

“EL DIVORCIO POR PRESENTACIÓN CONJUNTA
EN LA LEY N° 45/91, DE DIVORCIO VINCULAR”



EL DIVORCIO POR PRESENTACIÓN CONJUNTA
EN LA LEY N° 45/91

María Francisca Prette de Villanueva*

1. INTRODUCCIÓN

El impacto que produce la ruptura matrimonial en los esposos, en los hijos y en la organización social, ha conducido al aumento de los esfuerzos orientados, en primer término, a actuar sobre las causas que provocan la disolución conyugal, y en segundo lugar a minimizar los efectos de la separación que no se han podido evitar. Dentro de esta perspectiva, en las legislaciones modernas, el divorcio o la separación personal, deben ser enfocados más bien desde el punto de vista del futuro que aguarda a los cónyuges, sobre todo cuando habiendo hijos, deben continuar asumiendo los derechos y deberes frente a ellos.

2. LAS CONCEPCIONES DEL DIVORCIO COMO SANCIÓN Y COMO REMEDIO

La tendencia tradicional ha condicionado que la separación personal o divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables de uno o de ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por la ley. Si los hechos no fueron probados, el juez debe desestimar la demanda, aun cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada. Significa

* Abogada por la Universidad Nacional de Asunción en el año 1988. Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Pedro Juan Caballero, Departamento de Amambay.

entonces que el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etc.

Frente a esta concepción, el derecho liberal moderno ha planteado otra tendencia, el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cual de los cónyuges dio causa al conflicto o cual de ellos es el culpable del divorcio. Se considera fundamental evitar que los vínculos familiares se deterioren aún más a consecuencias del mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que durante el mismo se hagan los cónyuges. Aparece entonces el divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. Los autores Bossert y Zannoni¹⁰ afirman que este planteamiento se ha dado *“No porque él responda a una concepción contractualista del matrimonio, sino porque constituye una solución al conflicto conyugal que no recibe adecuada respuesta a través del régimen del divorcio como sanción. En efecto, el conflicto matrimonial no nace necesariamente de la comisión de hechos ilícitos tipificados a priori por la ley. La vida es algo más compleja que eso...”* *“El mutuo consentimiento se abre paso, pues, para resolver aquéllos casos en que los cónyuges son plenamente conscientes de que seguir unidos es peor —para sí y para sus hijos— que separarse o divorciarse. En el contexto rígido del divorcio como sanción ellos deberían alegar, en estos casos, ofensas imaginarias, sea para disimular justamente la falta que debería probar, sea al contrario, en ausencia de verdadera falta, para permitir a los esposos liberarse de un vínculo que ha llegado a ser insoportable”*.

Esta tendencia manifestada en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio sin alegar causales, se halla ya contemplada en el artículo 167 del Código Civil Paraguayo, que legisla sobre la separación de cuerpos sin disolución del vínculo matrimonial y también en el artículo 5º de la Ley N° 45/91 que estableció el divorcio vincular en el Paraguay. Es oportuno señalar que con la promulgación de la ley de divorcio, no ha caducado el

¹⁰ Bossert, Gustavo A. — Zannoni, Eduardo. “Manual de Derecho de Familia” - Edit. Astrea. Ed. 1991. Pág. 339.

derecho de interponer la acción de separación de cuerpos legislada en el Código Civil. El citado artículo 5° prescribe: "*Transcurridos tres años de matrimonio, los cónyuges podrán solicitar conjuntamente al Juez su divorcio vincular...*".

Este tipo de divorcio es llamado indistintamente divorcio vincular por presentación conjunta o divorcio vincular por mutuo consentimiento. También se lo ha llamado en la doctrina extranjera divorcio vincular con causa reservada. Creemos más preciso denominarlo por presentación conjunta, ya que ésta implica el mutuo consentimiento previo de los cónyuges.

