



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

“EL CONVENIO REGULADOR Y EL DIVORCIO. FUNDAMENTOS LEGISLATIVOS”

Trabajo Final de Grado

LUZ MARÍA SILES RUIZ

2016

RESUMEN

Atento a los cambios en materia de Derecho de Familia que trajo la reforma al Código Civil, específicamente en lo que respecta al divorcio incausado, surge la duda acerca de la incompatibilidad de los fundamentos que brindó el legislador al regular el divorcio incausado con la imposición de la obligación de los cónyuges en la presentación del convenio regulador.

Si se tuvo en miras lograr que los divorcios fuesen lo menos conflictivos posible, que éstos no destruyeran lo poco que quedaba del matrimonio, obligar a los cónyuges a pactar sobre todos los efectos derivados de dicho vínculo jurídico no resulta compatible con los fundamentos del divorcio incausado.

Por otra parte, dependiendo de las coyunturas presentes en la situación matrimonial, podría convertirse la obligación de pactar en un factor de mayores disputas entre los miembros del matrimonio, algo que, luego del análisis de los fundamentos del divorcio incausado, es lo que se pretende soslayar.

Por lo expuesto, se considera que la investigación aportará una visión novedosa tanto teórica como práctica, ya que residirá su utilidad en un futuro inmediato cuando comiencen a regir las nuevas disposiciones civiles en materia de familia.

Palabras claves: Divorcio incausado – Convenio regulador – Fundamentos legislativos – Naturaleza jurídica del convenio.

ABSTRACT

Watch for changes in the area of family law that brought the reform of the Civil Code, specifically in regard to the groundless divorce, the question of the legal nature of the regulatory obligation to submit convention whose head weighs spouses arises. In turn, emerging doubt about the incompatibility of the foundations that gave the legislator to regulate the groundless divorce by imposing the obligation of spouses in presenting the regulatory agreement.

If you had in order to make the least contentious divorces were possible, they do not destroy what remained of marriage, forcing spouses to agree on all the effect of this legal relationship it is incompatible with the fundamentals of groundless divorce .

Moreover, depending on the joints present in the matrimonial situation could become obliged to agree on a factor of major disputes between members of the marriage, which, after analyzing the fundamentals of groundless divorce, the aim ignore.

For these reasons, it is considered that the research will provide a new vision both theoretical and practical, as its usefulness will reside in the immediate future as they begin to govern the new civil provisions on family.

Keywords: Divorce groundless - Settlement Agreement - Legislative Foundations - The legal nature of the agreement.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: “EL DIVORCIO EN ARGENTINA”	5
1. DIVORCIO. ASPECTOS GENERALES.....	5
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DIVORCIO.....	7
3. HITOS NORMATIVOS Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN ARGENTINA.....	8
4. FUNDAMENTOS LEGISLATIVOS PARA LA REFORMA DEL PROCESO DE DIVORCIO.....	14
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO.....	16
CAPÍTULO II: “EL DIVORCIO EN EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”	19
1. REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO.....	19
2. REFORMAS AL INSTITUTO.....	21
2.1. Proceso.....	23
2.1.1. Legitimación.....	25
2.1.2. Requisitos.....	25
2.1.3. Procedimiento.....	26
3. EFECTOS.....	28
3.1. Convenio regulador.....	28
3.2. Compensación económica.....	30
3.3. Alimentos.....	32
3.4. Atribución de la vivienda.....	33
3.5. Apellido de los cónyuges.....	33
3.6. Daños y perjuicios.....	34

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO.....	34
CAPÍTULO III: “EI CONVENIO REGULADOR”.....	37
1. CONCEPTO.....	37
2. FUNCIÓN.....	39
3. PRINCIPIOS EN LOS QUE SE SUSTENTA.....	41
4. NATURALEZA JURÍDICA.....	45
5. DESACUERDO.....	46
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO.....	48
CAPÍTULO IV: “PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, DERECHOS HUMANOS Y LA LIMITACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO. VINCULACIÓN CON LA REFORMA”.....	51
1. BASES CONSTITUCIONALES RELACIONADOS AL DIVORCIO INCAUSADO Y SUS EFECTOS.....	52
2. EL ORDEN PÚBLICO.....	54
2.1. El orden público familiar.....	55
2.2. Cambios en el orden público familiar argentino.....	57
3. EL ORDEN PÚBLICO Y SU RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	58
4. EL ORDEN PÚBLICO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	59
5. LAS FAMILIAS Y LA INTERPRETACIÓN QUE HACE SOBRE ELLAS LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	61
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO.....	64
CONCLUSIÓN.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	71

INTRODUCCIÓN

La esperada reforma al Código Civil, monumento jurídico vigente desde hace más de 140 años en la Argentina cuando fue redactado por Vélez Sarsfield, finalmente sucedió.

El marco de referencia a las transformaciones realizadas al Código Civil, sobre todo en el aspecto atinente a la familia - su constitución y disolución - básicamente se centró en la evolución de estas en los últimos años. Estos cambios particularmente se han realizado considerando las nuevas formas de constitución de las mismas como así también reformulando la manera de ponerle punto final frente a las crisis que conllevan indiscutiblemente a la ruptura del vínculo matrimonial. Es esencial destacar que el germen de estas modificaciones fue el interés del legislador en apuntar principalmente a las consecuencias que se generan tras la finalización del matrimonio en lugar de las causas que dieron origen al mismo.

En lo que respecta al divorcio, hasta la reforma al Código Civil la legislación argentina no daba respuestas beneficiosas a los conflictos matrimoniales que terminaban en un proceso de divorcio vincular, ni contemplaba los derechos de los cónyuges como seres humanos libres e independientes. El divorcio era pues un instituto jurídico que disolvía el vínculo matrimonial pero que en primera instancia intentaba, por medio de la imposición legal del establecimiento de audiencias conciliatorias obligatorias para los cónyuges (1er.audiencia), tratar de que los miembros de la pareja reconsideraran sus posiciones y aunaran voluntades a los efectos del mantenimiento de la familia. Sin embargo, ya no será así y la voluntad de cada uno de los individuos que componen al matrimonio es valorada y receptada a instancias de la familia en sí.

La causa fundamental entonces, se puede sintetizar, era la tensión entre las exigencias establecidas en respeto del orden público y la tensión existente entre dicho orden público y la autonomía de la voluntad de los miembros de la pareja.

Así hoy, mediando el año 2015, se puede hablar finalmente de una adecuación legislativa civil, especialmente en materia de Derecho de Familia y al divorcio en

particular, a la realidad por medio del acogimiento de principios constitucionales y sobre derechos humanos, con el simple y llano objetivo de brindar una solución pacífica a los conflictos matrimoniales que llevaron a la disolución del vínculo. Esto puede contemplarse a través de las normas proyectadas en la reforma al Código Civil en las cuales se han receptado los cambios sociales y culturales producidos en el país desde la sanción de la Ley N°23.515 , la cual introdujo el divorcio vincular en Argentina.

Ahora bien, hay un punto más que interesante que parece poner en jaque todo lo que se ha dicho hasta el momento y es el hecho de la obligación legal (art.48 CCivCom) de presentar un convenio regulador de efectos adjunto a la petición de la demanda de divorcio. Este convenio debe contener, entre otros, todas las disposiciones relativas a la atribución de la vivienda conyugal, la distribución de los bienes que pertenecieron al matrimonio, posibles compensaciones económicas entre los miembros de la pareja, cuestiones atinentes al ejercicio de la responsabilidad parental (en este último punto, esencialmente respecto a los alimentos debidos a los hijos del matrimonio).

Partiendo del hecho de que resulta una exigencia legal para dar curso a la petición del divorcio, considerando al mismo tiempo que las mencionadas *supra* pueden ser causales de agravamiento del conflicto preexistente entre los miembros del matrimonio no resulta del todo lógico y coherente con lo que el legislador argumentó en los fundamentos al Proyecto de reforma, menos aun con los principios receptados para darle el contexto jurídico necesario.

