
DIFERENCIAS ENTRE EL ABANDONO VOLUNTARIO Y LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSALES DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE CUERPOS

PEDRO BELLOCQ

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. GENERALIDADES ACERCA DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO. III. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE ABANDONO VOLUNTARIO. IV. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos convoca aparenta ser muy específico, pero inevitablemente trae como música de fondo otras cuestiones de índole política. Uno de estos temas es la eterna polémica del papel que juega el Estado en cuanto al fomento de la familia en el seno de una sociedad. Uruguay siempre se ha caracterizado por ser un país con una profunda tradición familiar. No en vano el artículo 40 de la Carta Magna dice que “*la familia es la base de la sociedad*”.

En esta ocasión, se hará un estudio comparativo de dos causales que configuran los institutos de la separación de cuerpos y del divorcio. Luego de estudiar el concepto jurídico de ambas causales, sus fundamentos y requisitos, se profundizará en la polémica de la legitimación activa para iniciar estas acciones civiles. El trabajo no pretende ser un estudio teórico sino que intentará proyectar sus conclusiones al campo de la praxis.

A) Ubicación del tema

Las dos causales referidas están consagradas en los numerales 8 y 9 del art. 148 del Código Civil en sede del instituto de la separación de cuerpos. Pero hay que tener presente que el art. 187, que regula las causales del divorcio, se remite en su primer numeral a las diez causas del artículo 148. Quiere decir, que lo que se diga con respecto a estas dos causales será aplicable indistintamente para los dos institutos del derecho de familia.

Nuestro ordenamiento prevé dos formas de disolver el vínculo matrimonial, siendo el divorcio una de ellas; la otra, es la muerte de uno de los cónyuges.

Los institutos de la *separación de cuerpos* y el *divorcio* tienen en común que las dos figuras intentan dar solución al mismo problema: la falta de afecto entre los cónyuges o las desinteligenias que hacen imposible o indeseable la convivencia¹. Las principales diferencias que existen entre ambos institutos son en cuanto a sus efectos. El divorcio apareja la disolución de la relación jurídica matrimonial con todo lo que ésta trae consigo, mientras que la separación de cuerpos no disuelve el vínculo matrimonial. Por lo tanto, en este último caso, siguen vigentes los deberes matrimoniales, excepto el de cohabitación. Asimismo existen diferencias en cuanto a las vías procesales para el progreso de cada figura: mientras la separación de cuerpos sólo tiene lugar por las causales enumeradas en el art. 148 del C.C., en el divorcio además de la posibilidad de impetrarlo por las mencionadas causales, existen tres vías especiales: mutuo consentimiento, sola voluntad de la mujer y conversión de la sentencia de separación de cuerpos en una de divorcio.

1. Varela de Motta, María Inés, “Manual de Derecho de Familia”, Montevideo, F.C.U., 1998, pg. 141.

La separación de cuerpos es una figura que lamentablemente tiene muy poca aplicación práctica en nuestro país. Considero que encuentra su fundamento último en la naturaleza del hombre, que necesita tiempos y espacios para tomar decisiones trascendentes. Puede ser muy efectivo para parejas que están pasando por un mal momento, pero que todavía no quieren tomar una decisión tan radical como es la del divorcio. Máxime teniendo en cuenta las consecuencias desfavorables que puede generar esta última opción en el núcleo familiar, especialmente en los hijos.

En cuanto a la evolución del divorcio, brevemente se puede decir que NARVAJA, al redactar el Código, previó este instituto del derecho de familia, pero no tal como lo entendemos hoy en día. Tan es así que para hacerse una idea, el divorcio de aquella época se asemejaba más a la actual figura de la separación de cuerpos.

En 1907 se promulgó la primera ley de divorcio propiamente dicho, en la que se admitían solamente unas pocas causales. En este mismo cuerpo normativo, se incluyó además, el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges.

En 1913 se sancionó la ley que preveía el divorcio por sola voluntad de la mujer. Y en 1914 se unificaron las causales de separación de cuerpos y de divorcio, haciéndolas comunes. En ese mismo año se redactaron las causales del actual art. 148 del Código Civil, con excepción de las dos últimas, que se incorporaron a través del decreto ley 14.766 de 1978.

II. GENERALIDADES ACERCA DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

El art. 187 del Código Civil prevé tres vías por las cuales se puede llegar al divorcio: el divorcio por causal, por mutuo consentimiento de los cónyuges, y por la sola voluntad de la mujer. El art. 185 consagra la cuarta vía, consistente en la conversión de una sentencia de separación de cuerpos en una de divorcio.

La doctrina ha dividido las causales de divorcio en dos especies: divorcio sanción y divorcio remedio.

El *divorcio sanción* es el que se decreta como consecuencia de la conducta culpable asumida por alguno de los cónyuges, siendo este instituto la vía que el derecho ofrece para castigar al infractor. Como dice PLANIOL, los hechos que no puedan atribuirse a falta del cónyuge demandado no pueden ser invocados en este sistema como causa de divorcio.² El autor argentino MAZZINGHI dice que este tipo de divorcio procede cuando uno de los esposos, o ambos, incurran en hechos ilícitos, al violar las obligaciones personales que les son impuestas por la ley. El ejemplo paradigmático de divorcio sanción es el que se inicia por el adulterio de uno de los cónyuges.