3. CONDICIONES PARA SU PROCEDENCIA

- a) Antigüedad del matrimonio: el citado artículo 5° establece que deben haber transcurrido tres años desde la celebración del matrimonio. Este término legal debe encontrarse cumplido a la fecha de la presentación del escrito conjunto, es decir no es suficiente que el mismo se cubra durante la substanciación de las dos audiencias o en cualquier otra etapa del proceso. Si no ha transcurrido ese plazo sólo puede recurrirse al divorcio vincular mediante el juicio contradictorio, y en base a las causales establecidas en el artículo 4° de la ley.

El fundamento de esta previsión de un tiempo mínimo suele ser común en los regímenes legales que prevén el divorcio por mutuo consentimiento, para garantizar que la solicitud de los cónyuges sea el resultado de una decisión madura y reflexiva.

- b) Acuerdo entre las partes: Debe existir acuerdo entre los cónyuges acerca de la obtención del divorcio, aun cuando no exista coincidencia en lo referente a la tenencia y régimen de visitas de los hijos, atribución del hogar conyugal, prestación de alimentos y partición de bienes de la sociedad conyugal.
- c) Capacidad de los cónyuges: El artículo 5° establece que podrán plantear la acción los menores emancipados por el matrimonio, pero sólo después de cumplida la mayoría de ambos. La norma

aclara expresamente que ambos cónyuges deben ser mayores de edad para intentar la acción. Vale decir que si uno de ellos es menor de edad, ya no puede peticionar el divorcio vincular. Esto es así porque es indispensable que los esposos gocen de la capacidad necesaria en el momento de hacer la presentación conjunta. Por lo mismo, no pueden plantear la acción los cónyuges declarados interdictos o inhabilitados, quienes no pueden ser suplidos en la presentación por sus curadores.

- d) Etapa de conciliación previa y obligatoria: El artículo 5° prescribe que: *“Antes de dar trámite al juicio de divorcio por presentación conjunta, el juez escuchará separadamente a las partes procurando su reconciliación y fijando un plazo de 30 a 60 días dentro del cual convocará a las partes a una audiencia para que se ratifiquen o no en su voluntad de divorciarse. En caso negativo, se archivará el expediente y, de lo contrario, se dará el trámite correspondiente al juicio”*.

La ley requiere la realización de dos audiencias. La primera, a la que los cónyuges deben concurrir personalmente, reviste dos finalidades perfectamente claras: en primer lugar, el Juez debe oír separadamente a los esposos, es decir recibir de ellos el relato de las causas que motivan la petición. La fijación de las audiencias por separado, tiene como objetivo evitar que la presencia del cónyuge inhiba las manifestaciones que cada uno de ellos pueda dar al Juez. En segundo lugar, el Juez debe tratar de conciliar a los cónyuges; esta función está necesariamente vinculada con el conocimiento que toma de las razones o los hechos que aquéllos alegan. De lo conversado en estas audiencias se labrará el acta correspondiente, pero en la misma sólo se hará constar la presencia del cónyuge citado y de que el mismo fue oído, pero no se hará constar lo relatado acerca de las causas del conflicto conyugal; esta información debe ser manejada únicamente por el magistrado, a los efectos de advertir si es posible o no la conciliación.

Un punto que no se ha previsto se refiere a qué medidas tomar en caso de incomparecencia de uno o ambos cónyuges. La

importancia de esta audiencia exige la previsión legal, tal como lo ha hecho la ley argentina N° 23.515 que requiere la concurrencia personal de ambos cónyuges a la primera audiencia, constando expresamente que si así no lo hicieren “el pedido no tendrá efecto alguno”. Esta solución es válida tanto para el caso de que no concurriera uno como el de que no concurriera ninguno de los dos. Naturalmente, sólo la inasistencia injustificada habrá de imponer el resultado de que el pedido de divorcio no tenga efecto alguno, ya que si por cualquier motivo valedero uno de los cónyuges no asistiera, justificándolo judicialmente, lo que corresponde es fijar una nueva audiencia y no desestimar la acción.