Tal motivo lleva a indagar si es compatible el convenio regulador con los fundamentos brindados por el legislador para sustentar al divorcio incausado; cuestionamiento que ha de poder responderse luego del desarrollo de la investigación que se formula. Para poder brindar una solución al dilema presentado se ha considerado oportuno formular el siguiente objetivo general: Definir si el convenio regulador reglamentado en el art.438 del nuevo Código Civil es compatible - o no – con los fundamentos del divorcio incausado.

Como complemento del objetivo manifestado, a los fines de vislumbrar todas las coyunturas que afectan a la temática propugnada, es menester precisar los siguientes

objetivos específicos: 1. Conceptualizar al divorcio incausado; 2. Definir los requisitos para obtener el divorcio incausado; 3. Exponer la nueva disposición respecto al proceso del divorcio; 4. Delimitar los efectos derivados del divorcio; 5. Interpretar el concepto de convenio regulador y explicar su finalidad; 6. Revelar la naturaleza jurídica del convenio regulador de los efectos derivados del matrimonio; 7. Poner de relieve diversos lineamientos internacionales sobre derechos humanos relacionados a los argumentos receptados por los legisladores argentinos para sustentar la constitucionalización del derecho y el nuevo proceso divorcista; 8. Proponer disímiles posturas doctrinarias que contemplen el beneficio o la desventaja jurídica del divorcio incausado.

Para darle al trabajo de investigación un marco teórico argumentado y concatenado de manera clara y concreta, se dividirá la obra en cuatro capítulos: el capítulo I se abocará a desglosar los antecedentes del divorcio, haciendo asimismo mención a la evolución normativa del mismo y presentar el antecedente jurisprudencial; el capítulo II se centrará en inquirir en las reformas al Código Civil y Comercial en materia de divorcio plasmando todas y cada una de las modificaciones sufridas; el tercer capítulo que analizará al convenio regulador de efectos y, finalmente, el IV y último capítulo que integra al trabajo de investigación escudriñará la temática referida a la vinculación entre principios constitucionales, instrumentos de derechos humanos y los límites que impone el orden público en materia familiar.

Sin lugar a dudas la investigación finalizará tras la exposición de las conclusiones pertinentes que permitirán arribar a la respuesta que motiva al desarrollo de la investigación presentada.

Vale destacar que el trabajo que se propone realizar hará uso de un tipo de estudio descriptivo para alcanzar su meta; asimismo se aplicará una metodología cualitativa de investigación la cual se expondrá con las fuentes (primarias, secundarias y terciarias) utilizadas para el desarrollo de la obra.

CAPÍTULO I

“EL DIVORCIO EN ARGENTINA”

El divorcio es el instituto que permite que dos personas unidas por el acto jurídico matrimonial disuelvan el vínculo que los une y extingan así ciertos efectos que el matrimonio implica para los cónyuges. Estos motivos hacen que la figura jurídica referida goce de importancia para la sociedad y especialmente para las familias.

Considerando lo expuesto, vale destacar que la función de este primer capítulo es introductoria a la problemática que pretende dilucidarse a través, ni más ni menos, que del análisis del instituto del divorcio en Argentina.

1. DIVORCIO. ASPECTOS GENERALES

A la luz de la doctrina y legislación internacional en materia de derechos humanos y recogiendo las disposiciones constitucionales, los redactores del Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación receptaron la noción de que el divorcio vincular merece ser considerado como una institución clásica y tradicional dentro del derecho de familia, el cual dentro de tantos otros derechos pone de relieve el respeto por el derecho a la libertad, a la autonomía, a la intimidad, a formar nuevas familias y al desarrollo de la personalidad de las personas (Herrera, 2012).

El instituto del divorcio presenta relevancia habida cuenta implica que el vínculo matrimonial existente se extingue, se diluye, finaliza con él, causando efectos jurídicos totalmente distintos a los que se originaban en el seno del matrimonio. Como tal merece consideraciones jurídicas trascendentes, que han sabido ser receptadas por los legisladores, la doctrina y la jurisprudencia local.

Ahora bien, centrándonos en el régimen del divorcio sin causa o incausado establecido en el Código Civil y Comercial argentino (en adelante CCivCom), el mismo se encuentra regulado en los arts. 436 a 445. Radicalmente puede circunscribirse dicha

legislación a los siguientes supuestos para su procedencia al derogarse el régimen divorcista anterior ya que se deroga y extingue toda mención a la causa que precede la petición y a la declaración del divorcio, no puede imputarse la culpa entre los cónyuges, el requisito para habilitar la petición —arts. 437 y 438— nada tiene que ver con la inocencia o culpabilidad de uno u ambos miembros del matrimonio ni con el cumplimiento o no de los deberes matrimoniales (jurídicos o morales). Sólo se necesita la voluntad de querer divorciarse y que ésta se plasme ya sea en forma conjunta por ambos cónyuges o bien por un solo integrante (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, 2015)

Tratando de captar la riqueza de las relaciones jurídicas que se dan en el marco de las familias, el CCivCom pretende que, a la hora de ser interpretado y aplicado, la visión integral que han tenido sus redactores se logre con ayuda de los arts. 1, 2 y 3 del mentado cuerpo normativo por ser estas normas los pilares donde se asienta el nuevo ordenamiento. En efecto, la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de los que la Argentina es parte son las herramientas indispensables para resolver las lagunas legales que puedan surgir y para que el Código no caiga estrepitosa y rápidamente en obsolescencia. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, 2015)

Con respecto a las reformas propuestas, quedando claro que parten radicalmente del orden público nacional e internacional y del contexto de los derechos humanos, las mismas se pueden sintetizar: voluntad de divorciarse de los cónyuges (unilateral o bilateral); inexistencia de causales objetivas y subjetivas (precisamente en esta modificación se asienta la denominación divorcio incausado o divorcio sin causa); eliminación de los plazos para la petición; requerimiento de presentación de convenio regulador que estipule lo atinente a los efectos del divorcio en materia de responsabilidad parental y división de bienes, principalmente.

Salvo la requisitoria legalmente estipulada de presentación del convenio regulador (que se analizará oportunamente) las demás modificaciones al procedimiento de divorcio parecen adecuarse a los tiempos actuales y, en esencia, ajustarse al respeto de derechos humanos fundamentales que hasta el momento no se consideraban en este aspecto.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DIVORCIO

Destaca Belluscio (2010) que en tiempos primitivos, al ser la mujer considerada como una cosa, era factible que ella fuera abandonada por su dueño, es decir, por su marido. De ahí se parte el hecho de que en los pueblos antiguos el repudio se presentase como una forma ordinaria de extinción de la unión entre el hombre y la mujer. La sola voluntad del hombre bastaba para concluir el vínculo y dicha unión de daba por terminada con el abandono o la expulsión de la mujer del hogar.

En la Roma antigua, el matrimonio era considerado como un vínculo perpetuo, que no podía ni debía extinguirse, por lo tanto, el divorcio era impensado. Destaca Mizrahi (2006) que

A partir del momento en que entran en juego los afectos como base a la unión, el divorcio se abre paso con mayor facilidad. Este proceso se verificó en la misma Roma; primero de manera incipiente entre los plebeyos, después en todo el mundo romano, con la vigencia de la *affectio maritalis* y la cohabitación—como requisitos únicos indispensables para la existencia del matrimonio—, que se constituyeron así en elementos esenciales para su permanencia en el tiempo (p.256)

Azpiri (2005) por su parte asegura que en el derecho romano de los primeros tiempos, la pérdida de la *affectio maritalis* (voluntad de continuar con el vínculo matrimonial) determinaba su fin. Destaca el autor que la diferencia con otros pueblos antiguos se centraba en que la voluntad de la mujer se encontraba equiparada con la del marido³ cuando se trataba de continuar o concluir con el matrimonio.