El *divorcio remedio*³, como su propio nombre lo indica, está destinado a solucionar el problema que se da cuando el matrimonio no cumple uno de los fines para el cual se constituyó. A diferencia de lo que sucede en los supuestos de divorcio sanción, en estos casos, no tiene por que haber culpa de uno de los cónyuges, ni una conducta ilícita de ninguna naturaleza. Simplemente, ante determinada situación de hecho, como puede ser la incapacidad mental de uno de los cónyuges, la vida de consuno se torna muy difícil, y uno de los remedios legales es optar por el camino del divorcio.

Evidentemente no es este el momento de analizar si el divorcio es remedio más justo y eficaz para la familia que tuvo la desgracia de tener un inconveniente de esta naturaleza. Siguiendo con el ejemplo anterior -y siendo concientemente simplista-, probablemente el divorcio no sea una solución para el cónyuge insano. Habrá que estar al caso concreto, pero entiendo que la vía de la ruptura del vínculo matrimonial no siempre tiene que ser la mejor solución para todos los integrantes de la familia. Las partes y los abogados deberán manejar al divorcio como una de las tantas opciones para solucionar el problema.

La trascendencia de esta clasificación está, más que en el plano dogmático, en el campo probatorio. En los casos en que se configura un divorcio remedio, la jurisprudencia ha entendido que, a la hora de valorar los medios probatorios ofrecidos por los litigantes, se debe ser menos riguroso que cuando se está frente a un caso de divorcio sanción. Esto es lo que viene a decir el Trib. Flia. 1º, Sent. Nº 56, 23-3-1993. "*Encontrándose en un supuesto de divorcio remedio, si bien no es posible caer en el extremo que implicaría la no exigencia de prueba de la causal invocada fundándose en un pretendido interés social, cabe ser apreciada con criterio de amplitud o flexibilidad*".⁴

2. Planiol, Tratado, T. II, pg. 410 y ss (Citado por Varela de Motta en obra citada.)

3. Utilizamos el eufemismo "*divorcio remedio*" porque es la expresión más difundida en doctrina, pero aclaro que el divorcio en sí, nunca es un remedio definitivo.

4. Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Nº 3, "Divorcio", Montevideo, F.C.U., 1998, pg. 62 y ss.

En esta misma línea así lo expresa el Trib. Flia. 1º, Sent. N° 49, 20-12-89: *“La causal de divorcio de la separación por más de tres años encuadra dentro de un típico caso de divorcio remedio, lo que implica que no debe llegarse a severizar el examen de la prueba exigiendo una rigurosidad en la fecha de separación (...).”*⁵

Empero como advierte al respecto el Trib. Civil 5º, Sent N° 20, 29/2/1998: *“La tesis del divorcio remedio que en el ámbito de la valoración de la prueba se traduce en un criterio de amplitud o flexibilidad en la apreciación de los elementos de convicción (...), no pueden legitimar una verdadera franquicia probatoria de las reglas sobre el onus probando establecidos en el art. 329 del C.P.C.”*⁶ Esto mismo es lo que viene a decir la Sent. N° 145, 15-8-2001: *“Si bien en la materia la jurisprudencia valora la prueba en forma amplia ello no conlleva a un grado de flexibilidad tal que se aparte de los principios básicos del proceso. En consecuencia, rigen en su totalidad los arts. 139 (carga de la prueba), 140 (regla de valoración acorde a la sana crítica), 141 (regla de la experiencia común) del CGP.”*⁷

Para el estudio de las causales del abandono voluntario y de la separación de cuerpos por más de tres años, viene como anillo al dedo lo que se acaba de desarrollar, porque la primera causal refiere a uno de los casos de divorcio sanción, y la segunda a un caso de divorcio remedio.

Por último, es preciso que recalcar con respecto a esta clasificación que, lejos de ser una división intrasendente, será uno de los fundamentos de fondo en que se apoya nuestra tesis en cuanto al tema de la legitimación activa.

III. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE ABANDONO VOLUNTARIO

El acápite del art. 148 dice: *“La separación de cuerpos sólo puede tener lugar”*: (...) y su 8º numeral agrega: *“Por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años.”*⁸

A) Concepto

En doctrina y jurisprudencia se han desarrollado diferentes conceptos del abandono voluntario como causal de la separación de cuerpos y de divorcio. En el libro *“Familia y derecho”*, de los autores nacionales RIVERO, RAMOS, y MORALES, se define esta causal expresando que consiste en el alejamiento del hogar con la intención de sustraerse a los deberes conyugales. Mediante este concepto, intentan recalcar el elemento de la culpabilidad que se da en el cónyuge que abandona el hogar.⁹

5. A.D.C.U. Tomo XX, pg. 87.

6. Cuadernos ... cit, pgs. 62 y ss.

7. Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXXII, pg. 179 y ss.

8. Para facilitar al lector transcribimos el art 148.

La separación de cuerpos sólo puede tener lugar:

1º Por el adulterio de cualquiera de los cónyuges.

2º Por la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, pronunciada la sentencia criminal condenatoria.

3º Por sevicias o injurias graves del uno respecto del otro. Estas causales serán apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación y condición del cónyuge agraviado.

4º Por la propuesta del marido para prostituir a la mujer.

5º por el conato del marido o el de la mujer para prostituir a sus hijos y por la connivencia en la prostitución de aquellos.

6º Cuando hay entre los cónyuges riñas y disputas continuas, que les hagan insoportable la vida común,

7º por la condenación de uno de los esposos a pena de penitenciaría por más de diez años.

8º Por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges siempre que haya durado más de tres años.

