimen como respuesta ante la ruptura de la pareja conyugal trae consigo la necesidad de que el ordenamiento legal prevea ciertos “ajustes” con objeto de compatibilizar las dos figuras en análisis.

Desde una mirada centrada en la dupla —inescindible, reitero— entre derecho y realidad, cabría preguntarse: ¿cuál es la utilidad de la separación personal, de cuerpos o judicial en la práctica del derecho de familia contemporánea? Y, principalmente, si ésta debe ser mantenida a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos, en particular, a la idea de pluralismo.

Nuevamente centrándonos en el derecho argentino, cabe destacar que si bien se carece de datos estadísticos sobre el total de causas de separación personal que llegan a la justicia, datos parciales nos permiten afirmar su escasa operatividad. Veamos el siguiente cuadro con información cuantitativa sobre la cantidad de expedientes por separación personal (clasificada por las diferentes causales que habilita el Código Civil argentino) iniciados en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires desde el año en que se sancionó la Ley 23.515, en 1987, que introdujo el divorcio vincular en la Argentina de manera autónoma hasta 2007, proporcionada por la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.<sup>14</sup>

su conversión en divorcio vincular en las hipótesis de los artículos 202, 203, 204 y 205”. Como se puede observar, la ley establece plazos diferentes (uno o tres años) según haya o no acuerdo entre los esposos en petitionar la conversión. Otra particularidad se refiere al plazo único de tres años (haya o no acuerdo), para el supuesto de separación personal por trastornos de la conducta de uno de los cónyuges.

<sup>14</sup> Véase <http://www.pjn.gov.ar/estadisticas/index.htm>.

<i>Año</i>	<i>Separación personal por culpa</i>	<i>Sep. personal por separación de hecho</i>	<i>Sep. personal por presentación conjunta</i>	<i>Sep. personal por trastornos de la conducta</i>	<i>Total</i>
1987	80	0	166	0	246
1990	98	0	198	0	296
1993	151	0	214	0	365
1995	199	0	120	0	319
1998	151	0	166	0	317
2002	111	0	137	0	248
2003	101	0	166	0	267
2004	111	0	146	0	257
2005	141	0	121	0	153
2006	160	0	112	0	272
2007	171	0	105	0	276

Pero ¿cuál es la incidencia de los procesos de separación personal en el total de peticiones en sede judicial ante la ruptura del matrimonio? Para ello se debe saber la cantidad de juicios donde, por las diferentes causales, se solicita el divorcio vincular. Veamos el siguiente cuadro:

<i>Año</i>	<i>Divorcio vincular por culpa</i>	<i>Divorcio vincular por separación de hecho</i>	<i>Divorcio vincular por presentación conjunta</i>	<i>Total</i>
1987	1041	1	3477	4519
1990	2239	28	4621	6888
1993	1760	2958	2566	7284
1995	1416	3521	2401	7338
1997	1076	4479	2524	8079
1999	932	4638	2113	7683
2001	940	4221	1904	7065
2002	810	3820	1651	6281
2003	1010	4568	1939	7517
2004	924	5235	1809	7968
2005	937	5562	1853	8352
2006	868	5531	1800	8199
2007	844	5601	1735	8180

Como se puede observar, y tomando como ejemplo los datos correspondientes a 2007, del total de expedientes iniciados que reflejan el quiebre de la relación conyugal, un total de 8,456 (8,180 peticiones de divorcio vincular + 276 peticiones de separación personal), los casos donde se planteó esta última lo fueron sólo en un 3.27 %. Desde este panorama realista cabe preguntarse si es necesario el mantenimiento del doble régimen de divorcio vincular-separación personal, de cuerpos o judicial, o si los ordenamientos jurídicos de la región deberían, directamente, suprimir la segunda. En este caso, cabría indagar sobre cuáles serían las razones jurídicas que avalen o sustenten este argumento de tinte sociológico.

En el derecho brasileño algunas voces autorizadas siguen esta mirada negativa o contraria al mantenimiento de la separación personal. Al respecto, la magistrada brasileña María Berenice Dias afirma que la regulación adoptada en el Código Civil en su última modificación integral en 2002 no habría sido “muy feliz” al mantener la distinción entre separación y divorcio. Al respecto, expresa que “la separación como modalidad de terminación del matrimonio, muestra en sus entrañas la marca de un conservadurismo que no se justifica en el actual estado del desenvolvimiento de la sociedad”. Agregando que:

La extensión conceptual de los vínculos afectivos, iniciado por la jurisprudencia y reforzado por el nuevo ordenamiento jurídico instituido constitucionalmente, redimensiona las relaciones interpersonales. Ahora no es más exclusivamente el matrimonio el que el Estado le otorga juridicidad. Otro tipo de vínculos que se encuentran entrelazados con el concepto de familia han pasado a merecer especial protección por parte del Estado.<sup>15</sup>

La interrogante que vale hacerse en este estado del análisis es si la figura de la separación debe tener cabida en modelos estatales laicos, entendiéndose por “laicisismo” la “doctrina que defiende la independencia del hombre o de la sociedad, y más particularmente del Estado, respecto de cualquier organización o confesión religiosa”.<sup>16</sup> O si, por el contrario, una particular mirada sobre el concepto de pluralismo debería siempre

<sup>15</sup> Traducción personal, Dias, María Berenice, “Da separacao e do Divorcio”, en Dias, María Berenice y Da Cunha Pereira, Rodrigo (coords.), *Directo de Familia e o Novo Código Civil*, 4a. ed., Belo Horizonte, Del Rey-IBDFAM, 2006, pp. 62 y 65.

<sup>16</sup> Gil Domínguez, Andrés, “Laicismo y libertad religiosa en un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *LL*, 2005-A, 56.

permitir la ampliación del abanico de instituciones para dar respuestas a las diferentes opciones que podrían elegir las personas, aunque, como en este caso, se trata de una elección que realiza una minoría, la que decide separarse, pero no romper el vínculo matrimonial, y así readquirir la aptitud nupcial.