Con la llegada del cristianismo, y la irrupción del derecho canónico, se retorna a la idea primigenia de que el matrimonio debía ser una institución indisoluble por tratarse de un sacramento instituido por Dios. En este sentido, se refuerza la postura de que todo lo que Dios une, nadie ni nada puede separarlo. No obstante, a partir del siglo X, y aunque el divorcio estaba proscripto, se introdujo por primera vez la nulidad matrimonial por causa de razones particulares, siendo los tribunales eclesiásticos los únicos responsables de declararla (Herrera, 2015).

Años más tarde, la Reforma de Lutero admitió el divorcio aunque solamente ante casos cuya gravedad era evidente e impedía la continuidad normal del matrimonio. De esta manera, la reforma luterana derrumbó la idea de la indisolubilidad del matrimonio, abriendo camino al divorcio en los países protestantes los cuales defendían las teorías sobre la naturaleza jurídica contractual del matrimonio (Herrera, 2015).

Así, el divorcio fue emergiendo como institución en la legislación de determinados países. Pueden señalarse a título ejemplificativo el Parlamento de Prusia, el cual lo admitió en el año 1794, y poco tiempo después, en 1796, el Código de Napoleón lo receptó convirtiéndose de esta manera en el principal antecedente legislativo de los sistemas jurídicos modernos. Con respecto al Código de Napoleón, éste adoptó una posición intermedia entre el sistema de indisolubilidad absoluta que proponía el antiguo régimen y el divorcio liberal que instituyó la Revolución Francesa (Félix Ballesta, 1988).

En definitiva, para la regulación actual del divorcio, fue indispensable el haber puesto el acento en el carácter institucional del matrimonio, es decir, en su naturaleza contractual, y no al estilo de lo que proponía el derecho canónico. “Atribuir poder a la voluntad del cónyuge sobre el vínculo nacido de la unión” (Mizrahi, 2006, pág.256) es la visión actual que prima cuando se trata de la extinción del vínculo matrimonial por medio del divorcio, en el que la voluntad, la libertad y la autonomía personal son factores determinantes que han encontrado en el divorcio incausado introducido en el CCivCom su máxima expresión (Herrera, 2015)

De aquella época a la actualidad la realidad social ha cambiado notablemente, por tal motivo fue indispensable reformar la normativa reglamentaria del divorcio, tal como el CCivCom lo ha hecho. Tarea loable si las hubo legislativamente.

3. HITOS NORMATIVOS Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN ARGENTINA

El Código Civil, tal su redacción original, no preveía el divorcio ya que sólo regulaba el matrimonio religioso, es decir, todo lo relativo a su disolución

quedaba bajo la órbita del derecho canónico (Belluscio, 1993). Vale destacar que el único matrimonio que reconocía el ordenamiento jurídico argentino en sus orígenes era el religioso, y que el matrimonio civil fue introducido en el derecho local recién en 1888 con la sanción de la ley 2393 (Herrera, 2015). Como correlato, la ley 2393 fue la encargada de ocuparse de regular el divorcio que era no vincular por entonces. Este divorcio no vincular es el que receptó el derecho argentino, manteniéndose como instituto único hasta 1987, cuando se incorpora finalmente el divorcio vincular, conservándose el régimen de separación personal por presión de la Iglesia Católica (Herrera, 2015).

Como lo señala Susana Torrado (1993):

El proceso de secularización de la década de 1880 quedó inconcluso, manteniéndose —ahora con carácter enteramente civil— dos de los rasgos fundamentales de la legislación canónica: la indisolubilidad del vínculo matrimonial y la subordinación de la mujer al hombre en el ámbito doméstico. Por otra parte, se conservaron también las restricciones legales a la actividad femenina fuera del hogar, al tiempo que se negaban a la mujer los derechos políticos (pág.135).

Entre la sanción de la ley 2393 y la ley 23.515, hubo dos acontecimientos normativos¹ y uno jurisprudencial de suma relevancia para comprender los cambios o el desarrollo histórico que observa la institución del divorcio en el Derecho argentino.

Revela Marisa Herrera (2015) que el primer acontecimiento ocurrió en 1954 cuando el Poder Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley que modificaba varias cuestiones en materia de personas menores de edad y de familia. En este marco, la ley 14.394 incorporó a su art. 31 una segunda parte que expresaba:

También, transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad ambos cónyuges no hubieran manifestado por escrito al juzgado que se han reconciliado. El juez hará la declaración sin más trámite ajustándose a las constancias de los autos. Esta declaración autoriza a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias. Cuando el divorcio se hubiera declarado con anterioridad a esta ley, el derecho a que se

¹ Cabe destacar que desde los primeros años de entrados al siglo XX se presentaron proyectos de ley tendientes a aceptar el divorcio vincular en la Argentina. Como lo destaca Zannoni: "El debate del primer proyecto —que contaba con despacho favorable de la comisión de legislación de la Cámara de Diputados— fue agitado y finalmente el proyecto fue rechazado por cincuenta votos a cuarenta y ocho en la sesión del 4 de septiembre de 1902"(Zannoni, E. A. (1998), *Derecho de Familia*, (t. 2, 3^a ed. actualizada y ampliada) Buenos Aires: Astrea, Buenos Aires, p. 56

refiere el apartado precedente podrá hacerse valer a partir de los noventa días de la vigencia de la misma y siempre que hubiese transcurrido un año desde la sentencia.

De esta manera, se introduce en el derecho positivo nacional el divorcio vincular por conversión de la sentencia de divorcio no vincular a vincular luego de transcurrido 1 año de la primera sentencia y siempre que no hubiera habido reconciliación de los cónyuges.

Esta previsión fue dejada sin efecto por el decreto ley 4070/1956 que dispuso en su art. 1°:

Declárese en suspenso, hasta tanto se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio, la disposición del art. 31 de la ley 14.394 en cuanto habilita para contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas a que el texto se refiere". Y el articulado siguiente expresaba: "A partir de la fecha de la presente ley se paralizarán en el estado en que se encontraren, los trámites judiciales destinados a actuar la disposición aludida en el artículo anterior, y no se dará curso a nuevas peticiones para acogerse a ella.

Esta suspensión de la norma generó un debate acerca de qué sucedía con los matrimonios disueltos por aplicación del mencionado art. 31 de la ley 14.394. Fue así que a jurisprudencia resolvió la problemática, sosteniendo que la sentencia que había disuelto el vínculo por conversión del divorcio no vincular a vincular devolviendo la aptitud nupcial era un derecho adquirido por los cónyuges y no podía ser afectado el mismo por la suspensión del trámite dispuesto por el decreto ley 4070/1956. Por lo tanto, a partir de esta pronunciación judicial se admitió la inscripción de la disolución y los efectos de la extinción del vínculo matrimonial (Herrera, 1015). En síntesis, fueron válidos los divorcios vinculares decretados a pesar de que la suspensión del artículo conflictivo continuó vigente hasta la sanción de la ley 23.515 en el año 1987.

El segundo punto de inflexión fue la ley 17.711 de 1968, que si bien mantuvo la regulación del divorcio, su característica particular se asentó en que amplió las causales para petitionarlo. Es dable recordar que hasta ese momento solamente se podía requerir judicialmente el divorcio fundándose en la transgresión de uno o varios de los derechos-deberes derivados del matrimonio², es decir, por culpa de uno o ambos cónyuges. Por el

² Divorcio sanción

contrario, la ley 17.711 vino a permitir la separación personal peticionada de manera conjunta por los cónyuges, con el requisito de que se hubiese cumplido un plazo mínimo de matrimonio y que dicha petición se fundara en la existencia de "causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común" (art. 67 bis, ley 2393). De esta manera, el divorcio empieza a reconocer la ruptura matrimonial basada en el consenso de los esposos. A su vez, se admitió por primera vez el valor de la autonomía de la voluntad en la ruptura del vínculo matrimonial (Herrera, 2015).