9º Por la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado.

10º Por la incapacidad de cualquiera de los cónyuges cuando haya sido declarada por enfermedad mental permanente e irreversible (artículos 431 y siguientes en cuanto sean aplicables) y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que haya quedado ejecutoriada la sentencia que declaró la incapacidad.

b) Que, a juicio del Juez, apoyado en dictamen pericial, la enfermedad mental sea de tal naturaleza que racionalmente no pueda esperarse el restablecimiento de la comunidad espiritual y material propia del estado de matrimonio.

Ejecutoriada la sentencia, el cónyuge o ex cónyuge en su caso deberá contribuir a mantener la situación económica del incapaz, conjuntamente con todos los demás obligados por ley a la prestación alimenticia según las disposiciones aplicables (artículos 116 y siguientes).

9. Rivero, Ramos y Morales, *“Derecho y Familia”*, Montevideo, F.C.U., 2004, pg. 275.

MAZZINGHI resalta que esta causal constituye un incumplimiento del deber de cohabitación que les impone el derecho, y aclara que dicha actitud debe revelar, por parte del cónyuge a quien se atribuye la causal, una intención definitiva de apartarse de la convivencia con el otro.¹⁰

Hay quienes dicen que para que se configure la causal de abandono voluntario, es imprescindible que uno de los cónyuges se ausente *materialmente* del hogar, sin que sea suficiente que haya un abandono espiritual.

No opina de la misma forma DORAL, quien basándose en la opinión de LACRUZ BERDEJO, afirma que el abandono debe ser entendido como la realización de actos que impliquen la sustracción a los deberes conyugales, aun cuando no haya dado lugar a la ausencia material de uno de los cónyuges. Estos prestigiosos autores creen que el abandono no solo se configura cuando uno de los esposos se va del hogar, sino también cuando hay un abandono moral, aunque el infractor permanezca en su domicilio. Esta concepción amplia del abandono no ha sido recogida por nuestra jurisprudencia, pero no por ello hay que descartarla *ab-initio*. En efecto, tomando en cuenta el fundamento de esta causal, se entenderá la lógica de este planteo.¹¹

Lo único que se quiere remarcar con respecto a la conceptualización de esta causal, es que todos los autores citados califican de doloso al hecho de que uno de los consortes abandone su hogar.

B) Fundamentos

La justificación del abandono voluntario como causal de la separación de cuerpos y del divorcio radica en que este hecho supone, en la generalidad de los casos, un incumplimiento de los deberes conyugales. En efecto, a través de él no sólo se está contraviniendo el deber de convivencia que establece la relación matrimonial, sino que también se están incumpliendo otros deberes tales como el de auxilios recíprocos, débito conyugal, asistencia, contribución a los gastos del hogar, etc.¹²

Ante un caso de abandono voluntario, el derecho castiga al infractor haciéndolo pasible de un juicio de divorcio. ¿Ahora bien, desde el punto de vista de la persona que el derecho supuestamente castiga, será realmente visto como una pena o más bien como una solución a su problema? ¿Será un castigo teniendo presente que, en el supuesto de sentenciarse el divorcio, el que abandona su hogar readquiere la aptitud nupcial? Quizás lo que quería esta persona, y por eso seguramente abandonó a su familia, era desentenderse de esa relación que le traía ciertas cargas, y con esta solución podría estar alcanzando la finalidad que se había propuesto. Tampoco queremos hacer de esto una valoración crítica de lo que ha establecido el legislador, sólo planteamos algunas interrogantes para que el lector reflexione a la hora de asesorar a un cliente.

C) Requisitos

La doctrina nacional reconoció tres requisitos o elementos que se deben dar para estar ante un supuesto de la causal 8° del art. 148.

En primer lugar, hay un elemento material que no es más que el *“abandono (...) del hogar que haga uno de los cónyuges”*. Como ya se dijo, la jurisprudencia se ha inclinado por considerar al abandono como una ausencia material del hogar, dejando al margen la interpretación de DORAL y LACRUZ BERDEJO.

Resulta interesante analizar el contenido de la palabra abandono. Este concepto, utilizado por el legislador de forma *peyorativa*, da a entender que no se trata de una simple partida. Algunos autores dicen que para que haya abandono, debe existir un ánimo de no querer volver más al hogar, aun teniendo la posibilidad de hacerlo. La causal se configura por medio de una decisión unilateral, sin el consentimiento del otro cónyuge. El que se va, lo hace para desentenderse de una vez por todas de un vínculo que no está cumpliendo con una de sus finalidades que es la felicidad de los cónyuges. Abandonar un hogar implica desligarse de todos los deberes, y no sólo del deber de cohabitación.

El segundo requisito refiere al fuero íntimo de la persona que se va de la casa, y consiste en que ese abandono debe ser *“voluntario”*. No basta con que uno de los esposos se ausente del hogar, sino que debe hacerlo de forma intencional, arbitraria, y sin una causa que lo justifique.