Sabemos que “pluralismo” y “derecho de minorías” son conceptos que interactúan y retroalimentan mutuamente. El punto central del razonamiento tratándose de la separación personal, de cuerpos o judicial reside en si “los deseos” de una minoría configura un verdadero “derecho de las minorías”, como se observa detrás de las reivindicaciones totalmente lícitas y atendibles en un Estado democrático de derecho por parte de ciertos grupos, como los indígenas, las personas con necesidades especiales, los homosexuales, entre otros. Esta disyuntiva me recuerda un interesante antecedente jurisprudencial resuelto por el máximo tribunal de justicia argentino el 5 de febrero de 1998.

En esa oportunidad, la síntesis fáctica era la siguiente: un matrimonio solicita la inconstitucionalidad del artículo 230 del Código Civil argentino, que afirma la disolubilidad del vínculo, en tanto declara nula toda renuncia por parte de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir al juez competente el divorcio vincular. Mas precisamente, los demandantes peticionaban la posibilidad de que el Registro Civil inscriba junto al acta matrimonial correspondiente, una leyenda que expresara su voluntad de que el vínculo matrimonial es indisoluble, y de este modo desistir de manera anticipada a la posibilidad de peticionar en alguna oportunidad el divorcio vincular, alegándose el derecho a la libertad religiosa y de conciencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, confirmó el rechazo de la acción dictado en las dos instancias anteriores. Alguno de los argumentos esgrimidos en aquella oportunidad fue que

La ley de matrimonio civil posibilita la mera separación de los esposos sin divorcio, con un claro e inequívoco respeto de las creencias religiosas que trascienden del marco de lo estrictamente jurídico. Por lo tanto, la incertidumbre subjetiva sobre la actitud recíproca de los cónyuges en el futuro, no lleva a invalidar un sistema que no ha soslayado considerar la quiebra del matrimonio desde la perspectiva confesional.

¿Y si otras creencias religiosas quisieran otro tipo de institución para estar a tono con sus convicciones? ¿Y si se pretendiera el reconocimiento

jurídico de la poligamia? ¿Cuán flexible debería ser un sistema normativo para estar a tono con el pluralismo que brega la doctrina internacional de los derechos humanos? ¿La separación personal sí debería ser mantenida porque responde al culto católico apostólico romano, pero otro tipo de figura jurídica no? ¿O en un modelo estatal laico deberían quedar afuera todas estas concesiones civiles a inquietudes religiosas? Como cierre fallo citado y los comentarios en modo de interrogantes, cabe agregar que aquí también se adujo que:

La existencia de una legislación civil independiente de las distintas formas matrimoniales derivadas de las diversas creencias religiosas, se funda en la actual convicción de la sociedad, consolidada por la sanción de la ley mediante la cual se concreta el poder que ejerce la auténtica e inmediata representación de la voluntad popular. Por consiguiente, la legislación no puede autorizar que, mediante el principio de la autonomía de la voluntad, se altere el régimen de matrimonio civil en el que está interesado el orden público.<sup>17</sup>

A mi entender, y en pos de ampliar el marco de análisis de la disyuntiva planteada, me pregunto si esta cuestión no posee rasgos en común con el conflicto desatado hace unos años en torno a los símbolos religiosos en los espacios públicos. Al respecto, cabe traer a colación el fallo dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Sahin c. Turquía” del 29 de junio de 2004, donde se resolvió que el Estado turco al prohibir el uso del pañuelo islámico en la universidad pública (la Universidad de Estambul) no violaba el artículo 9o. del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, al entender —como destaca el constitucionalista argentino Gil Domín-

<sup>17</sup> CSJN, 5 de febrero de 1998, S., V. E. y F., M. I., LL, 1998-C, 653, con nota de María Josefa Méndez Costa y LL, 1998-E, 230, con nota de Andrés Gil Domínguez. En este último comentario se afirma que “Intentar darle efecto jurídico a un dogma de fe, es confundir sociedad religiosa con sociedad civil. Si concediéramos efectos jurídicos a la celebración de un matrimonio civil indisoluble porque es parte de la religión que profesan determinadas personas, en un Estado secular como el nuestro, deberíamos dar efectos jurídicos a todas las formas de matrimonio civil que emanen de las creencias y valores de las personas. Imaginemos que si un hombre se quiere casar con dos o más mujeres, o una mujer con dos o más hombres, para no lesionar su libertad religiosa, esta unión tendría que tener efectos jurídicos, a menos que creamos que existe una sola forma de matrimonio y caigamos en la unidireccionalidad intolerante” (Gil Domínguez, Andrés, “Sociedad civil y matrimonio civil”).

guez— que: “el principio de laicismo cumple una función de limitación proporcionada de la libertad religiosa, con el objeto de proteger la libertad de conciencia y de pensamiento de los demás”. Y agrega este autor: “La aplicación de la laicidad siempre deviene en un punto de encuentro neutro (en el terreno de lo público) de las distintas visiones que convergen en una sociedad democrática”.<sup>18</sup>

En mi opinión, el dilema esbozado es un punto de partida interesante para un debate renovado y más complejo en torno a la separación personal, de cuerpos o judicial, el cual no se presenta nada sencillo. Es que desde una visión supralegal, se podría afirmar que esta figura pasa el llamado “test de constitucional”. El objetivo es ir más allá: si en una futura reforma legislativa, en cada uno de los países de la región, debería mantenerse o derogarse una institución de fuerte raigambre religioso, y que nació como una clara concesión por parte de Estados seculares. En otras palabras, ¿cuál sería la postura legislativa más acorde con el desarrollo, el dinamismo y el revisionismo que observan los derechos humanos?