Por otra parte, el hito jurisprudencial en torno a la temática que ocupa esta instancia, fue la causa "Sejean" de la Corte Suprema, del 27/11/1986³, resolución judicial que fue clave para la sanción de la ley 23.515 que introdujo finalmente el divorcio vincular como instituto jurídico autónomo y que permite a los cónyuges adquirir nuevamente su aptitud nupcial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de la norma y entre los principales argumentos esgrimidos se alegó que:

1)"No parece entonces irrazonable la pretensión del recurrente de que, admitido el fracaso matrimonial por la justicia, la satisfacción de aquellas necesidades mentadas, que la Constitución Nacional reconoce y ampara, no se le nieguen ahora como no sea al margen de las instituciones jurídicas del matrimonio y de la familia. Caso contrario los vínculos afectivos que en el futuro deseen anudar en tal sentido deberán soportar la marca de aquello que la ley no reconoce, la que afectaría también a su descendencia procreada en tales condiciones";

2) "(...) es también atendible desde el punto de vista constitucional el argumento referente a que, en caso de mantenerse la indisolubilidad del vínculo matrimonial, el derecho de casarse se agotaría normalmente con un solo ejercicio. La posibilidad de segundas nupcias sólo existe en la legislación actual en caso de viudez, lo que resulta inadmisiblesi se atiende a las conclusiones a que se ha arribado, que permiten sostener que la indisolubilidad del vínculo matrimonial en vida de los esposos afecta derechos esenciales del ser humano";

³ CSJN., 27/11/1986, "Sejean, Juan B. v. Zaks de Sejean". Fallos 308:2268.

La indisolubilidad del vínculo regulado por el art. 64 de la ley 2393 fue puesta en dudas por un matrimonio que pretendía no divorciarse y readquirir la aptitud nupcial. Con ese fin se planteó la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, solicitud que fue rechazada en dos instancias judiciales, hasta llegar el caso al Alto Tribunal

3) "(...) sólo a través de una relación conyugal armoniosa pueden articularse las restantes relaciones de familia por ser como es la unión de los cónyuges el origen y la base de aquélla. Y si se tiene en cuenta que como se señaló, la familia goza de protección constitucional (art. 14 nuevo, de la Constitución Nacional), cabe concluir que así se conjugan armoniosamente hechos propios de la esfera de la intimidad de las personas (protegidos por el art. 19 de la Constitución Nacional) con otros que la trascienden y acaban por interesar a la sociedad toda (obvio objeto de protección del orden normativo). Grave agravio es para la buena organización de la sociedad obligarla a contener en su seno células de resentimiento y fracaso, sentimientos negativos que a más de malograr a los individuos que conforman el núcleo conyugal, se extienden como consecuencia inevitable a sus hijos. Se conjugarían así una desdicha individual con otra de innegable alcance social";

4) "El privilegio que, como religión de la mayoría de los habitantes del país, recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 no importa, como observara Avellaneda en la declaración antes citada, que aquélla sea establecida como religión del Estado. Y aún siendo innegable la preeminencia consagrada en la Constitución Nacional en favor del culto católico apostólico romano, al establecer la libertad de todos los cultos no puede sostenerse con su texto, que la Iglesia Católica constituye un poder político en nuestra organización, con potestad de dictar leyes de carácter civil como son las que estatuyen el régimen del matrimonio", según lo expresado por la Corte Suprema en el ya mentado precedente de Fallos 53:188: "(...) El sentido pleno y manifiesto del art. 20 de la Constitución desde su origen, ha consistido por lo tanto, en que nadie puede ser compelido directa o indirectamente a aceptar el régimen de condiciones y formas matrimoniales de confesión religiosa alguna";

5) "esta Corte ha afirmado que la misión más delicada de la justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes, y ha reconocido el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido de poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional con el objeto de lograr la coordinación entre el interés privado y el interés público (...) Pero esa afirmación no puede interpretarse como que tales facultades puedan ejercerse desconociendo derechos constitucionales, pues en nuestro ordenamiento jurídico la voluntad del constituyente prima sobre la del legislador (...) por lo que atentas las facultades de control de constitucionalidad de las leyes confiado por la Constitución Nacional al Poder Judicial, corresponde que éste intervenga cuando tales derechos se desconozcan"

6) apelándose a los tratados internacionales de derechos humanos, en especial, la Convención Americana de Derechos Humanos se asevera: "consolidada la igualdad de los hijos con independencia de los resultados de la relación matrimonial" y en ese contexto, se afirma que "los hijos de parejas desavenidas gozan, como habitantes de la Nación Argentina, de todas las garantías y derechos incluidos en la Constitución. Nada parece indicar que las condiciones para el ejercicio

de esos derechos se mejoren, si se ven compelidos a una convivencia permanente en el seno de una familia que arrastra las consecuencias de una desaparición irreparable, en los padres, de la vocación de estar unidos. Sin contribuir, por lo demás, a crear las posibilidades de la reconstitución por cada uno de ellos de un nuevo contexto afectivo, en el cual las condiciones de su felicidad personal, y por ende la de sus hijos, sean más viables"; y de manera general, que "la Convención sobre Derechos Humanos de Costa Rica exige de nuestra legislación eliminar todo tipo de discriminación. Pero no sólo aquéllas que provengan de razones fundadas en diferencias de raza, de sexo o de religión, sino también las provenientes de 'cualquier otra condición social', esto es, todo tratamiento desigual por ser por ejemplo, un divorciado o un separado de hecho.

Cabe traer a colación también la sanción de la ley 26.618 en el año 2010, que extendió la posibilidad de contraer matrimonio a todas las personas con total prescindencia del requisito de divergencia de sexo (conocida vulgarmente como ley de "matrimonio igualitario"), cuyo fundamento de neto corte constitucional fue la recepción del principio de igualdad de todas las personas para el acceso a contraer matrimonio (Herrera, 2015). De esto se concluye que si matrimonio y divorcio son la cara de la misma moneda, ampliarse el espectro de individuos que pueden llevar adelante su proyecto de unirse en matrimonio, también se extiende, al mismo tiempo, la chance de terminar con el mismo.

La historia del divorcio en Argentina ha transitado por un camino complejo sobre todo por las diversas crisis jurídicas que se han presentado por varias de las normas que el tiempo y la jurisprudencia se encargaron de decretar como inconstitucionales⁴.

El panorama jurisprudencial contradictorio, plasmado a mediados del 2000 y que se profundizó mientras duró el debate por la sanción de un nuevo Código Civil (y Comercial) en el año 2014, mostraba una perspectiva diferente en materia de divorcio, la cual se encontraba en disidencia entre el fuerte apego a la ley (por tratarse de normas de orden público) y la imperiosa necesidad de una mayor apertura a la autonomía de la voluntad (Herrera, 2015); es decir, más ajustada a los principios que emanan de la CN y de los lineamientos que se encuentran establecidos en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los cuales Argentina ha incorporado por medio del art.75 inc.22 de la Carta Magna.

⁴ Trib. Col. Familia Mar del Plata, 03/09/2008, "M., M. G.", LL70055102.

Al respecto, Mizrahi (2006), ha esgrimido una gran cantidad de argumentos a favor del divorcio sin causas preestablecidas por ley, a saber:

La protección de los derechos e intereses de terceros ya que las valoraciones contemporáneas han elevado a primer plano el principio de autonomía personal que consagra (incluido el ámbito matrimonial) una amplia libertad del individuo para el desarrollo de su vida privada, pues estima que el derecho no puede estar dirigido a imponer modelos de virtud personal. Es la aplicación, para decirlo sucintamente, de la regla de neutralidad estatal respecto de los planes de vida por los que opta el sujeto, y el fundamento de esta directiva reside en que la elección de la persona es intrínsecamente valiosa (pág.288).