Por ejemplo, no estaríamos frente a un caso de abandono voluntario cuando un cónyuge es enviado a prisión, ni tampoco cuando el marido se va con el consentimiento de su pareja a una misión internacional de

10. Mazzinghi, “Derecho de Familia”, Tomo 3, Bs. As. Ed. Astrea, 1996, pg. 140.

11. Rivero et al ... Ob. cit., pg. 275.

12. Rivero et al ... Ob. cit., pg. 275.

paz en el extranjero. Estas situaciones operan como causas de justificación e impiden que se concrete el divorcio o la separación de cuerpos. De todas formas habrá que analizar las circunstancias concretas. Una sentencia de la Cámara I Civil y Comercial de La Plata (Argentina), entendió que existía voluntariedad en el caso de un ciudadano británico que partió para combatir en la Segunda Guerra Mundial. “*El enrolamiento en las fuerzas armadas de su país para participar en un conflicto bélico, aun cuando no medie obligación de hacerlo, puede asimismo constituir abandono voluntario pero no malicioso*”.¹³

En estos casos el magistrado deberá analizar cuál fue la razón que llevó a la ausencia de uno de los cónyuges de su hogar. No es lo mismo que una persona se ausente de su hogar con el consentimiento de su consorte para obtener un mayor ingreso económico y así mejorar el nivel de vida de la familia, que una persona que huye inesperadamente, sin dar noticia, porque no soporta más la vida en común con su pareja.¹⁴

Otra causa de justificación puede ser la enfermedad –con ciertas características objetivas– del cónyuge abandonado. Supongamos un caso en que el médico le recomienda al cónyuge sano que se vaya del hogar con sus hijos porque sus vidas corren riesgo si no lo hacen de inmediato. De todas formas, para no incumplir los deberes propios del matrimonio, quien adopte esta actitud, deberá tomar las medidas destinadas a la protección y curación del enfermo.¹⁵

Con respecto a los motivos laborales como causa de justificación, MAZZINGHI dice que la valoración de este supuesto debe hacerse en concreto, esto es, apreciando en cada caso, si la necesidad laboral que impone dejar el hogar conyugal es insoslayable, y si de su aceptación depende que la familia cuente con los medios de subsistencia indispensables. Y ejemplifica señalando que el deseo de progresar en un carrera, de conseguir una promoción, no son causas aceptables para alejarse del hogar sin la conformidad del otro cónyuge.¹⁶ Aclaremos pues, que si se cuenta con el consentimiento del otro cónyuge, por supuesto que no se incurre en la conducta exigida por la causal.

El tercer requisito implica que el abandono del que se viene hablando debe prolongarse por “*más de tres años*.” Pero, ¿qué sucede cuando ese abandono no alcanza los tres años exigidos por la ley? Lo primero que se debe decir, es que si no se llega al tiempo requerido, no se estará ante un supuesto del numeral 8º, porque la ley no da lugar a ninguna duda. La doctrina y jurisprudencia han sorteado este obstáculo entendiendo que esta situación puede constituir un supuesto que se castigue por la causal de injurias graves. De elegir este camino, el actor deberá acreditar los tres requisitos necesarios para que se de la causal de injurias, es decir: cierta gravedad en las mismas, el “*animus injuriandi*” y una debida relación entre las supuestas injurias y la educación y condición del cónyuge agraviado.

Ahora bien, el abandono por sí sólo no configura una conducta injurianta, ya que el concepto de injuria del inciso 3º del art. 148 del Código Civil se refiere a hechos u omisiones de índole moral, y se configura siempre que se violen en forma voluntaria los deberes emergentes del matrimonio: fidelidad, socorro, asistencia, respeto mutuo, etc.¹⁷ ZANNONI dice a este respecto que injuria es la ofensa o menoscabo de un cónyuge a otro.¹⁸

Veamos cómo se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto. El Trib. Flia. 2º, Sent. N° 238, 11/11/98, dijo que: “*El abandono del hogar configura una situación de injuria sólo en muy especiales circunstancias, porque en principio, por sí solo no constituye conducta injurianta, y por lo tanto es así que la ley lo considerara causal de divorcio si se prolonga por más de tres años.*”¹⁹

En esta misma línea, el Trib. Flia. 1º Sent. N° 99, 14/6/95 dijo lo siguiente cuando el actor quiso hacer valer su pretensión de divorcio basándose en la causal de injurias graves: “*Es necesario que exista un sufrimiento moral y un ánimo de ofender, los que deberán ser apreciados por el juez, para que se configure esta causal de divorcio.*”

En el caso a estudio, dice el tribunal- *el cónyuge, si bien se retiró de la finca asiento del hogar conyugal, no lo hizo en forma intempestiva ya que luego de una discusión con su cónyuge llamó a su hija y fue a convivir con ella.*

13. Mazzinghi, Ob. cit. pg. 147

14. Aprovecho esta referencia a la aplicación de esta causal en Argentina, para decir que la legislación de dicho país da un paso más, y aparte de exigir que el abandono sea voluntario, y que se prolongue por un determinado tiempo, también dice que debe ser *malicioso*.

15. Mazzinghi, Ob. cit. pg. 146.

16. Mazzinghi, Ob. cit. pg. 146 y ss.

17. Grompone, Divorcio, pg. 63.

18. Zannoni, “Derecho y Familia”, T. II, Buenos Aires, Astrea, 2002 pg. 86.

19. Cuadernos del Anuario..., Ob. cit., pg. 14.

Existió por consiguiente una indudable causa que permite inferir que la demandada tenía razones para abandonar la finca y del hecho revelado no surge que haya habido intencionalidad de ofender al cónyuge, ni que haya significado ello un ataque al honor y dignidad del esposo. Por lo que no se hará lugar al divorcio por la causal de injurias graves."