#### IV. UNA MIRADA CRÍTICA SOBRE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

---

La otra distinción sustancial, que entiendo necesaria profundizar a la luz del desarrollo de los derechos humanos y su intersección con el divorcio vincular, involucra a otra clasificación tradicional que rodea al divorcio (ya sea vincular o no), se trata del llamado divorcio sanción, subjetivo o culpable, en contraposición del divorcio remedio, objetivo o no culpable. Es decir, tanto el divorcio vincular como la separación personal pueden estar fundados en uno o más hechos ilícitos en los cuales incurre uno o ambos esposos, o, simplemente, por el quiebre o fracaso

<sup>18</sup> Con respecto al derecho argentino, expresa nuevamente el constitucionalista Gil Domínguez que “Cuando la Constitución argentina en su artículo 2o. dispone que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano, no hay en la actualidad otra interpretación posible que entender por sostenimiento al financiamiento económico (en donde se demuestra una gran tolerancia por parte de la sociedad que no profesa el culto pero realiza los correspondientes aportes mediante el pago de los impuestos), pero es difícil (sin caer en un originalismo extremo) afirmar que en el marco de una interpretación constitucional dinámica, un Estado constitucional de derecho le otorga una mayor jerarquía trascendental a una visión de la existencia y de la finitud por sobre todas las demás” (Gil Domínguez, Andrés, *op. cit.*).

matrimonial, sin entrar a indagar cuáles fueron las razones que dieron lugar a dicha ruptura.

El pasaje de un sistema fundado en la “culpa”, a otro fundado en el “quiebre”, de carácter objetivo, constituye uno de los temas centrales y actuales en materia de divorcio. Como bien señala el jurista argentino Eduardo Zannoni, se habría producido un “cambio de enfoque” que:

incide en cuanto a los efectos del divorcio. Deja de ser, lógicamente, castigo del cónyuge culpable y reparación judicial debida al cónyuge inocente, y por lo tanto, no cabe regular sus efectos sobre la base de sanciones a aquél. La ley debe, en cambio, regular en términos generales las secuelas del divorcio, en atención a putas ético-sociales que se consideren aceptables, que no son sancionatorias, sino sólo trasunto de situaciones jurídicas que trascienden el conflicto mismo.<sup>19</sup>

En este sentido, y profundizando el cruce entre derechos humanos y divorcio, otro argentino, Mauricio L. Mizrahi, se refiere a la “liberalización del divorcio” fundado en dos pilares: (a) la “democratización de la familia”, y (b) la “interpenetración de todas las ciencias sociales”. Con relación al primero, se afirma que en la actualidad:

Se difunde una concepción proclive a la intimidad de las relaciones matrimoniales, y que tiene como emergente un natural repliegue del orden público en este campo. La declarada igualdad entre el hombre y la mujer, y el ingreso de ésta en el mercado laboral y profesional, hace que no se tolere ya la imposición heterónoma por la ley de roles conyugales; en muchos casos éstos se superponen, lo que conlleva un esquema de determinación autónoma de las funciones que competen a cada esposo.

Y agrega: “Hay, sin duda, una revisión de valores que cuestiona el matrimonio como vínculo de dependencia, al modelo proteccionista varonil, la supremacía del padre-marido y el exclusivo papel doméstico de la madre-mujer”.<sup>20</sup> En consonancia con estas apreciaciones, este mismo autor defiende el divorcio incausado y, como contrapartida, critica con sólidos fundamentos el divorcio “causado inculpatorio”, como denomina al divorcio sanción.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>20</sup> Mizrahi, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 260 y 261.

Los fundamentos de esta postura son, de manera harto sintética, los siguientes: *a)* recordar la naturaleza, razón de ser y génesis del divorcio sanción, es decir, los principios del derecho canónico donde el matrimonio es considerado una institución con “espíritu de perpetuación”, la cual estaría un tanto alejada de las concepciones actuales; *b)* la mayor aceptación del divorcio —a pesar de la persistencia de algunas voces contrarias como las expuestas—; *c)* la imposibilidad/dificultad de llegar a la “intimidad matrimonial” y tener cabal conocimiento sobre quién fue el “verdadero” culpable de la ruptura matrimonial; *d)* la falsedad de que haya un único culpable, a la luz de estudios interdisciplinarios; *e)* las consecuencias dañosas para el grupo familiar, en especial para los hijos, del divorcio donde los adultos se imputan culpas o conductas ilícitas y, *f)* el valor educativo de las leyes y su habilidad para evitar enfrentamientos o eventos dañosos entre los cónyuges, sobre la cual asevera Mizrahi: “... impugnamos la viabilidad del juicio de reproche, en la medida en que opera como un estímulo para que aquellas tendencias destructivas del sujeto se desarrollen y desplieguen a la luz de un proceso orientado hacia la identificación de un culpable”,<sup>21</sup> y en último lugar, *g)* la idea de que el divorcio sanción “contraría la dignidad humana y que la guerra judicial genera la pérdida de la intimidad”. Por todo lo expuesto, este autor expone que “la culpa en el divorcio supera los límites de la flexibilidad conyugal y su eliminación por el legislador se impone tras una adecuada valoración contemporánea acerca de lo que debe constituir el contenido del orden público matrimonial”.<sup>22</sup>

En este orden de ideas, resulta interesante traer a colación las palabras del magistrado Kiper en el fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, donde, por mayoría, se dispuso que “En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio”.<sup>23</sup> Uno de los tantos argumentos esgrimidos para defender la postura minoritaria en rechazo a la procedencia de la reparación de los daños y perjuicios en el campo del divorcio vincular se fundó, precisamente, en una mirada crítica y negativa sobre el concepto de “culpa”. Al respecto, se puso de resalto que:

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 324.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 318.

<sup>23</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, 20 de septiembre de 1994, “G., G. G. c. B. de G., S. M.”, LL, 1994-E, 538 y DJ 1994-2, 1171.

La noción de la culpabilidad se debilita en gran medida, ya que la interacción entre los cónyuges establece una trama que se retroalimenta y modifica en forma permanente. Cualquiera sea la manera en que los esposos acuerden sus pautas de comunicación, lo cierto es que el fenómeno se produce, siempre, entre dos personas que, de esta forma, generan un vínculo de cuyo contenido ambos son responsables. El amor o el odio pueden, o no, ser correspondidos, pero, para que exista una relación disfuncional que, finalmente, provoque una fractura que haga imposible la convivencia, es preciso que dos personas adopten posturas que posibiliten el acaecimiento de tales hechos.