Como conclusión basta afirmar que la noción de libertad guiada por la doctrina y la jurisprudencia local e internacional de derechos humanos, por un camino u otro, pusieron de relevancia al art. 19 de la CN, presente en el respeto y valoración del principio de autonomía de la voluntad individual, al reglamentar el divorcio incausado.

4. FUNDAMENTOS LEGISLATIVOS PARA LA REFORMA DEL PROCESO DE DIVORCIO

Los fundamentos que los redactores del CCivCom brindaron a los fines de argumentar las modificaciones al mentado cuerpo normativo han sido, obra y gracia, de la recepción de los principales lineamientos internacionales en materia de derechos humanos (esto se verá en profundidad más avanzada la obra).

Así pues se fueron plasmando cuestiones que relacionan al instituto del divorcio, su procedimiento actual y los efectos que de éste se derivan, con aquellas coyunturas que tienen injerencia directa con los derechos y garantías salvaguardados por diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos como también por la Constitución Nacional (bloque federal constitucional: art,75 inc.22 CN).

El divorcio, como en la actualidad local, es válido y provechoso se encuentre fundado en la libertad personal –derivada del principio de autonomía de la voluntad- por lo que es dable reconocerle mayor trascendencia a la voluntad de los integrantes del matrimonio cuando ya no desean continuar vinculados. Así, el ejercicio del derecho a no

continuar unidos en matrimonio no puede depender de la manifestación las causas que llevaron a la ruptura matrimonial.

El matrimonio se celebra y se mantiene en el tiempo por la simple voluntad concurrente de los cónyuges y, por ende, cuando la voluntad de uno o de ambos no está presente, el matrimonio no tiene ya razón de ser y continuarlo resultaría contrario al objetivo del proyecto común de vida, por lo que el divorcio es el instituto jurídico que viene en el auxilio del matrimonio.

El respeto por la libertad y autonomía de la voluntad y de lo que supo ser un proyecto de vida en común, impone la indispensable obligación de no forzar a nadie en la continuación de un matrimonio que ya no desea. De esta manera, consecuentemente, se protege también al grupo familiar de todo tipo de acciones que puedan agravar los conflictos preexistentes, violando al mismo tiempo los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes.

Por otra parte, resulta esencial también destacar el hecho de la eliminación de los plazos de espera para petitionar el divorcio, fundado simplemente en la necesidad de soslayar la intromisión estatal en la esfera de privacidad e intimidad del matrimonio.

De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges, se ha consignado la necesidad de incorporar al proceso un requisito ineludible para darle curso y consiste en un convenio regulador de efectos derivados del divorcio, el que puede ser pautado y consensuado por las partes o, surgido de una propuesta de la parte que petitiona cuando el divorcio es unilateral. Dicho convenio, para ir adelantando a lo que se verá *a posteriori*, debe referirse a cuestiones tales como el ejercicio de la responsabilidad parental, atribución de la vivienda, distribución de bienes, compensaciones económicas que pudieran surgir, etc.⁵

Para ir culminando vale subrayar el hecho de que el CCivCom recepitó el régimen de divorcio incausado con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en el

⁵ Fuente: Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 14/05/2015 de http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf

principio de responsabilidad, algo que indudablemente se ha nutrido de la protección normativa internacional en materia de derechos humanos y que, a criterio de esta tesitura, resulta una tarea legislativa destacable.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

Un país que ha ido evolucionando y cambiando su mirada con respecto a muchísimas coyunturas que involucran a las personas no puede permitir continuar reglamentando usos, costumbres y sociedades que han sido objeto de la evolución; sin soslayar las nuevas relaciones jurídicas que han surgido con el derrotero de los tiempos. Así, una nueva normativa integral y sistematizada, desarrollada con base en las mandas constitucionales y legislaciones internacionales en el contexto de los derechos humanos, ha sido finalmente sancionada para comenzar a regir en la Argentina luego de más de 140 años de vigencia del Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, como el resultado de un largo proceso de debate en los distintos ámbitos académicos.

Los cambios en materia de Derecho de familia son palmariamente beneficiosos para los miembros de la misma, ¿o acaso no resulta provechoso pensar en un divorcio donde no existan culpables o inocentes sino una voluntad fehaciente de extinguir un vínculo que ha llegado a su final?

En materia matrimonial, tal como se afirmara previamente, se introducen sustanciales cambios, en especial, en lo relativo a su extinción. Las razones o los fundamentos expuestos para dichos cambios se asientan en el daño que los procesos contenciosos causan tanto a los hijos del matrimonio como a los propios cónyuges. Asimismo no hay que olvidar la órbita de protección y preservación de los derechos de los individuos que se da a partir de la constitucionalización del Derecho de familia.

En un contexto donde se planteó como base del divorcio el respeto y tutela del derecho a la privacidad, a la intimidad y a la autonomía de la voluntad de los individuos, fácilmente se advierte la influencia de las disposiciones constitucionales y de los lineamientos internacionales sobre derechos humanos y que la finalidad del mismo, se

insiste, tiene su eje en convertirse en un proceso divorcista con tinte atenuado en el sufrimiento de la pareja y sus hijos, evitando todo tipo de controversias que generen mayor dolor al que significa la propia extinción del vínculo.

El proceso de divorcio se transforma entonces en una labor de decisiones consensuadas sobre los efectos derivados del divorcio entre los propios cónyuges (con ciertas excepciones donde habrá de intervenir el magistrado), y no en un mero proceso de desvinculación matrimonial por medio de la injerencia estatal a través de la figura del juez en la vida privada del matrimonio.

CAPÍTULO II

“EL DIVORCIO EN EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”

En el presente capítulo se analizará la actual regulación normativa positiva nacional respecto a la figura del divorcio sin causa. Resulta indispensable el estudio pormenorizado del instituto ya que él es parte fundamental de la problemática objeto de investigación.

Por la trascendencia que reviste el divorcio para las familias, es inobjetable que conocer a fondo sus características es imperioso, habida cuenta no pueden presentarse vacilaciones en cuanto el mismo se peticione.

Más allá de cuestiones meramente objetivas y propias de la legislación positiva nacional, vale destacar la injerencia que ha tenido la constitucionalización del Derecho de Familia y los aportes de los instrumentos de derechos humanos cuando se trata del respeto a la libertad individual y de la valorización de la autonomía de la voluntad; derechos fundamentales que el legislador local adoptó en la reforma al CCivCom., particularmente en lo que respecta al divorcio, entre otras cuestiones que atañen a las familias.

1. REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO

Las modificaciones que introduce en materia de divorcio el CCivCom responden a la mayoría de las críticas que esgrimieron durante años distintas voces doctrinarias y jurisprudenciales. Así, la flexibilización en el régimen del derecho matrimonial sobre todo en lo que concierne al divorcio parte de un tronco común: entender que la ruptura del vínculo matrimonial es una decisión que hacen a la intimidad de la pareja y que debe ser respetada, en especial, por el vínculo entre padres e hijos luego del divorcio (Herrera, 2015).

De este modo, tras la reforma al Código Civil se pasó de un divorcio causado (subjetivo y objetivo) a uno sin causa, es decir, en el que los cónyuges no deben ventilar

las razones por las cuales prefieren extinguir el vínculo que los une en matrimonio. Como afirma Marisa Herrera (2015) siempre hay una causa o una razón que lleva a que una pareja decida desvincularse definitivamente, pero esta o estas no son jurídicas válidas ya que pertenecen a la esfera de intimidad de los cónyuges.