En este otro caso, el tribunal confirmó la desestimación de la pretensión de divorcio. El hecho pretendidamente injuriante consistió en el simple abandono del hogar conyugal por parte del marido a los dos meses de celebrado el matrimonio. *"Para que la actitud del abandonante pudiera considerarse injuriosa y eventualmente pasible de fundar la causal del num. 3º del art. 148, es preciso que esté acompañada de circunstancias que evidencien un propósito menoscabante por parte de quien abandona. (...) De otro modo el precepto del num. 8º -es decir el del abandono voluntario- podrá burlarse fácilmente invocando un abandono que no cumple con el requisito temporal al que, indebidamente, se le atribuye el carácter de injuriante. Por lo que el Tribunal en mayoría confirmará la sentencia apelada."*²⁰

Será labor del juez determinar si dicha conducta entra o no en la causal de injurias consagrada en el numeral 3º del art. 148. El lector seguramente ha notado cómo se cumple lo que se ha anunciado anteriormente, en el sentido que en los casos de divorcio sanción los jueces son más estrictos con las exigencias probatorias. Los jueces pretenden con esta mayor exigencia en las pruebas que las partes no intenten llegar por medios indirectos, a un resultado que el legislador quiso evitar.

Por último, se puede decir que en el caso del abandono voluntario, a diferencia de la causal prevista en el num. 9º del 148 que se estudiará en breve, el legislador no prescribió expresamente que el abandono por más de tres años debía ser ininterrumpido. Sin embargo la doctrina ha entendido que, a pesar de que la norma legal no lo prevé, este requisito también se exige. Por lo tanto, si se interrumpe el abandono, y luego se reanuda, el plazo de tres años comienza a contabilizarse a partir de la última infracción. Igualmente quien tiene la última palabra para apreciar estas circunstancias particulares, será el magistrado.

D) Legitimación activa

Para estudiar el tema de la legitimación activa es necesario tener presente principalmente dos preceptos del Código Civil: los arts. 148 y 149. El primero de ellos enumera las causales del instituto de la separación de cuerpos que, como se dijo, se hacen extensivas al del divorcio por el art. 187 num.1º. El segundo artículo mencionado, es decir el art. 149, se refiere al tema de la legitimación activa.

Dice el comienzo del art. 148: *"La separación de cuerpos sólo puede tener lugar"*, y luego comienza con la nómina de los diez numerales. En el mismo sentido el art. 187 dispone que: *"El divorcio sólo puede pedirse"*. Lo que se pretende dejar en evidencia con estas citas, es que el legislador quiso que ambos institutos procedan exclusivamente en los casos previstos por la ley. Luego de una simple y parcial lectura de los artículos mencionados, se desprende con claridad la *ratio legis* de ambas normas, en el sentido de que no cualquier supuesto de hecho puede dar lugar a un divorcio o a una sentencia que decrete la separación de cuerpos.

Por lo tanto, no será una tarea sencilla defender una interpretación extensiva con respecto a la legitimación activa de ambas acciones, porque a primera vista la ley no da lugar a dudas: si se está dentro de un supuesto previsto por la ley, se tiene la posibilidad de iniciarlas, pero si no se está ante un supuesto previsto, no se tendrá dicha posibilidad.

El art. 149 dice: *"La acción de separación de cuerpos no podrá ser intentada, sino por el marido o por la mujer; pero ninguno de los cónyuges podrá fundar la acción en su propia culpa."* La primera parte de la norma refiere al carácter personalísimo que revisten estas acciones. La segunda parte alude al tema en cuestión señalando que, en principio, los dos cónyuges tienen legitimación, pero luego dice que en ningún caso podrán invocar un hecho culposo para acreditar la configuración del abandono voluntario.

En definitiva, el problema radica en analizar si los dos cónyuges tienen legitimación activa o sólo uno de ellos, y en este último caso en decidir quién.

En doctrina nacional, hay quienes sostienen que ambos cónyuges –incluso el que abandonó el hogar– son los que están legitimados para iniciar las acciones civiles. Como se verá, esta postura carece de sustento legal. Probablemente esta interpretación responda a la concepción del matrimonio que tengan dichos autores. Hacen primar el *libre albedrío* para disponer del vínculo matrimonial, sobre la *indisolubilidad* del mismo.

20. Cuadernos del Anuario..., Ob. cit., pg. 15.

Considero que esta postura no es correcta. La ley dice que quien cometió un hecho culposo, luego no lo puede hacer valer como supuesto de hecho que configure la causal de abandono voluntario. Por lo tanto, resta despejar una sóla incógnita: ¿el abandono que hace uno de los cónyuges, es o no un hecho culposo? Si se concluye que sí lo es, la discusión quedará zanjada.

Sobre este punto ya se ha hecho referencia, y la doctrina más recibida valora con el calificativo de **culposo** al hecho mencionado. Esto no responde a un capricho doctrinario, sino a una visión lógica de lo que lleva consigo abandonar un hogar de forma voluntaria y por un lapso mayor a tres años.

¿No será *negligente* esta conducta teniendo en cuenta el futuro del núcleo familiar y en especial el de los hijos? ¿No será *imprudente* irse de su hogar sin el consentimiento de los demás miembros de la familia, y sin una razón que lo justifique? ¿No será una mala opción huir teniendo en cuenta las inevitables consecuencias que puede traer aparejado? ¿Qué es todo esto sino la constatación de no una, sino múltiples actitudes culposas?