Si por hipótesis, en esta audiencia los cónyuges se reconciliaran, el Juez homologará el acuerdo y ordenará el archivo del expediente.

En la segunda audiencia, las partes deben expresar si se ratifican o no en su voluntad de divorciarse. Se ha discutido en la doctrina, si a esta segunda audiencia los cónyuges deben concurrir personalmente o si pueden hacerlo a través de apoderado con mandato especial. En la legislación argentina esta duda fue resuelta por el artículo 236 del Código Civil, que faculta a los esposos a autorizar la comparecencia de apoderados con mandato especial. Consideramos perfectamente factible esta última opción, en razón de que esta segunda audiencia tiene como objetivo simplemente establecer si los esposos han arribado o no a una reconciliación luego del lapso de meditación o espera. Se funda la razonabilidad de este criterio en la práctica judicial donde la segunda audiencia generalmente no la toma el Juez, sino un empleado del juzgado, usando a menudo incluso modelos impresos. Si esto es así —se pregunta Borda— por qué insistir en un formulismo riguroso. Una hipótesis en que se plantea el problema sería aquella en que uno de los cónyuges se encuentre radicado en el extranjero y se vea impedido de volver a asistir personalmente al comparendo.

En esta segunda audiencia, pueden presentarse dos posibilidades: la primera en el sentido de que ambos cónyuges se

ratifiquen en su voluntad de separarse, caso en que el Juez debe decretar el divorcio vincular.

La segunda posibilidad es la de que los cónyuges no se ratifiquen en su voluntad de divorciarse, caso en cual el Juez no dará trámite al juicio y ordenará el archivamiento del expediente.

4. FORMA DE LA PRESENTACIÓN

El artículo 5° exige la presentación conjunta de los cónyuges. Ello no significa que ambos deban comparecer en un escrito común; puede admitirse que cada cónyuge haga su pedido en escritos diferentes, presentados conjuntamente.

En la presentación los cónyuges se limitan a manifestar su voluntad de divorciarse, sin que sea necesaria la mención de los motivos, pues todo el procedimiento está encaminado justamente a mantener en secreto las causas reales.

5. DESISTIMIENTO

Nuestra ley de divorcio no prohíbe que se pueda desistir en forma expresa del procedimiento iniciado. Las dudas se han planteado respecto al momento hasta el cual es posible el desistimiento. El artículo 14 determina que "*la reconciliación entre los esposos pone término al juicio*", sin referirse a un estadio procesal definido.

Desistimiento Expreso

El desistimiento expreso se manifiesta en el caso ya señalado de que los cónyuges no se ratifiquen en su voluntad de divorciarse en la segunda audiencia. Ahora bien, una vez celebradas las dos audiencias, el desistimiento ya no sería factible si es hecho por uno solo de los cónyuges. Sería posible si el desistimiento es hecho por ambos y antes de la sentencia.

Desistimiento Tácito

Si uno de los cónyuges no concurriera a la audiencia de ratificación, sin que medie causa debidamente justificada, ello implica el desistimiento tácito de la acción.

6. CARÁCTER DEL PROCESO

La controversia se plantea acerca de la naturaleza de este proceso, cuestionándose si estamos ante un juicio de jurisdicción voluntaria o uno contencioso. El divorcio por presentación conjunta, pese a requerir una sentencia judicial que hace lugar a la petición solicitada, no es un procedimiento contencioso, pues no hay litigio entre los cónyuges, por cuanto ambos persiguen la separación personal. Sobre este punto los autores Carlos Lagomarsino y Jorge Uriarte¹¹ sostienen que: *"Por la forma en que aparece regulada la tramitación del juicio de separación personal por presentación conjunta, dicho juicio se presenta como un proceso atípico que difiere de los reglamentados en la ley ritual. Para caracterizar esa atipicidad basta tener presente la falta de constancia en el expediente de los hechos alegados por los cónyuges en las audiencias.."* Por último, sostiene que el IV Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Tucumán, se trata de un proceso de conocimiento, contradictorio y especial.