En cuanto a la redefinición del concepto de divorcio es provechoso señalar que al divorcio incausado o sin causa se lo denomina, erróneamente, divorcio *express*. Al respecto, se ha afirmado con criterio acertado y con el cual se coincide plenamente que

Cuestionamos y rechazamos por nuestra parte la denominación utilizada por algunos sectores contrarios al proyecto que se habilitaría con la sanción, un 'divorcio express'; utilizan este término para significar que el matrimonio pierde todo valor en los textos proyectados. Según nuestra opinión, denominarlo 'divorcio express', es un reduccionismo de lo que significa. Lo que ocurre es que hoy un hombre o una mujer pueden lograr una sentencia de divorcio a través de un proceso contencioso acreditando que el otro cónyuge es culpable por haber incurrido en alguna de las causales subjetivas (...) El proyecto no busca sancionar a uno por ser culpable. En esa instancia poco importa si es culpable o inocente, lo que ahora se quiere reconocer es que ha ocurrido la ruptura de la relación; no se perderá tiempo discutiendo quien tiene razón y quien no la tiene respecto de los hechos que han motivado que los cónyuges ya no pueden seguir conviviendo (...) En conclusión, el divorcio será más rápido; porque no se discutirán las causas, pero no significa que será 'express', porque hay una carga muy importante, que es proponer acuerdos personales y patrimoniales (...) (Corbo, 2012, pág.66)

El CCivCom, vale advertir, ve al instituto del divorcio como una figura jurídica autónoma a la cual se arriba tras el dictado de una sentencia judicial luego de un proceso establecido normativamente, por lo que afirmar se trata de un procedimiento rápido no es más que falta de conocimiento y de profundidad en el tema.

En torno a lo propiamente conceptual, como se anticipara *supra*, se colige en primer lugar que el vínculo matrimonial se constituye primigeniamente con el acto jurídico del matrimonio; vínculo que se extingue con el divorcio (entre otras causas de extinción que no vienen al caso en concreto). La sentencia que decreta el divorcio tiene efecto extintivo del vínculo y efecto constitutivo de un nuevo estado civil, o lo que podría decirse, se recupera la aptitud nupcial. Pues entonces puede alegarse que se denomina divorcio a la disolución del vínculo matrimonial mediante una sentencia judicial (Hayes, Pandiella, 2015)

El divorcio constituye el germen de un nuevo estado de familia, que restituye la aptitud nupcial de los cónyuges ya desvinculados y sin perjuicio de la subsistencia de los efectos que el matrimonio produjo hasta que la sentencia pasó en calidad de cosa juzgada.

No está de más traer a colación que la disolución del matrimonio opera exactamente cuando el vínculo se extingue por causas sobrevinientes a su celebración por lo que supone que el acto matrimonial se llevó a cabo y produjo todos los efectos jurídicos que el mismo acarrea, pero en un momento determinado y por causas que (actualmente) pertenecen a la órbita íntima de los miembros del matrimonio, el mismo se disuelve y dejan de existir todos los efectos que tenía hasta esa instancia. “La disolución del matrimonio importa pues la extinción del contenido de la relación jurídica matrimonial” (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, 2014, pág.309).

En síntesis, para que haya divorcio, o disolución del vínculo matrimonial, se requiere del dictado de una sentencia judicial, y la misma es de carácter constitutivo de un nuevo estado civil. Básicamente lo que hace el divorcio entonces es extinguir la relación jurídica matrimonial y constituir un nuevo estado de familia.

2. REFORMAS AL INSTITUTO

El CCivCom no sólo simplificó el divorcio en aspectos de fondo, sino también en el ámbito del procedimiento.

Básicamente se instauraron ciertas cuestiones entre las cuales se destaca el rol del juez, quien pasa de ser un funcionario judicial que acompaña a los miembros del matrimonio y del grupo familiar a transitar el camino de disolución matrimonial y que los ayuda a resolver cómo manejar las cuestiones pertinentes a los efectos derivados del divorcio, haciendo primar el arribo de acuerdos, mediante el respeto a los derechos e intereses de todos los integrantes del núcleo familiar.

El CCivCom reconoce y acepta que el proyecto de vida en común que mantenían los cónyuges puede extinguirse ya sea por decisión conjunta o por la voluntad de solo uno de ellos. También admite que no es necesario el esperar un plazo mínimo desde la

celebración del acto jurídico matrimonial para petitionar el divorcio. En otras palabras, el nuevo cuerpo normativo civil, en consonancia con la falta de expresión causa para poder petitionar el divorcio, considera que en cualquier momento se puede solicitar el divorcio.

En este contexto, el CCivCom establece una doble vía para poder acceder a la posibilidad de petitionar el divorcio: unilateral (petitionado por uno de los cónyuges) o bilateral (petitionado por ambos cónyuges), tal como dispone el mencionado art. 437. Por su parte, el art. 438 establece los requisitos mínimos procedimentales que estructuran el proceso de divorcio incausado, diferenciando si se trata de una petición unilateral o bilateral como también regula dos cuestiones comunes o iguales para ambas tipologías. La norma expresa:

Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es petitionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

El primer requisito que comparten el proceso de divorcio unilateral y bilateral se refiere a la necesidad de que se presente una propuesta reguladora de los efectos derivados del matrimonio, o como resulte más claro poner de manifiesto, una propuesta en la que los cónyuges proyecten cómo será la dinámica de la familia tras la extinción del vínculo matrimonial y las consecuencias jurídicas derivadas de éste, a los fines de evitar los conflictos que pueden suscitarse. Es por ello que la ley exige la presentación de “dos propuestas o un convenio según el grado de acuerdo que se logre” (Herrera, 2015, s.d). Forma que ha encontrado el CCivCom para coadyuvar en esta etapa de la vida familiar, elevando el estandarte de una "justicia de acompañamiento" en palabras del recordado procesalista Morello (1986, s.d).

El segundo requisito común para ambos tipos de divorcio, ya sea unilateral o conjunto, se refiere a la imposibilidad de que un juez pueda confinar, obstaculizar o retrasar la sentencia que decreta el divorcio.

Así, el CCivCom marca el distingo entre el proyecto de vida en común que ya no comparten los cónyuges de las consecuencias jurídicas que se derivan de la ruptura. Por lo tanto, los conflictos que se relacionen a los efectos derivados del divorcio (alimentos, atribución de la vivienda, compensación económica, cuidado personal de los hijos, etc.), no podrán bajo ningún aspecto retrasar el dictado de la sentencia de divorcio.

Con respecto a las derogaciones que se han realizado al Código de Vélez se mencionan la figura de la separación personal (creada por ley N°23.515), el régimen de conversiones del (art. 238 C.C.), la reconciliación (art. 234 C.C.) y fundamentalmente todos los plazos requeridos por ley como condición *sine qua non* a la petición del divorcio.

2.1 Proceso.

El proceso para petitionar el divorcio en el CCivCom se encuentra reglamentado en los arts. 436,437 y 438 del mentado cuerpo normativo.

Es indispensable resaltar que el vínculo matrimonial en el Código Civil y Comercial se plantea como “básicamente disoluble donde se considera nula la renuncia a pedir el divorcio que formule cualquiera de los cónyuges.” (Mazzinghi, 2015, s.d), por lo tanto es dable señalar que el instituto del matrimonio se ha presentado a través de las reformas como la idea de un proyecto de vida en común entre dos individuos que se asienta en la existencia y el sostén de la voluntad de ambos integrantes de la pareja.

En cuanto a las nuevas pautas legales sobre el procedimiento es útil poner de manifiesto en primera instancia “que el divorcio seguirá siendo judicial. Y que se establece un único régimen de carácter objetivo, conocido antes como divorcio remedio, en contraposición con el llamado divorcio sanción que desaparece completamente.” (Mazzinghi, 2015, s.d) De aquí se interpreta que será imposible reclamar la culpa ante la

ejecución de ciertos comportamientos consumados por los cónyuges que se aparten de los deberes de un buen marido o esposa.