Dado que estamos frente a una conducta culposa, es ineludible concluir que quien abandona el hogar no está habilitado para iniciar las acciones de divorcio y separación de hecho por esta causal e invocando dicho acto culposo. Por supuesto que ello no es obstáculo para que el culpable de un abandono pueda pedir, por ejemplo, el divorcio por adulterio si se entera de que a los dos meses de su partida su mujer le fue infiel. Pero la vía del numeral 8° está cerrada.

La solución legislativa tiene una razón de ser. No se quiere que el que realiza un acto culposo o doloso, a pesar del incumplimiento de los deberes conyugales, tenga la posibilidad de desentenderse de la relación matrimonial. En todo caso, la opción de tomar el camino del divorcio estará en manos del abandonado. El hecho de que quien abandona su hogar no esté legitimado para iniciar las acciones, es una sanción –aparentemente muy lógica– que le impuso el legislador, y como tal debe ser respetada.

IV. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

El numeral 9 del art. del 148, prevé como causal de separación de cuerpos y de divorcio: *“la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado.”*

A) Concepto

Esta causal es uno de los claros ejemplos de *divorcio-remedio*. GROMPONE caracteriza a la separación de hecho, como aquella por la cual: a) cesa la cohabitación, es decir que se acaba con la vida de consuno, b) es resuelta por la voluntad de uno o de ambos cónyuges, c) no está obligada por una decisión judicial, y d) que dicha separación se haya prolongado ininterrumpidamente por tres años.²¹

RIVERO, RAMOS Y MORALES, recogen un concepto de separación de hecho que hace énfasis en el aspecto subjetivo, es decir en el ánimo de los cónyuges. Recogen la opinión al respecto de PUIG BRUTAU, quien afirma que el simple alejamiento físico de los cónyuges no implica el cese efectivo de la convivencia conyugal, sino que resulta necesario que el mismo haya tenido lugar con la intención de interrumpir la vida en común, ya que lo fundamental es la intención, el *ánimus*, constituyendo la separación física, el *corpus*, solamente su manifestación material.²²

LACRUZ BERDEJO opina de la misma forma, señalando que el elemento trascendental es el subjetivo – el *“ánimus separationis”* –, ya que si existe la separación material y los cónyuges habitan en diferentes lugares pero subsiste la *affectio* entre los cónyuges, no se produce la configuración de la causal. Por el contrario, existiendo el *ánimus separationis* o faltando la *affectio*, se produce el cese de la convivencia aunque el elemento objetivo (material) no se exteriorice por permanecer conviviendo los cónyuges bajo el mismo techo.²³

En este último supuesto, es decir cuando los cónyuges están bajo el mismo techo y pretenden demostrar que de todas formas están separados de hecho, estarán enfrentados con la ardua labor de probar que dicha situación se dio por *motivos de fuerza mayor* – como ser la urgencia económica– que imposibilitó que uno de los mismos se pueda instalar en otro domicilio.

Parece razonable entender que para que haya separación de hecho en teoría no es imprescindible que los cónyuges vivan en viviendas separadas, puesto que el fundamento de esta causal no radica en el lugar

21. Grompone, “Las nuevas causales de Divorcio”, pg 83.

22. Rivero et al ... Ob. Cit. pg. 278.

23. Lacruz, Ob. cit, pg. 211 y ss.

donde viven los cónyuges. Pero de todas formas resulta muy difícil pensar que alguien pueda probar que durante el lapso de tres años nunca reanudó la vida de consuno ni siquiera por un día. En lo único que podrá fundarse quien pretenda accionar por esta vía, es en la flexibilidad probatoria propia de los supuestos de divorcio remedio.

B) Fundamento

Para justificar esta causal, la doctrina se ha basado en el hecho de que una separación por tanto tiempo y con estas características, es incompatible con el fin matrimonial, y por lo tanto, los cónyuges tienen que tener la opción de extinguir el vínculo jurídico que los une, pero que, en los hechos, ya se ha desintegrado.

Los hechos son suficientemente poderosos para irritar un vínculo tan importante como el que se establece entre los esposos. Basta con el transcurso de un plazo sin convivencia, para que los deberes propios del matrimonio caduquen merced a esta suerte de prescripción liberatoria (...) ²⁴

MAZZINGHI está en contra de la existencia de esta causal. Señala que la misma se apoya en numerosos modelos extranjeros que, a su juicio, recaen en un mismo error, cuya repetición no lo convierte en acierto. Afirma que los legisladores que se pliegan a esta postura consideran al vínculo conyugal como algo muy próximo a la *unión libre*, en cuanto dura solamente mientras ambos integrantes de ella quieren que así sea. Le llama la atención que el legislador no considere necesario analizar las causas que determinaron la interrupción de la convivencia conyugal, ni explorar los medios a través de los cuales dichas causas pudieran ser conjuradas. ²⁵ Evidentemente, sale a la luz su concepción filosófica del matrimonio. Este autor se suma a los que piensan que las personas son libres de ingresar al matrimonio, pero una vez dentro, salvo casos extremos, ellos no son quienes deciden su término.

C) Requisitos

Para que se configure la separación de hecho es necesario que se de la yuxtaposición de cuatro requerimientos.

El primero de ellos es "*la separación de hecho*", y es el requisito que diferencia a los dos institutos objeto de este análisis. Tanto el elemento volitivo, como el elemento temporal están comprendidos en ambos institutos.