Agregando que:

... la generalidad de estos divorcios destructivos, encuentran en el marco judicial un ámbito propicio para agudizar la pelea, para perpetrar en el tiempo su conflicto, a través de una estructura que está basada en un modelo controversial. Cuando la familia llega a dar forma jurídica a su ruptura, se encuentran con un cúmulo de instituciones, que sin la debida coordinación, más bien propenden a amplificar la problemática cuya solución se busca a través de las acciones que se inician. Esto trae muchos inconvenientes que obstaculizan la superación de esta etapa disfuncional: a) la presencia de un público (hijos, parientes, amigos, el mismo tribunal) que espera y alienta determinadas acciones de los protagonistas; b) la necesidad de justificar acciones pasadas (tal vez erróneas), mediante un compromiso de guerra permanente, que veda la retirada; c) la necesidad de reducir la disonancia cognitiva: cuando el sacrificio ha sido hasta el momento muy costoso, y no hay compensación, se experimenta una disonancia cognitiva cuya reducción requiere amplificar las 'razones morales' de semejante costo; d) la creación de una 'trampa situacional', que cambió la relación con los otros, redujo las libertades individuales, etc.; e) la ley de Gresham, que se cumple cuando el conflicto se vuelve independiente de las causas que lo motivaron y adquiere un impulso propio. Los elementos peligrosos de la situación se combinan para impedir reducir el conflicto.

En consonancia con lo expresado, fácil se advierte la íntima relación existente entre el tipo de divorcio o sistema normativo que se adopte y su mayor o menor acercamiento a la doctrina internacional de los derechos humanos. En la misma línea de Mizrahi y Kiper, es evidente que un sistema único de divorcio centrado en causales objetivas, es decir, fundado en el llamado "divorcio remedio", se condice con el respeto o satisfacción

de varios de derechos humanos que titularizan los distintos miembros del grupo familiar, como el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, el derecho a la vida familiar de manera pacífica y el derecho de los hijos a mantener relaciones con ambos padres tras la ruptura de la pareja, entre otros.

Sin embargo, y a pesar de las bondades del sistema objetivo, éste no se habría materializado con toda su amplitud en los ordenamientos normativos de la región, a diferencia del desarrollo legislativo en varios otros países, principalmente en Europa y los países nórdicos, donde se derogó el sistema tradicional, fundado en la idea de “culpa”. Así, la mayoría de los países de Latinoamérica mantienen el doble régimen: divorcio subjetivo-objetivo, siendo el primero el que estructura, digita y “tiñe” todo el sistema en esta materia. Como síntesis de esta afirmación, la doctrina y jurisprudencia argentina entienden que la causal subjetiva “absorbe” a la objetiva. En este sentido, se resaltó que “No obstante la coexistencia de causales subjetivas y objetivas de divorcio, no es factible su acumulación, y sólo es viable su articulación en conjunto para que la causal culpable absorba y comprenda a la objetiva, o para que la separación de hecho juegue en subsidio, es decir, ante la falta de acreditación de la anterior”.<sup>24</sup>

En un contexto donde prima la resolución pacífica de conflictos por sobre el sistema adversarial en el campo del derecho en general y, en especial, el derecho de familia, la mayor especialización de los operadores jurídicos (tanto de los tribunales como de los profesionales del derecho gracias a la gran ampliación de la oferta de posgrados relativos a la materia), la consecuente formación interdisciplinaria y la observancia de que un “buen divorcio” incide de manera favorable en la relación paterno-filial son algunos de los fundamentos que vendrían a impulsar un cambio en el tratamiento legislativo de las causales de divorcio. En este sentido, se debería estudiar con precisión y seriedad la oportunidad, mérito y conveniencia de ir de un doble sistema causado-incausado a un sistema único, donde sólo se le posibilite a los cónyuges ventilar en la justicia alguna razón objetiva del quiebre matrimonial y no los odios y broncas personales. De este modo, las situaciones fácticas que darían

<sup>24</sup> El resaltado me pertenece, Juz. Civ. y Com., Azul, 18/05/92, F., O. R. c. G., E. N., *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 1994-5 y Doctrina Judicial del 6-1-93, fallo 7031, año IX, núm. 1, p. 13.

lugar a las tradicionales causales culpables deberían ser abordadas desde o por la intervención de disciplinas no jurídicas. Claro está, esta postura legislativa debería ir acompañada de grandes cambios normativos, entre ellos la introducción de una institución de gran desarrollo en el derecho comparado, como lo es la pensión compensatoria.<sup>25</sup>

En suma, los fundamentos teóricos (derecho) como la información estadística (realidad) esgrimidos permiten reafirmar y así consolidar dos de las afirmaciones centrales o pilares de este trabajo: 1) las personas se divorcian mejor optando por vías objetivas y no subjetivas, y 2) la elección de la figura del divorcio vincular por sobre la separación personal, siendo esta última —en la mayoría de los casos— una institución intermedia o previa al divorcio vincular cuando los cónyuges no cumplen con los requisitos fijados por la ley para solicitar, de manera directa, este último.

#### V. EL DEBER DE FIDELIDAD Y SU (NO) RELEVANCIA DURANTE LA SEPARACIÓN DE HECHO

---

También a la luz del desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos, en particular, del derecho a la libertad y el consecuente (y creciente) ámbito o espacio para la autonomía de la voluntad, cabe preguntarse si la fidelidad debería seguir siendo un deber jurídico, cuya violación traería consigo una determinada sanción. Como se puede ob-

<sup>25</sup> La pensión compensatoria, de gran desarrollo en el derecho comparado, ha sido definida por doctrinarios españoles como “el derecho de crédito de régimen peculiar que la ley confiere a uno de los cónyuges (frente al otro) cuando la separación o el divorcio produzca un empeoramiento económico respecto de su situación en el matrimonio, y que tiene por objeto, ordinariamente, la entrega de pensiones periódicas”(Peña Bernardo de Quirós) o como “Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre —debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial— en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal.” (Campuzano, Pereda y Vega Sala), citado por Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, “La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución”, [http://www.nuevodivorcio.com/pension\\_compensatoria.pdf](http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf). Se puede observar que la pensión compensatoria no se estructura en torno a la idea de culpa, sino que descansa en otros principios —de carácter objetivos— como son: la solidaridad familiar, la desigualdad fáctica entre los ex cónyuges tras la separación y el enriquecimiento ilícito.