7. COMPETENCIA

El artículo 17 de nuestra ley establece que será competente el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del último domicilio conyugal o del demandante, a elección del actor. Es por lo tanto el cónyuge demandante quien tiene opción para iniciar la demanda ante uno u otro Juez.

¹¹ Lagomarsino, Carlos — Uriarte, Jorge. "Separación Personal y Divorcio" - Editorial Universidad S.R.L. Edición 1991. Pág. 404.

8. INTERVENCIÓN DEL AGENTE FISCAL

El artículo 15 de la Ley N° 45/91 establece que: “*El Ministerio Público es parte esencial en todo juicio de divorcio*”. Esta norma difiere de lo establecido en el Código Procesal Civil para el juicio de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, que en su artículo 607 expresa que no es parte en este proceso el Ministerio Público.

La intervención del Agente Fiscal se cumple al iniciarse el juicio, momento en que deberá expedirse acerca de si se encuentran cumplidos los recaudos legales para darle curso. También toma intervención al notificársele de la sentencia, oportunidad en la que verificará la celebración de las audiencias, el plazo entre una y otra, etc. y en la que podrá interponer las nulidades procesales del caso.

9. MEDIDAS CONEXAS RELATIVAS A LOS HIJOS MENORES

Prescribe el artículo 5° que: “*Deberá observarse lo dispuesto en el artículo 11 de esta ley*”. El citado artículo 11 establece que: “*Habiendo hijos menores, promovida la demanda de divorcio o antes en caso de urgencia, los cónyuges o cualquiera de ellos deberán solicitar ante el juzgado en lo tutelar del menor se dicte resolución provisoria sobre: a) Designación de las personas a quien o quienes serán confiados los hijos del matrimonio; b) El modo de subvenir las necesidades de los hijos; c) La cantidad que se debe pasar a título de alimentos a los hijos; d) El régimen provisorio de visitas; e) Atribución del hogar conyugal. En caso de controversia será determinado por el Juez*”.

Los mencionados requisitos incluidos a modo de condición de admisibilidad de la demanda de divorcio, ocasionan no pocas dificultades y demoras en la tramitación del juicio, en razón de que deben ser substanciadas ante otra jurisdicción: la tutelar del menor.

Cabe señalar que la facilitación emergente del procedimiento regulador del divorcio por presentación conjunta, merece que, como contrapartida, se imponga a los cónyuges que accedan a un trámite

simplificado, acelerado y menos costoso. De esa manera se evita que se instrumente el mutuo consentimiento difiriendo la solución de temas tan relevantes, lo que da lugar a una verdadera desnaturalización del procedimiento previsto por la ley a que se entablen complejas y prolongadas controversias que no pueden obtener un final correlativo al divorcio¹².

Razones de buen orden procesal exigen que el Juez del divorcio sea el que entienda en todos aquellos aspectos vinculados a las personas y bienes de los esposos en cuanto pueden sufrir alteraciones en razón del mencionado juicio. Esta situación podría subsanarse con la creación de los Juzgados de Familia.

10. EFECTOS

El último párrafo del artículo 5° establece: *“el divorcio por mutuo consentimiento se reputará en sus efectos como decretado por culpa de ambos cónyuges, pero el Juez podrá admitir la culpa de uno solo de los cónyuges si existe convención en ese sentido”*. Esto no quiere decir que se considere a ambos cónyuges culpables de la separación, si no que se asimilan sus efectos a los del divorcio contencioso decretado por culpa de ambos cónyuges.