A simple vista, se puede notar una diferencia en los términos utilizados por el legislador; en un caso utiliza la palabra *abandono*, y en el otro la expresión *separación de hecho*. El primero hace referencia a una decisión personal, unilateral, -sin que medie el acuerdo del otro consorte-, mientras que la separación de hecho puede ser producto de un acuerdo de voluntades obtenido en los mejores términos. Por ejemplo, en determinado momento la pareja se da cuenta que, por el bien de toda la familia, lo mejor es que no convivan en el mismo hogar.

En el caso de la separación de hecho no suele haber un ánimo de sustraerse a los deberes matrimoniales. Los cónyuges tan sólo deciden poner fin a la vida de consuno, pero esto no quiere decir que se pretenda desentender abruptamente de la relación matrimonial.

El segundo requisito tiene que ver con la intencionalidad con que se produjo la separación de hecho. El Código exige que sea "*voluntaria*", es decir que el ánimo de interrumpir la vida de consuno debe existir en al menos uno de los cónyuges. Lo que se trata de lograr con este requerimiento es que los esposos no aprovechen una situación de fuerza mayor -es decir involuntaria- para interrumpir el matrimonio en el caso del divorcio, o para terminar con la obligación de vivir juntos en el caso de la separación de cuerpos.

A continuación se transcribirán extractos de una sentencia que fue recurrida, y en donde la discusión se centraba en la prueba del requisito de la voluntariedad. "*La sentencia del a quo, (...) -dice el Tribunal- desestima la demanda en razón de entender que los caracteres requeridos por el art. 148 N° 9 del Código Civil nada declaran los testigos sobre la voluntariedad de la separación, y que está a cargo de la parte actora el acreditamiento fehaciente de la voluntariedad (...).*"

El tribunal no comparte lo dictaminado en primera instancia, por lo que en su lugar lo revocará y admitirá la acción de divorcio. (...)

A continuación se verá como opera la flexibilidad probatoria por tratarse de un caso de divorcio remedio.

24. Mazzinghi, Ob. cit. pg 160.

25. Mazzinghi, Ob. cit. pg 159 y ss.

Cierto es que el elemento voluntariedad debe configurarse y resultar evidenciado, pero no menos cierto es que ningún testigo por más capacitado que esté, podrá saber los pensamientos y sentimientos de otra persona; es que, como se ha dicho doctrinariamente, "la voluntariedad consiste en la actitud psicológica del cónyuge de no querer cohabitar más con el otro en forma definitiva... la voluntariedad puede provenir de cualquiera de los cónyuges sin importar el motivo real que sirva de fundamento, pudiendo ser invocada por cualquiera de ellos..." (Cfr. Aguiar, Luis, *las recientes reformas del C.C. – Estudio sobre la ley 14.766, FCU, p. 26; Anuario... T. VIII, pg. 242 y ss.*)(...) Trib. 2º, Sent. N° 40, 27-4-1994.²⁶

Cuando media una causa de fuerza mayor que justifique la separación de hecho, como ser el caso de que uno de los cónyuges esté en prisión, de todas formas los cónyuges podrán invocar esta causal. Para probar la voluntariedad podrán alegar, en el ejemplo que analizamos, que en el tiempo en que el procesado estuvo en prisión, el otro no lo fue a visitar, teniendo la posibilidad de hacerlo.²⁷ Y siguiendo con el ejemplo, para el caso en que el *animus separandi* comience luego de que el cónyuge no preso vaya a visitar al establecimiento carcelario, el plazo requerido por la ley comenzará a correr a partir de la última visita.

Por lo tanto, de no existir el *animus separandi*, aunque permanezcan décadas enteras viviendo en distintos domicilios, no procede esta causal.

Por último, el motivo por el cual se separaron, no interesa a los efectos de ser un elemento que impida que se configure la causal. Es lo que viene a decir la última parte del numeral: *"sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado."*

El tercer requerimiento refiere a un elemento cronológico, consistente en que la separación debe tener una *"duración mínima de tres años"*. Este es un hecho objetivo que deberá ser probado por quien pretenda el divorcio o la separación de cuerpos. No queremos insistir en la flexibilización que ha tenido nuestra jurisprudencia en cuanto a los requisitos de los casos de divorcio-remedio, pero decimos que este requisito de la temporalidad se presta para que los jueces hagan uso de esta salida admitida. Así lo dice la Sent. N° 106, 13-8-97 del Trib. 1º: *"Corresponde emplear un criterio amplio en lo que se refiere al cómputo de los tres años de separación conyugal (...)"*²⁸

Por último, la ley exige que la separación sea *"ininterrumpida"*. Es decir que el estado referido debe ser continuo. Por ende, si la convivencia se reanuda aunque sea por muy poco tiempo, el plazo quedaría interrumpido y deberá comenzarse a computar el plazo de los tres años a partir de la última separación. Esto es lo que viene a decir LACRUZ BERDEJO: si se produce interrupción (incluso después de haber superado la respectiva duración establecida en la ley) por la reconciliación –aunque sea transitoria y no homologada judicialmente- de los cónyuges, y aunque cese de nuevo la convivencia de los mismos, volverá a iniciarse el cómputo del respectivo plazo legal.²⁹

Ahora bien, este requisito no quiere decir que para que se configure la causal es necesario que los consortes no hayan tenido ningún contacto. Así lo afirma la Sent. N° 106, 13-8-97, del Trib. 1º: *"Nada enerva la conclusión de que se configura causal de divorcio la circunstancia de que en alguna oportunidad se apreciase a los dos litigantes en algún acontecimiento de índole familiar (durante el lapso de separación de hecho) o que aun dentro de este período se observase que el actor concurría al domicilio de la demandada, donde vivían además su hija y nieta"*.³⁰