servar, esta cuestión se relaciona —nuevamente— con el mencionado problema del sistema causado o incausado.<sup>26</sup>

En total consonancia con la mirada negativa sobre el divorcio sanción, tal como ha quedado plasmado de manera sintética en el apartado anterior, también se sigue la misma línea de pensamiento en lo relativo a los deberes derivados del matrimonio, en especial, el deber de fidelidad. Más allá de esta expresión de deseo, lo cierto es que en la actualidad todos los países de la región receptan el deber de fidelidad y también —la realidad lo impone— existe la llamada “separación de hecho”. Es decir, la situación en la cual se encuentran los cónyuges si bien continúan casados, ya no conviven bajo el mismo techo, o sí lo hacen, no lo es con la intención de continuar compartiendo la vida en común, faltando de este modo el elemento volitivo o subjetivo que está detrás de todos los derechos y deberes derivados del matrimonio.<sup>27</sup>

En este marco, la interrogante que se plantea es si subsiste o no —o sea, si desaparece— el deber de fidelidad durante esta especial situación fáctica, como es la interrupción de la cohabitación por parte de los cónyuges careciendo de una sentencia u otro acto (por ejemplo, en los casos de aquellos países que permiten el divorcio notarial o administrativo, como el caso de Cuba, Colombia y, de manera más reciente, Brasil) que ponga fin a la comunidad de vida.

¿Acaso los cónyuges, dentro del halo de libertad que la mencionada doctrina internacional de los derechos humanos de rango supremo reconoce y protege, no podrían pactar —de manera expresa o implícitamente— dejar de lado el deber de fidelidad cuando la ruptura de la pareja se ve reflejada tras la separación de hecho?, ¿cuál sería el valor jurídico de este pacto?

Siguiendo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial argentino se puede afirmar que existen voces encontradas al respecto, observándose las siguientes tres posturas:<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Para profundizar este tema del valor que se le debería dar al deber de fidelidad desde una mirada constitucional, recomiendo compulsar Gil Domínguez, *op. cit.*, pp. 252 y ss.

<sup>27</sup> Sobre la relevancia de la separación de hecho y su incidencia en el plano jurídico, compulsar Chechile, Ana María, *La separación de hecho entre cónyuges en el derecho argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

<sup>28</sup> Para profundizar sobre estas tres tesis, recomiendo compulsar Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, “Una mirada crítica sobre el deber de fidelidad durante la separación de

a) Tesis restrictiva o clásica: aquella que defiende el mantenimiento, incólume, del deber de fidelidad aunque los esposos no vivan más juntos. En otras palabras, para esta postura, la separación de hecho no tiene incidencia alguna en el deber de fidelidad. Como síntesis de este pensamiento cabe traer a colación lo expresado por el alto tribunal de justicia de la Provincia de Buenos Aires en un fallo del 15 de marzo de 1994:

... el cese de los deberes conyugales, entre ellos el de fidelidad, no se produce sino a partir de la sentencia firme que decreta el divorcio vincular, cuya naturaleza es constitutiva de estado. El transcurso del plazo aludido — en el caso, tres años— constituye sólo un presupuesto de la acción, pero en manera alguna importa atribuirle a la sentencia efectos retroactivos al vencimiento del mismo (artículos 198, 217, Código Civil, texto Ley 23.515).<sup>29</sup>

Ésta ha sido la postura triunfante por mayoría en uno de los últimos precedentes dictados en torno a este conflicto, me refiero a la sentencia del 27 de noviembre de 2007 por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal de la Ciudad de Necochea, Provincia de Buenos Aires.<sup>30</sup>

b) Tesis amplia, por la cual “estando los cónyuges separados de hecho, el deber de fidelidad ya no subsiste con la misma intensidad que durante la convivencia, por resultar contrario a las pautas morales y sociales vigentes”.<sup>31</sup> Esta postura es la que sigue la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en un extenso fallo del 11 de julio de 2003, donde la magistrada Kemelmajer de Carlucci asevera que:

hecho”, Suplemento Extraordinario sobre “La subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho”, *Revista jurídica electrónica El Dial*, 26 de diciembre de 2005.

<sup>29</sup> SCBA, Ac. 47.552, 15 de marzo de 1994 en [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar).

<sup>30</sup> Capel, Civil, Comercial, y de Garantías en lo Penal, Necochea, 27 de noviembre de 2007, “G., M. A. c/G., J. C. s/Divorcio Vincular”, *newsletter de Derecho de Familia*, 27 de diciembre de 2007.

<sup>31</sup> Expresiones manifestadas por la sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, en un fallo del 1o. de septiembre de 2000. Por su parte, otro Máximo Tribunal de Justicia provincial, el de Entre Ríos, sostuvo en una sentencia del 20/06/2003 que “la corriente doctrinaria y jurisprudencial que propone la no vigencia del deber de fidelidad entre los contrayentes, que como en el caso, de común acuerdo se encuentran separados de hecho, revelando una inequívoca, pública e innegada voluntad de perpetuar un estado de ruptura permanente de la vida en común que impide de ese modo mantener subsistente una obligación inherente a ella” (del voto de la magistrada Schaller in re “K.C.A. c/P.C.G. s/ divorcio Vincular”).

