

- Podetti, J. Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil*, Buenos Aires, ed. Ideas, s/f.
- Podetti, J. Ramiro, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, año II, 1er. trim. 1944, p. 113 y ss.
- Rocco, Alfredo, *La sentencia civil*, traducción del italiano.
- Scialoja, V., *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, en la *Giustizia amministrativa*, año 1901, XII, p. 61 y s..
- Sentís Melendo, Santiago, *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*. Buenos Aires, E. J. E. A., 1957.
- Toesca di Castellazzo, nota publicada en la revista *Legge*, año 1907, ps. 2382-2392.
- Urrutia Salas, Manuel, *La jurisdicción voluntaria*, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, año IX, Nos. 3 y 4, 3º y 4º trimestres 1951, p. 303 y ss.
- Vicente y Caravantes, José de, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento*, Madrid, ed. Gaspar y Roig, 1858, t. IV.
- Weismann, *Manuale di diritto processuale civile*.

El ejercicio de la acción de divorcio y la muerte de un cónyuge

(El divorcio "post mortem")

POR EL DR. SANTOS CIFUENTES *

I. *Planteamiento*: El cónyuge ofendido puede promover la acción de divorcio y obtener el estado y los efectos jurídicos de la separación legal y judicialmente reconocida. Pero también el ofensor puede promoverla, y es ésta una de las razones que demuestran la diferencia entre acción procesal y derecho sustancial (de fondo). Aquella podrá ser injusta, arbitrariamente puesta en juego, y rechazada por último en la sentencia, sin dejar de ser acción.

* Secretario de la Justicia Nacional en lo Civil, Subdirector de Práctica Forense.

La de divorcio es personalísima. Se refiere a derechos en lo fundamental inherentes a la persona. Por ello, se presenta el problema de si, aparte de los cónyuges, tienen facultad otras personas (acreedores, herederos, representantes del ministerio público) para iniciarla o proseguirla. Lo que está íntimamente relacionado con el ejercicio de la acción subrogatoria. Me he de referir en este trabajo a la situación de los sucesores, por ser la que presenta mayores dificultades.

II. *Promoción de la acción*: A primera vista la respuesta surge inmediata, es quizá obvia. Pero los herederos del ofendido que ha muerto, generalmente por apatencias patrimoniales, que suelen ser sumamente justas y otras veces muy dudosas, ante el texto del art. 3574 del Código Civil, podrán alegar motivos para cuestionar ese dictado del sentido común. Dicho artículo dispone: "Estando divorciados por sentencia de juez competente, el que hubiese dado causa al divorcio no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores." O sea que hay aquí puesta una pica en Flandes que, sabiéndola aprovechar, puede cambiar el panorama de la concurrencia hereditaria del viudo con los hijos legítimos, naturales y ascendientes, y la exclusión de los colaterales. Persiguiendo la aplicación de dicha norma, por otro lado indiscutible, y el apartamiento de la herencia del ofensor, los herederos alegarán un interés en apariencia muy legítimo, para convertirse en actores del divorcio "post mortem".

Ello no es posible. Existen razones harto convincentes que apoyan la primera impresión de repudio y que se encuentran avaladas por la moral. Las relaciones íntimas del matrimonio no deben ser apropiadas por sobrinos ávidos de herencia, o por hijos y padres que desean blandirlas contra padres o hijos. Es inmoral permitir a una persona atacar de adúltero, injuriante o artero en la sevicia, al hermano con relación a su cuñada, y más aún, al hijo contra la madre o padre que sobrevive. Sería lo mismo que aceptar (pero de peores consecuencias la prueba de un testigo contra una parte a la cual le unen cercanos lazos de consanguinidad o afinidad en línea directa, pasando por alto los móviles éticos y de orden público que han gravitado en el legislador para establecer la prohibición absoluta del artículo 186 de Nuestro Código de Procedimientos. En todas estas relaciones de familia, el amor, el perdón, la dignidad y los acercamientos íntimos son patrimonio exclusivo y excluyente de los que han vivido en matrimonio. El perdón, sobre

todo, y más en trance de muerte, suele ser llevado a infinitas proporciones.

La ley da otra solución para este tipo de situaciones. El artículo 3575 dispone: "Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente". Es decir que, habiendo muerto el ofendido sin promover acción de divorcio, pueden los herederos apartar de la sucesión al culpable, demostrando la separación de hecho sin voluntad de unirse, haciendo uso de las acciones de exclusión y petición de herencia.