D) Legitimación activa

La separación de hecho no supone una conducta culposa; más aun, a veces puede ser una solución preventiva. Por lo tanto, los dos consortes tendrán legitimación activa para iniciar una acción de divorcio o de separación de hecho (art. 149). Prueba de lo expuesto es lo que dice la Sent N° 248, 18.12-97 del Trib. 2º *"El art. 148 N° 9 CC habilita el accionamiento por separación de cuerpos o divorcio con prescindencia de la responsabilidad subjetiva en la configuración de aquel."*

*Motivo por el cual puede ser invocada por el cónyuge que hizo abandono del hogar o que aun sin abandonarlo en sentido estricto, se separa de su consorte. (Cf. Cestau, Derecho de Familia y Familia, Vol. I, FCU, 1989 pg. 220 y ss.)"*³¹

26. A.D.C.U. Tomo XXV, pg. 145 y ss.

27. Esto fue lo que entendió el Tribunal de Familia de 2º Turno, en una sentencia del año 1999. A.D.C.U. Tomo XXX, pg. 130.

28. A.D.C.U. Tomo XXVIII, pg. 133.

29. Lacruz Berdejo, Ob. cit. pg. 211 y 212.

30. A.D.C.U. Tomo XXVIII, pg. 133.

31. A.D.C.U. Tomo XXVIII, pg. 134.

V. CONCLUSIÓN

Luego de haber reflexionado sobre las causales de abandono voluntario y separación de hecho se puede concluir lo siguiente:

1. En primer lugar, el **concepto** de ambas causales es diferente. El abandono voluntario implica la fuga de uno de los cónyuges luego de una decisión unilateral e intempestiva, sustrayéndose a los deberes matrimoniales tales como: deber de cohabitación, de prestar auxilios recíprocos, etc. Por otro lado, la separación de hecho supone que, luego de un acto decisorio uni o bilateral, los consortes interrumpen la vida de consuno, sin que esto signifique un descuido de los otros deberes propios del matrimonio.

2. Con relación a los **requisitos** exigidos por la ley para que se den las causales en estudio, hay que tener en cuenta que tanto elemento subjetivo de la voluntariedad como el elemento de la temporalidad se deben dar en ambos supuestos. Por otra parte, se dijo que la ley sólo exige que el plazo de tres años sea ininterrumpido en el caso de la separación de hecho, pero que la doctrina lo hizo extensivo a la otra causal. Por lo tanto, la única diferencia es que en uno se exige la constatación del abandono, y en el otro la separación de hecho.

Además, mientras el abandono voluntario es un claro ejemplo de *divorcio sanción*, y por lo tanto, los magistrados serán más exigentes a la hora de valorar los medios probatorios que ofrezcan las partes en el proceso judicial, la separación de hecho es un caso de *divorcio remedio*, y por ende los jueces serán más flexibles con los medios de prueba que hagan valer las partes para acreditar los hechos alegados.

3. El otro punto en el cual difieren estas causales, es en cuanto a la **legitimación activa** para iniciar los procesos de divorcio y separación de cuerpos. En primera instancia se dijo que las dos acciones en juego son de carácter personalísimo. Por ende, los cónyuges son las únicas personas que podrán acudir al Poder Judicial por un tema de esta naturaleza.

Para el caso del abandono voluntario, se señaló que había una disputa doctrinaria, en la cual unos creían que los dos cónyuges pueden iniciar las acciones mencionadas, y otros –entre los que nos contamos- que consideran que sólo el cónyuge abandonado puede iniciar las acciones por esta causal. Se descartó la primera tesis, sostenida por algunos profesionales, por carecer de fundamento legal. De acuerdo al art. 149, ningún cónyuge puede hacer valer en un juicio de divorcio y separación de cuerpos un hecho culposo como supuesto que configure alguna de las causales previstas por la ley. Se demostró que una persona que huye de su hogar, no sólo comete uno, sino varios hechos culposos, y por lo tanto, no podrá invocar el abandono como el supuesto para divorciarse o solicitar la sentencia de separación de cuerpos. Por todo esto, el único legitimado para iniciar estas acciones es el cónyuge abandonado.

Para el caso de la separación de hecho no se presenta esta problemática, puesto que esta situación no resulta ser una conducta culposa, y en consecuencia, ambos consortes podrán valerse de este hecho para acudir a la justicia y solicitar el divorcio o la separación de cuerpos.

BIBLIOGRAFÍA

Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomos: XX, XXV, XXVIII y XXX.

Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, N° 3 “*Divorcio*”, Montevideo, F.C.U., 1998.

GROMPONE, Romeo. “*Divorcio*”. Montevideo, Ed. Medina, 1946.

GROMPONE, Romeo. “*Las nuevas causales de Divorcio*”.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. “*Derecho de Familia*”. Barcelona, José María Bosh Editor, 1989-1990.

La justicia Uruguaya.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. “*Derecho de Familia*” Tomo 3 “*Separación personal y divorcio*”. Buenos Aires, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1996.

RIVERO, RAMOS Y MORALES. “*Derecho y Familia*”. Montevideo, F.C.U., 2004.

VARELA DE MOTTA, María Inés. “*Manual de Derecho de Familia*”. Montevideo, F.C.U., 1998.

ZANNONI, Eduardo. “*Derecho y Familia*” Tomo 2. Buenos Aires, Astrea, 2002.