La abdicación recíproca del proyecto de vida común implica que, en tanto no medie reconciliación, ambos cónyuges se sustraen para el futuro del débito conyugal, es decir, se sustraen en la entrega física y afectiva que preside la unión sexual. En otros términos, no es esperable, en términos generales, que los esposos separados de hecho sin voluntad de unirse mantengan comunidad sexual alguna y por eso uno no puede imputar al otro injurias graves por negarse al débito conyugal. El deber de fidelidad, en su otro perfil debe tener igual solución y, consecuentemente tampoco puede imputar adulterio o injurias al otro que mantiene relaciones sexuales o ha iniciado una convivencia concubinaria después de producida la separación.<sup>32</sup>

c) Tesis intermedia, la cual acepta la existencia del deber de fidelidad pero durante un cierto tiempo —el primer periodo— de producida la separación de hecho, transcurrido ese lapso, se presume que tal separación habría sido de mutuo acuerdo (expreso o tácito), y, por lo tanto, no sería posible aceptar la invocación de la infidelidad como causal de divorcio o separación personal. Esta postura es la que receptaría el Tribunal Superior de Justicia del Neuquén al sostener que:

Aun cuando hipotéticamente se tuviera en cuenta la posición relativa de los efectos de la conformación de un concubinato con posterioridad a la separación conyugal, resulta improcedente decretar el divorcio por falta de cohabitación ininterrumpida por más de tres años si no hubo un mayor lapso entre la separación y la cohabitación del actor con otra mujer, debiendo tenerse en cuenta que al comenzar una convivencia con un tercero, apenas concluida la que llevaba con la accionada, aquél frustró toda alternativa conciliatoria.<sup>33</sup>

En la doctrina argentina, ésta es defendida por Guillermo Borda, entre otros, al expresar que:

Si la ley exige el transcurso del plazo de tres años para demandar el divorcio, está claro que es porque tiene la esperanza de que dentro de ese plazo

<sup>32</sup> SCJ, Mendoza, sala 1a., 11 de julio de 2003, “A. B. v. C., A por divorcio. Daños y perjuicios s/ casación”, con comentario de Chechile, Ana María, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2004-I, pp. 163 y ss.

<sup>33</sup> El destacado me pertenece. STJ, Neuquén, 6 de abril de 2006, M. J.A. c. I.M.D.V., LLPatagonia 2006, 449 y DJ, 13 de septiembre de 2006.

pueda producirse la reconciliación. La unión estable con otro hombre y otra mujer antes de ese plazo debe considerarse un adulterio susceptible de hacer procedente la acción de divorcio ... Creo, pues, que el plazo razonable para dar por extinguido el deber de fidelidad es el de tres años, puesto que transcurrido ese término se puede demandar el divorcio y contraer nuevo matrimonio con lo cual queda de manifiesta que la ley legitima la posibilidad de una nueva unión. Quien puede lo más, puede lo menos.<sup>34</sup>

Desde una visión de derechos humanos y centrados en el derecho a la libertad y la correspondiente autonomía personal, la desaparición del deber de fidelidad durante la separación de hecho como brega la tesis amplia, es la que mejor se engarza con aquélla. Éste es el sendero que ha seguido la legislación uruguaya, donde al sancionar una normativa que no se refería a los vínculos conyugales, sino a las convivencias de pareja (Ley 18.246 de “Uniones concubinarias”, sancionada el 27 de diciembre de 2007), aprovechó la ocasión para sustituir el texto del artículo 127 del Código Civil por el siguiente: “Los cónyuges se deben fidelidad mutua y auxilios recíprocos. La obligación de fidelidad mutua cesa si los cónyuges no viven de consuno”.

## VI. LIBERTAD, AUTONOMÍA PERSONAL Y PLAZO PARA EL DIVORCIO

---

La última tensión constitucional que se puntualiza en este trabajo y que involucra el cruce entre el divorcio y los derechos humanos se refiere a la necesidad o no de establecer un plazo determinado para que uno o ambos cónyuges puedan solicitar su divorcio vincular. Y en caso de entender que debería fijarse plazo alguno, ¿cuál sería el lapso razonable hábil para pasar el llamado “test de proporcionalidad”?

Esta cuestión acerca del plazo y su constitucionalidad fue materia de debate en dos casos jurisprudenciales dictados por el mismo Tribunal Colegiado de Familia núm. 5 de Rosario, Santa Fe, Argentina, pero con diferente integración. El primer fallo data del 25 de agosto de 2003, donde la plataforma fáctica y la solución arribada era la siguiente. Un cónyuge solicita la separación personal fundada en la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse, de conformidad con lo dispuesto en

<sup>34</sup> Borda, Guillermo A., “Separación de hecho y deber de fidelidad (A propósito de un fallo de la Sala F de la Cámara Civil de la Capital)”, *LL*, 1996-B-893.

el artículo 204 del Código Civil. El demandado al contestar la demanda, amén de allanarse, peticiona el divorcio vincular. En un acto procesal posterior, y antes de encontrarse los autos para resolver, la actora presenta un escrito requiriendo el dictado de la sentencia de divorcio vincular por “mutuo acuerdo de partes”; de esta manera, se intentó modificar los términos de la demanda donde se peticionaba la separación personal. El tribunal, por mayoría, hizo lugar a la separación personal solicitada en la demanda, rechazándose la “confusa petición” (según se dice en el voto de la mayoría) de divorcio vincular por la misma causal, considerándose que el plazo de 3 años fijado en el inciso 2o. del artículo 214 del Código Civil argentino no se hallaba cumplido al momento de la presentación de la demanda. Por el contrario, el voto en minoría proponía hacer lugar al divorcio vincular por separación de hecho sin voluntad de unirse, declarando para ello la inconstitucionalidad del plazo de 3 años,<sup>35</sup> ya que en el caso, sólo habían transcurrido dos años.

Tiempo más tarde, 14 de noviembre de 2006,<sup>36</sup> el mismo tribunal volvió a expedirse sobre el tema. Esta vez triunfó aquella postura minoritaria. Así, por mayoría, se decretó la inconstitucionalidad del inciso 2o. del artículo 214 del Código Civil, al considerarse —entre otros fundamentos— que:

Es excesivo y hasta disparatado el lapso de tres años para configurar la separación de hecho como causal objetiva de divorcio cuando la ruptura conyugal es irremediable e irreversible, pues ambos esposos abdicaron definitivamente de un proyecto común a la semana de estar casados. Es innegable que el Estado a través de la Administración de Justicia no puede ubicar a estas partes como una suerte de cónyuges virtuales y rechazar su petición en apego a un período legal, que luce desatinado en cuanto a su extensión, pues la separación de hecho se produjo por la ruptura matrimonial y se ratificó por el transcurso del tiempo, sin tener los esposos ninguna intención de reanudar la vida en común hace más de dos años.