Sin embargo el texto legal ha introducido la posibilidad de una declaración de divorcio de la cual resulte la culpabilidad de uno solo de los cónyuges o lo que es lo mismo, que uno de los esposos acepte su única responsabilidad en el fracaso matrimonial, considerándose entonces, al otro inocente. Es decir, se ha pretendido introducir el “divorcio-sanción” dentro de la forma de presentación conjunta. Consideramos poco feliz esta disposición de la ley en razón de que admitir la culpa unilateral podría significar abrir las posibilidades de una negociación en la cual no siempre la culpa aceptada sería el reflejo de la realidad. El culpable —dice Escribano— resultaría no quien merezca serlo, sino el más generoso, el más indefenso o el más apurado de los cónyuges. Esto podría

¹² Méndez Costa, María Josefa — D’Antonio, Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. T. II. Pág. 355.

significar para quien asumió la culpabilidad un estigma con probable repercusión en el derecho de tenencia de los hijos. Por otra parte, agrega el autor citado, si los hechos expuestos al Juez se mantienen en reserva no puede surgir del fallo la proclamación de un culpable y un inocente¹³.

Los efectos propios del divorcio vincular regulados por la Ley N° 45/91 son:

1. Disolución del vínculo matrimonial: constituye la característica más notoria del divorcio absoluto unido a la habilitación para contraer nuevas nupcias.
2. Disolución del pleno derecho de la comunidad conyugal.
3. Extinción de la vocación hereditaria recíproca de los divorciados.
4. Cesación del uso del apellido marital por la mujer divorciada.
5. En relación a los alimentos, el principio general consagrado en los artículos 20 de la ley de divorcio y 77 de la Ley N° 1/91 modificatoria del Código Civil es que tiene derecho a recibirlos el ex cónyuge no declarado culpable del divorcio, mientras no contraiga nuevas nupcias. Consecuentemente, estando los cónyuges que ha obtenido su divorcio por presentación conjunta, equiparados a la condición de culpables, nos inclinamos a considerar que no tienen derecho a solicitarse mutuamente alimentos.

11. CONCLUSIONES

Pese a que el procedimiento del citado artículo 5° se halla estructurado para lograr la reconciliación de los esposos, en este aspecto, el sistema actual resulta absolutamente ineficaz. La pretendida labor de conciliación se reduce a una práctica, las más de las veces, mecánica, lejos de ser un instrumento jurídico de consolidación del matrimonio. El magistrado no está en condiciones, dentro de la organización judicial vigente, de encontrar los verdaderos problemas que afectan al matrimonio y no posee los

¹³ Escribano, Carlos. "La negociación de la culpa en el divorcio consensual", LL, 151-817.

medios e instrumentos aptos para cumplir su labor conciliatoria. Razones de orden temporal, impiden a los jueces entender con la prioridad y tranquilidad necesarias estas presentaciones, por el recargo de trabajo que presentan los juzgados civiles. Tampoco cuentan con un asesoramiento adecuado con la intervención de profesionales especializados. Por otro lado, se da la circunstancia de que cuando las partes llegan a los tribunales, la decisión de la separación ya ha sido tomada, normalmente los cónyuges ya se hallan separados y los hechos superan toda posibilidad de arreglo.

Es innegable que, paralelamente a las reformas de fondo, va imponiéndose la necesidad de institucionalizar los tribunales de familia, con adecuada infraestructura interdisciplinaria-terapeutas familiares, psicólogos, asistentes sociales, etc. y ciertas instancias incluso previas a la judicial, como la de mediación, que pueden proponer a las partes, mucho más eficazmente, los modos de solución a las situaciones provocadas por la fractura de la unión matrimonial.

12. BIBLIOGRAFÍA

1. BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo, "Manual de Derecho de Familia" - Editorial Astrea. Edición 1991. Pág. 339.
2. ESCRIBANO, Carlos, "La negociación de la culpa en el divorcio consensual", LL, 151-817.
3. LAGOMARSINO - URIARTE, "Separación Personal y Divorcio" - Editorial Universidad S.R.L. Edición 1991. Pág. 404.
4. MENDEZ COSTA, María Josefa - D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Derecho de Familia". T. II. Pág. 355