Es dable advertir en este punto con respecto a lo antedicho una cuestión más que trascendente y es aquella que atañe a la eliminación del deber de fidelidad. Este deber pasa a ser con el Código Civil y Comercial un deber moral más que un deber jurídico propio del instituto del matrimonio. Úrsula Basset (2012) con claridad meridiana explica – y a lo cual se adhiere – que

La supresión del deber de fidelidad perjudica la estabilidad del estado de familia e incrementará la litigiosidad en torno al emplazamiento de estado...La supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño. Podría haber discordancias entre la realidad biológica y el emplazamiento presuntivo, que no se resolvieran, quedando en consecuencia los niños emplazados en un estado en el cual se suprime su identidad biológica, como en las apropiaciones (s.d).

No obstante también surge la discordancia con esta cuestión de la supresión del deber de fidelidad considerando la inacción con la que cuenta la víctima de la infidelidad y como correlato la libre disposición que se le otorga al cónyuge que desee ser infiel sin merecer sanción alguna. En este caso la igualdad que tanto se proclama como uno de los principios rectores que sustentaron la redacción de las reformas al Código Civil y Comercial queda al margen de la situación, habida cuenta los cónyuges – tanto el infiel como la víctima de dicho accionar – no se encuentran en paridad de condiciones, tal como *supra* se alegara.

De lo expuesto hasta el momento con respecto al proceso de divorcio instaurado por la reforma civil a regir en pocas horas queda como corolario la idea de que el Código Civil y Comercial, si bien se considera la buena intención de los redactores, ha sustentado la idea del vínculo matrimonial como cuestión similar o inferior a la noción de un contrato que puede disolverse hasta por unilateralidad y sin acarrear sanción alguna.

Para culminar se expone la postura de Jorge Kielmanovich (2015) quien alega que el CCivCom establece un proceso de divorcio extracontencioso o voluntario, vale decir, un procedimiento de carácter unilateral llevado a cabo ante los jueces, con el objetivo de confinar determinadas situaciones jurídicas o bien a los fines de cumplir requisitos

establecidos por la ley. El objeto principal del divorcio es una petición que concluye con el dictado de una sentencia constitutiva que crea un nuevo estado de familia para cada uno de los cónyuges al disolver el vínculo matrimonial que los unía con arreglo a lo que dispone el artículo 435, apartado c) del ordenamiento jurídico civil y la comunidad de bienes —en caso de no haberse optado por el régimen de separación de bienes— a tenor de lo que establece el artículo 475 apartado c).

2.1.1 Legitimación

El divorcio (art.47) podrá ser peticionado en forma conjunta pero se agrega la novedad de que también se podrá requerir en forma unilateral, sin exponer ni probar las causas por las que el matrimonio ha llegado a su fin.

Es decir, la legitimación para entablar el proceso de divorcio compete tanto a ambos cónyuges de manera conjunta como asimismo a uno de los miembros de la pareja quien, unilateralmente, decide en ejercicio de su autonomía de la voluntad y de su derecho a la libertad extinguir el vínculo matrimonial que lo une al otro cónyuge.

Señala Mazzinghi (2015) que en el CCivCom cualquiera de los cónyuges puede pedir, en cualquier momento, la declaración del divorcio sin necesidad de aducir el motivo que lo lleva a presentar la petición, ni una separación de hecho prolongada, ni la conformidad del otro cónyuge.

2.1.2 Requisitos

En lo que respecta al divorcio, hasta la reforma al Código Civil la legislación argentina no daba respuestas beneficiosas a los conflictos matrimoniales que terminaban en un proceso de divorcio vincular, ni contemplaba los derechos de los cónyuges como seres humanos libres e independientes. El divorcio era pues un instituto jurídico que disolvía el vínculo matrimonial pero que en primera instancia intentaba, por medio de la imposición legal del establecimiento de audiencias conciliatorias obligatorias para los cónyuges

(1er.audiencia), tratar de que los miembros de la pareja reconsideraran sus posiciones y aunaran voluntades a los efectos del mantenimiento de la familia. Sin embargo, ya no será así y la voluntad de cada uno de los individuos que componen al matrimonio es valorada y receptada a instancias de la familia en sí.

La causa fundamental entonces, se puede sintetizar, era la tensión entre las exigencias establecidas en respeto del orden público y la tensión existente entre dicho orden público y la autonomía de la voluntad de los miembros de la pareja.

Así hoy, mediando el año 2015, se puede hablar finalmente de una adecuación legislativa civil, especialmente en materia de Derecho de Familia y al divorcio en particular, a la realidad por medio del acogimiento de principios constitucionales y sobre derechos humanos, con el simple y llano objetivo de brindar una solución pacífica a los conflictos matrimoniales que llevaron a la disolución del vínculo. Esto puede contemplarse a través de las normas proyectadas en la reforma al Código Civil en las cuales se han receptado los cambios sociales y culturales producidos en el país desde la sanción de la Ley N°23.515 , la cual introdujo el divorcio vincular en Argentina.

2.1.3 Procedimiento

Ahora bien, hay un punto más que interesante que parece poner en jaque todo lo que se ha dicho hasta el momento y es el hecho de que para dar curso al proceso de divorcio la obligación legal (art.438) de presentar un convenio regulador de efectos adjunto a la petición de la demanda de divorcio es el requisito previo. Este convenio debe contener, entre otros, todas las disposiciones relativas a la atribución de la vivienda conyugal, la distribución de los bienes que pertenecieron al matrimonio, posibles compensaciones económicas entre los miembros de la pareja, cuestiones atinentes al ejercicio de la responsabilidad parental (en este último punto, esencialmente respecto a los alimentos debidos a los hijos del matrimonio) (art.439).

Partiendo del hecho de que resulta una exigencia legal para dar curso a la petición del divorcio, considerando al mismo tiempo que las mencionadas *supra* pueden ser causales

de agravamiento del conflicto preexistente entre los miembros del matrimonio no resulta del todo lógico y coherente con lo que el legislador argumentó en los fundamentos al Proyecto de reforma, menos aun con los principios receptados para darle el contexto jurídico necesario.

Kielmanovich (2015) alega que en ausencia de regulación específica sobre los recaudos que deben observarse en los procesos voluntarios, deberá presentarse el requirente con patrocinio letrado, habida cuenta se trataría de una presentación judicial en la que se sustentan derechos y con los requisitos previstos por las normas procesales civiles, esto es, por escrito, con manifestación del nombre y domicilio del peticionante y del otro cónyuge, el domicilio procesal que se constituye y el objeto de la petición que se pretende, e incluyendo ineludiblemente la propuesta reguladora de efectos derivados del divorcio (art. 438, CCivCom)

Lo que queda en claro de lo expuesto sobre el convenio regulador como requisito previo para dar curso a la petición del divorcio es que el mismo tiene como objetivo el regular los efectos de las situaciones que se susciten tras la extinción del matrimonio; por ello se lo puede calificar como la fuente de regulación entre los cónyuges de los efectos que surgirán tras la desvinculación de estos como matrimonio.

Es útil destacar en esta instancia que la decisión judicial sobre los efectos del matrimonio solo opera en defecto de acuerdo de los mismos por los cónyuges. Resulta pues evidente el carácter obligatorio de la propuesta de convenio. Así, el art. 438 del CCivCom expresa que las propuestas deben ser evaluadas por el juez debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia cuando no sean coincidentes las propuestas o una de las partes se niegue a aceptarlas. Sin embargo, hay que poner de manifiesto el vacío que surge de la norma al no estipular absolutamente nada respecto a la posibilidad de concurrir a esa audiencia por apoderado.