<sup>35</sup> Para profundizar este tema, recomiendo compulsar Famá, María Victoria, Herrera, Marisa y Revsin, Moira, “Un fallo que actualiza el debate sobre las causales de separación personal y divorcio vincular”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2004- II, pp. 116-138.

<sup>36</sup> Tribunal Colegiado de Familia núm. 5, Rosario, 14 de noviembre de 2006, M., D. G. c. G., F. A., LLLitoral 2007 (febrero), p. 110 con nota de Carlos H. Vidal Taquini en *LL*, 2007-B, 649 y nota de Néstor E. Solari en *LL*litoral, mayo de 2007, p. 400.

Agregándose que:

Resulta cercano a la perversión y lesivo a la persona de los cónyuges, denegar esta demanda pues “solamente” estuvieron dos años separados de hecho y en consecuencia obligar a ambos a recurrir nuevamente —en un año— a la Justicia para obtener su divorcio vincular, cuando de común acuerdo agotaron su tolerancia de mantener la convivencia y se distanciaron de hecho prácticamente recién casados, sustrayéndose voluntariamente al cumplimiento de los deberes-derechos del matrimonio.

Tal como lo he sostenido en otra oportunidad, a los fines de profundizar sobre ambas decisiones judiciales, es necesario diferenciar de manera previa el concepto de “inconstitucionalidad” del de “cuestiones de política legislativa”. En este marco: ¿es inconstitucional que una norma fije la edad legal para contraer matrimonio a los 12?, ¿y a los 13?, ¿y a los 14 años de edad?, ¿que el adoptado preste el consentimiento a su adopción cuando tiene 7, 8, 10, 12 o 13 —por citar las edades que suelen receptar en las distintas legislaciones extranjeras—?, ¿cuáles de estas edades pasan el “test de constitucionalidad” y cuáles violarían derechos humanos? Es indudable que todas estas distintas franjas etarias responden al principio de razonabilidad o proporcionalidad, formando parte del ámbito de reserva propio del Poder Legislativo. En otras palabras, sí sería viable y con resultado positivo plantear la inconstitucionalidad de una norma si ella estableciera, por ejemplo, que el divorcio por la causal de separación de hecho recién se puede peticionar pasados 15 años de interrumpida la convivencia, mas no cuando el plazo fijado es de 3 años, siendo esta última una decisión proporcional o razonable por parte de los legisladores. Esta afirmación no es óbice para proponer, de acuerdo con los cambios sociales y culturales en constante movimiento, la reducción de los plazos de separación de hecho que habilita a los cónyuges a pedir la separación personal (2 años, según el artículo 204 del Código Civil argentino) o el divorcio vincular (3 años del mismo cuerpo legal) por la causal en estudio. Por citar un ejemplo de reciente data, el 3 de octubre de 2008 se publicó en la *Gaceta del Gobierno del Distrito Federal*, de México, el llamado “divorcio unilateral o express”, que modifica de manera radical el régimen jurídico en materia de divorcio. De este modo, el artículo 266 del Código Civil del Distrito Federal reza en la actualidad el siguiente texto:

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges la aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

En consonancia con la línea argumental que se viene siguiendo, entiendo que una reforma que baje el plazo o cantidad de años para solicitar el divorcio vincular en los supuestos de petición unilateral estaría más acorde con la realidad social imperante en los países de la región y el desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos, en particular, con el derecho a la libertad personal y el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones de pareja.

En suma, aquí el *quid* o nudo central reside en si responde o se condice con la perspectiva de análisis de este trabajo obligar a los esposos esperar el transcurso de una determinada cantidad de tiempo para recién allí, ellos queden habilitados a iniciar la pertinente petición por una causal objetiva. En otras palabras, ¿el principio de autonomía de la voluntad no le concedería a las partes poder solicitar en forma conjunta su divorcio vincular sin la necesidad de que transcurra un plazo determinado, establecido de manera rígido y discrecional por la ley?

A la luz del derecho a la libertad y la autonomía personal fácil se colige que para estar a tono con ellos, la no fijación de plazo alguno sería la regulación infraconstitucional más acorde. Si bien la mayoría de los países del globo fijan o establecen un plazo mínimo para que los cónyuges puedan solicitar el divorcio sin alegación de culpa alguna, lo cierto es que la postura de no establecer plazo alguno va adquiriendo con el tiempo mayores adeptos. Por citar algunos ejemplos, Alemania establece como única causal de divorcio la “ruptura irreparable del matrimonio”, permitiendo su disolución por consentimiento conjunto de ambos esposos ante la ruptura del matrimonio sin periodos previos mínimos de convivencia. En este mismo sentido, Holanda prevé el divorcio por consentimiento de ambos cónyuges sólo ante la constatación de la ruptura del matrimonio. Rusia también regula el divorcio por mutuo consentimiento sin la necesidad de que transcurra un plazo determinado o mínimo de celebrado el matrimonio. Por su parte, si bien Japón prevé un divorcio por mutuo acuerdo y también regula el divorcio contencioso, al primero no le fija

plazo alguno.<sup>37</sup> Un caso más complejo es el de Suecia, que permite la obtención inmediata —o sea, sin plazo alguno— del divorcio por mutuo acuerdo, salvo en el supuesto de que haya hijos menores de 16 años, en este caso es obligatorio pasar por un periodo de reflexión de 6 meses. Como cierre de esta perspectiva comparada que cruza el Atlántico, cabe señalar que los “Principios relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados” elaborados por la Comisión de Derecho Europeo de Familia (CEFL), dentro del capítulo II destinado al “Divorcio por consentimiento mutuo”, el principio 14, relativo al “Consentimiento mutuo”, establece: “(1) Se permite el divorcio en virtud del consentimiento de los esposos. No se exige ningún período de separación de hecho”, agregando en el punto (2) que “El consentimiento mutuo supone un acuerdo entre los esposos sobre el hecho de que su matrimonio debe disolverse”. Por su parte, el principio 15, sobre el “Periodo de reflexión”, afirma que “(2) Si en el momento de iniciarse el procedimiento de divorcio, los esposos no tienen hijos de menos de 16 años y existe acuerdo respecto a todas las consecuencias del divorcio... no se requerirá ningún periodo de reflexión. Si no existe acuerdo respecto a todas las consecuencias del divorcio, el período de reflexión será de tres meses”. De este modo se puede concluir que este documento, que fija o eleva al rango de principios ciertas máximas en la materia correspondiente al derecho europeo, está a favor —si bien ante supuestos un tanto estrictos como la edad de los hijos y acuerdo sobre todas las cuestiones conexas al divorcio— de la posibilidad de que los cónyuges petitionen el divorcio sin la necesidad de cumplirse plazo alguno.<sup>38</sup>

En América Latina pocos son los países que no establecen plazo alguno para solicitar el divorcio vincular. De manera excepcional citamos el Código de Familia de El Salvador (*cf.* artículos 108 y ss).