III. *Continuación de la acción interrumpida por la muerte:* Se discute más acaloradamente si, muerto el que recibió la ofensa cuando se encontraba pendiente de sentencia la acción de divorcio que promoviera, pueden los herederos continuarla. La jurisprudencia se ha negado a aceptarlo, pero la doctrina de nuestro país se mantiene dividida. La polémica está motivada por falta de una disposición expresa con referencia al caso. Ello da cabida a la aplicación de otras disposiciones que se refieren a supuestos diferentes, y al sistema integral del Código a fin de llegar a una solución acorde con sus principios generales. En Francia, en cambio, por ley de 1886 se incorporó el apartado 3º al art. 244 del Código de Napoleón, ratificando la doctrina jurisprudencial y de los autores que se había definido en idéntica forma ante el vacío. Dicha disposición estableció: "La acción de divorcio se extingue también por la muerte de uno de los esposos, sobrevenida antes de que la sentencia haya quedado firme por su transcripción en los registros del estado civil." Las antiguas leyes de partida disponían que los cónyuges "non los puede ninguno otro acusar si non ellos mismos uno a otro" (ley 2, tít. 9, part. 4). En Alemania no se permite que la acción intentada en vida sea proseguida por el heredero, quien debe promover otra especial de exclusión de herencia (a pesar del art. 1933 y de la opinión de Lafaille). Tampoco lo permite el derecho suizo (art. 462), ni el brasileño (art. 1611).

Bibiloni, y tras él la comisión reformadora de 1936, sentaron el principio opuesto. El art. 379 del Proyecto dispuso: "La acción de divorcio, aun pendiente de sentencia, quedará extinguida por la muerte de uno de los esposos; pero si ella estuviese iniciada y fuera perjudicial de otra relativa al patrimonio, podrá continuar a este solo efecto por o contra los herederos del fallecido. También será lícito proseguirla al cónyuge demandado o a los

herederos, cuando la imputación en que se funde importe grave daño para el honor de aquél."

Se ha visto que la interpretación de la jurisprudencia al Código de Vélez Sársfield es contraria de permitir la prosecución de la acción. (Ver votos del Dr. Barraquero: L. L., t. 46, p. 716; 48, 494; 50, 979, y L. L., t. 66, p. 1; 74, 613; 53, 725; J. A. 1943, III, p. 474.) La italiana, en cambio, acepta la continuación. Importantes autores nacionales, como el ya citado ilustre Bibilioni, Spota, Lafaille y Colombo, opinan que el heredero puede proseguir hasta su terminación la acción intentada en vida por el causante inocente.

Comparto la firme determinación jurisprudencial. La acción de divorcio tiene por principal objetivo, jurídico-técnico al menos, la obtención de la separación legal. Es una acción en la cual los intereses patrimoniales juegan un papel marginal o apartado. Por ello el codificador dispuso la necesidad de una petición especial, distinta, con relación a los bienes, a fin de que se disponga la disolución de la sociedad conyugal (art. 1306).

Frontalmente considerado, nuestro divorcio tiende a conformar ante la ley un estado de distanciamiento corporal, posibilitando así la disculpa o aquiescencia al incumplimiento de los deberes matrimoniales tipos: cohabitación, trato, mesa común, lecho compartido, formación armónica y educación de la prole, sostenimiento del hogar, etc. Después vendrán las consecuencias económicas: alimentos, disolución de la sociedad conyugal. Y, más tarde, por otras vías, los efectos hereditarios. Se trata de un complejo de situaciones, en el que el núcleo central, del cual han de provenir consecuencias en otros aspectos, está formado por el vínculo matrimonial; esa atadura corporal, temporal y espiritual entre el hombre y la mujer, implantada con el fin de ordenar las relaciones naturales (de la naturaleza), llenan el amor de responsabilidades que lo complementan, lo hacen más profundo y expresivo, y aseguran los frutos de su expansión: el desarrollo moral y físico de los hijos. Parece un serio contrasentido, entonces, ordenar la separación de cuerpos entre un vivo y un cadáver en virtud de la culpa de este último, so pretexto de arreglar las ulteriores, lejanas derivaciones hereditarias. Me pregunto: ¿y si el muerto había perdonado?

Los arts. 256, 258, 259, 1099, 1864 y 1858 disponen para situaciones singulares, distintas a la considerada. En ella el Código calla, pero no otorga. El vínculo ya es inexistente por imperio del art. 81 de la ley 2393, mal se podrá ponerlo en tela de juicio; hacerlo revivir por asuntos económicos. La ley dice que el único

fin de la acción de divorcio es la separación personal de los casados (art. 64 de la ley citada), pero resulta que, con la muerte de uno se ha producido la separación definitiva, la que no admite reconciliación. La sentencia de divorcio significaría separar lo separado. La muerte, al anticiparse a ella, desató el vínculo, rompió el lazo, y detuvo el proceso, que se quedó sin finalidad. Procesalmente, además, todas las cuestiones derivadas del fallecimiento han de ventilarse en el juicio sucesorio.