Por lo tanto, lo que no se suele admitir en las legislaciones extranjeras —por ende, en ninguno de los integrantes del Mercosur y países asociados— es la disolución del vínculo por petición de uno solo de los cónyuges (en forma unilateral), sin expresión de causa y sin plazo. Por el

<sup>37</sup> El artículo 768 del Código Civil japonés es bien contundente y sintético: “Los cónyuges pueden divorciarse por mutuo consentimiento”.

<sup>38</sup> Comisión de Derecho de Familia, “Principios relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, núm. 40, 2008, pp. 299 y ss.

contrario, y tal como aquí se propone en consonancia con el derecho a la libertad y la correspondiente autonomía de la voluntad, es la posibilidad de que ambos cónyuges (en forma conjunta) puedan solicitar el divorcio por la sola razón del quiebre matrimonial, sin la necesidad de tener que pasar por un “periodo de reflexión”. ¿Al Estado —orden público— le interesa o debería interesarle el mantenimiento de un matrimonio donde sólo queda el rótulo de tal, pero carece de contenido, precisamente, lo más importante? ¿A quién perjudica el mantenimiento de un matrimonio “hipócrita”, al Estado o a los cónyuges? ¿No sería una actitud legislativa de carácter preventiva que se permita la ruptura del vínculo ante la mera solicitud conjunta por parte de los cónyuges, en vez de instar la continuidad del vínculo con la consecuente posibilidad de actos de violencia, es decir, que la ley sea cómplice en la construcción de un hábitat destructivo para los adultos y también para los hijos?

A modo de cierre, cabe señalar que esta clara “flexibilización” que se observa en los sistemas jurídicos sobre divorcio en el globo, no sólo se advierte en lo relativo a las cuestiones de fondo, como serían el plazo y la configuración o habilitación para peticionar el divorcio, sino también en cuestiones de tipo procedimentales. Veamos, varios países de la región, como Brasil,<sup>39</sup> Ecuador y Perú,<sup>40</sup> de manera reciente, han desjudicializado los procesos de divorcio trasladándolos al ámbito notarial (en el supuesto donde no haya hijos), siguiendo así otras experiencias, como la colombiana<sup>41</sup> y la cubana,<sup>42</sup> que también permiten el divorcio notarial haya o no hijos.

<sup>39</sup> Ley 11.441 sancionada el 4 de enero de 2007.

<sup>40</sup> Ley 29.227 del 16 de mayo de 2008 cuyo artículo primero reza que esta normativa tiene “por objeto establecer y regular el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías”.

<sup>41</sup> Ley núm. 962/2005, artículo 34 que expresa: “Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley. El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario, producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente. El Defensor de Familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad”.

<sup>42</sup> Decreto Ley 154/1994.

## VII. BREVES PALABRAS DE CIERRE

---

Como lo expresa el sociólogo, filósofo, psicoanalista y filólogo de origen esloveno, Slavoj Žižek, en su libro *Visión de paralaje*, donde define este último término como “el aparente desplazamiento de un objeto (su deslizamiento de posición sobre un contexto) causado por un cambio en la posición de observación que brinda una nueva línea de visión”. De este modo, diversos y heterogéneos son los nuevos interrogantes que plantea el divorcio cuando éste pasa por el crisol —obligado por cierto— de los derechos humanos. Los conceptos de “pluralismo”, “libertad” y “autonomía” en su conceptualización actual —de innegable apertura— conducen a revisar ciertas disposiciones, clasificaciones y efectos<sup>43</sup> considerados “clásicos” o “tradicionales” en este campo del derecho matrimonial. ¿Qué de lo “clásico” debería ser resguardado? ¿Cuáles serían los nuevos conceptos que dentro de algún tiempo también serían tildados de “tradicional”? ¿Cuál es el equilibrio entre orden público y autonomía de la voluntad, en materia de divorcio, a la luz de los derechos humanos?

Como dice Žižek, el desarrollo de los derechos humanos nos brinda una nueva forma de visión, un enfoque bien distinto al que nos enseñaron en los claustros universitarios, donde aún se sigue estudiando un derecho de familia fundado en los textos legales como “verdad revelada”, que nos interpela a proponer una mirada ácida y crítica de las disposiciones que regulan la materia en los países del Mercosur, ya sea que éstas se encuentren en un código civil o en un código de familia.

En otras palabras, el desarrollo de los derechos humanos nos obliga a llevar adelante una tarea deconstructiva y reconstructiva sobre la totalidad de las instituciones del derecho de familia, y al divorcio le habría llegado su momento.

En definitiva, este trabajo tuvo por objeto transmitir y compartir algunas ideas renovadas en torno al divorcio, con objeto de emprender un largo y sinuoso camino en pos de alcanzar la aludida “constitucionalización”, “humanización” o “internacionalización” del derecho de familia. Como lo ha expresado de manera clara el recordado escritor argentino Julio Cortázar en su obra *Historias de cronopios y de famas*: “Quisiera aclarar que estas cosas no las hacemos por diferenciarnos del resto del barrio. Tan sólo desearíamos modificar, gradualmente y sin vejar los sentimientos de nadie, las rutinas y las tradiciones”.

<sup>43</sup> Un claro ejemplo es la aludida figura de la pensión compensatoria.