Estoy de acuerdo, pues, con De Gásperi, Moreno Hueyo y Borda en nuestro derecho. Me adhiero a las razones de repudio de Demolombe: "Imaginaos —dice— a los hijos sucediendo en una instancia por separación de cuerpos comenzada por el marido contra la mujer por causa de adulterio. Vedlos convertidos en adversarios directos de su madre, continuando la investigación y buscando las pruebas de su deshonra. Y siendo así que la ley prohíbe incluso que se les oiga en carácter de testigos, ¿habríais de permitir que figuren en el proceso como partes?"

Lafaille se preocupa explicando el siguiente caso: "Supongamos una mujer convicta de adulterio"... "y que existe la prueba plena del cargo, la vista fiscal, hasta si se quiere la sentencia de primera instancia, que la admite. Muere el cónyuge ofendido cuando falta la confirmación de la Cámara... ¿Puede esta esposa recoger la herencia sin que nadie tenga razón validera que oponerle?" Si no se permite la continuación de la acción "la muerte produciría como corolario inesperado una amnistía completa al consorte, por culpable que fuese, y se vería la inmoralidad de que la mujer adúltera del ejemplo pudiera proclamar en juicio su falta, y recoger de todos modos, a pesar de la prueba concluyente, los bienes del difunto, a vista y paciencia de los parientes más próximos."

Creo que la alarma queda desvanecida si se analiza orgánicamente la solución de la ley. Se ha visto que el art. 3575 posibilita a los herederos comprobar que el muerto estaba separado de hecho del viudo sin voluntad de unirse. Pues bien, si el agraviado muere cuando todavía no se ha dictado sentencia definitiva de divorcio, con autoridad de cosa juzgada, podrán sus sucesores demostrar en una de las acciones conexas a la sucesión, y aun en el propio juicio sucesorio si es evidente, el distanciamiento concluyente, siendo innecesario insistir sobre un divorcio que se ha tornado imposible por falta de sujeto. Por tal vía, la adúltera de Lafaille pierde su derecho a los bienes relictos. Y la prueba, sobre todo en el caso extremo que el tratadista plantea (por extremo, diría raro), está a la mano: las

constancias del divorcio interrumpido por la muerte. El peligro queda esfumado en la forma más sencilla y rápida posible: traer a examen del juez del sucesorio los autos de divorcio.

El sistema de Vélez, por lo tanto, es el siguiente: no hay divorcio cuando ha muerto un cónyuge, pero se aplica el art. 3575 para desheredar al culpable. De lo contrario, ¿cómo se explican las dos disposiciones? Pudiendo los herederos proseguir el divorcio, bastaba con el art. 3574 para excluir al ofensor de la herencia. Si además se contempló el caso de separación de hecho (que sin el divorcio declarado por el juez, a pesar de iniciado, no es de derecho), el legislador ha querido solucionar el caso en estudio. Para dicha situación se aplica el art. 3575, que remedia cabalmente el pseudo-escándalo.

Pero también en la interpretación de este último hay controversia. Algunos fallos, y con ellos De Gásperi, Segovia, Martínez Paz, han resuelto que no es necesario probar la culpa del separado de hecho, bastando dicha separación sin voluntad de unirse. Otros, y con ellos Borda, Prayones, Fornieles y Díaz de Guijarro, afirman que es necesario demostrar que el muerto fue inocente de la separación. Para la primera postura se pueden citar viejos antecedentes judiciales (J. A., t. 20, p. 205; 1946, I, p. 586), y últimamente, siguiendo a Barraquero, el voto del Dr. Villar en J. A., 1961, VI, p. 600. La segunda, se ha visto consagrada en los publicados en Doc. Judicial del 8-10-1962, N° 1775, p. 939, en donde se llegó a decir que se trata de algo parecido a un divorcio "post mortem" (sic), y en El Derecho, del 5-11-963, N° 3.145.

No quiero entrar al análisis de esa cuestión, porque me apartaría del objetivo limitado que me he propuesto aquí. Claro que la primera solución más literalmente ajustada a la disposición legal concuerda con los motivos que me apartan de la tesis que acepta el divorcio "post mortem".

De todas maneras, en una u otra solución, al morir el ofendido queda excluido el ofensor de la sucesión, y de requerirse el examen de la culpa, situación poco congruente con la planteada en un matrimonio disuelto por muerte, ya no se trata de aportar medidas de prueba para un juicio de divorcio (que no es más que apartar un matrimonio), sino para hacer efectiva la exclusión de la herencia del responsable (1).

1. Mateo Goldstein, *Divorcio*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. 10, p. 25, especialmente 124; Dalloz: Código civil, art. 244, Nos. 95, 99 y 105; Bufnoir, Cazella, Challamel, Drioux, etc., Código civil Alle-