Lo que se destaca entonces es que la nueva disposición que surge del art. 438 con la obligatoriedad de presentar *ab initio* la propuesta de convenio dará lugar a una compleja trama de propuestas esquivas con la sola finalidad de cumplir con el requisito legalmente establecido para avanzar en la petición del divorcio (Solari, 2014).

3. EFECTOS

La cuestión del procedimiento del divorcio y de sus efectos en particular resulta complicada a medida que se avanza en la lectura de los artículos que lo reglamentan, básicamente por presentar ciertas lagunas en el derecho que reglamentan.

En primer término cabe cuestionarse si este divorcio incausado que se regula en el CCivCom es consistente con lo que en los fundamentos del Proyecto de Reforma se alegara respecto a la autonomía de la voluntad y la libertad individual; en este caso particularmente rigiendo las decisiones adoptadas en el contexto de la producción de determinados efectos que se harán presentes una vez dictada la sentencia del divorcio.

3.1 Convenio regulador

El convenio regulador tiene por finalidad “incentivar los acuerdos de los cónyuges y, consecuentemente, resolver los efectos o consecuencias jurídicas que se derivan de la ruptura de la unión matrimonial de la manera más pacífica posible” (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, 2015, s.d), al convertirse en propuestas que entre los cónyuges delinearán con el objetivo de determinar las implicancias futuras a la extinción del vínculo que los unía en matrimonio, especialmente aquellas basadas en la atribución de la vivienda familiar, el régimen de tenencia de los hijos, entre otros efectos jurídicos.

En este marco es útil traer a colación las dudas que plantea Mazzinghi (2015) respecto al convenio regulador y a los efectos que de él debieran desprenderse. Así el autor señala, entre varias cuestiones trascendentales, que

Se supone que si el divorcio fuera unilateral, la otra parte desconocerá la presentación hasta que tome vista o sea anoticiada del proceso. Y por ende, se supone también que el anoticiamiento de la existencia de una petición unilateral de divorcio, incluirá la toma de razón de la propuesta escrita obligatoria (s.d)

Al respecto de lo *supra* referido es dable advertir que la ley no es específica en cuanto a los momentos en los que el anoticiamiento al cónyuge no peticionante del divorcio ocurrirá, ni sobre la forma en que será ejecutada dicha toma de conocimiento pudiendo ser,

tal como supone Mazzinghi (2015)“mediante notificación por cédula u otro medio fehaciente.” (s.d)

Por el momento hasta tanto no se observe en el ámbito procesal el ejercicio de esta actuación en particular, no podrá dilucidarse efectivamente si la petición de divorcio y la propuesta obligatoria pueden ser consideradas como una demanda propiamente dicha. De ser así habrá de analizarse de qué manera se notificará a la contraparte y a la respuesta como carga procesal.

Con respecto a la evaluación de las propuestas, el art. 438 del Código Civil y Comercial expresa que las mismas deberán realizarse convocando a los cónyuges a una audiencia. Manifiesta su preocupación Mazzinghi (2015) destacando que tampoco queda en claro si la convocatoria a la audiencia es el paso siguiente, contemporáneo a la presentación de la propuesta por parte de la requerida. O tan sólo con la petición del divorcio se pone en marcha el proceso divorcista y es en la misma audiencia donde la parte requerida, es decir el cónyuge no solicitante del divorcio, se enterará de la existencia de la propuesta de la otra parte y tendrá a partir de dicha audiencia un plazo para analizarla y en caso de considerarlo pertinente, formular una contrapropuesta.

La palabra propuestas podría revelar que se trata pues de una audiencia que ha de realizarse una vez que ambas partes han presentado sus propias proposiciones. Ahora bien, surge en este punto otra duda que se comparte con el autor que se sigue y es con respecto a qué sucedería si la parte no peticionante del divorcio no se presentara a la audiencia ni contestara el traslado de la demanda como tampoco formalizara proposición de regulación de efectos alguna. En este aspecto el CCivCom guarda silencio, por lo que también habrá de estarse atento a qué sucede en el ejercicio del proceso divorcista y la interpretación que realicen los operadores judiciales.

A su vez, las cuestiones que hayan quedado pendientes entre las partes deberán ser resueltas por el juez. Puede interpretarse por lo tanto que la misma norma prevé la posibilidad de que exista más una propuesta reguladora de efectos y, asimismo, expone la probabilidad de desacuerdos entre los cónyuges al respecto.

Sería racional y ajustado a derecho “que el juez apunte a evaluar la protección de la familia como pauta trascendente de fijación y determinación de la compensación económica” (Ugarte, 2015, s.d). Y ciertamente hubiera parecido mucho más razonable que el juez que recibiera la petición de divorcio, dándole un trámite independiente a la presentación del convenio regulador sin sujetar la admisión de la demanda a dicha obligación.

Es indudable la utilidad y ventaja de que gran parte los efectos del divorcio pueden decidirlos de mutuo acuerdo los cónyuges, ya que la ley de ahora en más les otorgará esa facultad mediante el convenio regulador, “el cual tiene la gran ventaja de simplificar y agilizar el proceso” (Alzate Monroy, 2009, s.d). Sin embargo, si no pueden adecuarse los planteos que adelantara Mazzinghi (2015), resultará muy difícil su aplicación y terminará objetando a los argumentos vertidos por el legislador fundamentando al convenio.

3.2 Compensación económica

El CCivCom las regula en el "Libro Segundo: Relaciones de familia. Título I: Matrimonio. Capítulo 8: Disolución del matrimonio. Sección 3ª: Efectos del divorcio, y Título III. Capítulo 4. Efectos del Cese de la Convivencia”

El Dr. Solari (2012) ha entendido que el derecho al reclamo de la prestación compensatoria nace como consecuencia de la ruptura del matrimonio, o mejor dicho, del proyecto de vida en común que tenían los cónyuges, porque esta petición compensatoria puede ser entablada aunque la ruptura del vínculo matrimonial haya sido de común acuerdo. De ahí que lógicamente su fuente no recae en la culpa de uno de los cónyuges sino que emana del cese de la comunidad de vida.

Por ello se puede subrayar que la idea proyectada por los redactores del Código al establecer la prestación económica es la caracterización de un derecho por parte de uno de los cónyuges para reclamar una compensación ante un menoscabo sufrido como resultado de la extinción del vínculo matrimonial.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se ha entendido en rasgos generales, "se trata de una pensión de carácter pecuniaria y asistencial pero no alimentaria a favor de uno de los cónyuges, basada en el desequilibrio económico como consecuencia, y no a causa, del divorcio." (Galeazzo, 2015, s.d). Es indudable pues que han sido incluidas estas compensaciones económicas por encontrarse vinculadas "principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico" (Galeazzo, 2015, s.d) de uno de los cónyuges. Resulta asimismo palmariamente notorio cómo entra a jugar en este aspecto el orden público en materia de equilibrar la economía de la extinta pareja.

Con respecto el plazo de caducidad que establece el Código para reclamar o ejercer la petición de estas compensaciones económicas es dable señalar que es de seis meses a partir del dictado de la sentencia de divorcio. El argumento vertido para sustentar dicho plazo se encuentra en "la urgencia, y esto es así atento a que si existe un verdadero menoscabo o empeoramiento de la situación económica del cónyuge reclamante, la necesidad de la compensación es inmediata y no años más tarde." (Galeazzo, 2015, s.d)

En este sentido se adhiere a los fundamentos, pero resaltando que un lapso más breve hubiese sido preferido.

En lo que implica al pago de las compensaciones, es menester resaltar que el Código establece la indeterminación del tiempo cuando existan causales extraordinarias o excepcionales.

Como corolario de lo expuesto se puede alegar que existe un paralelismo entre estas compensaciones económicas y el deber de prestar los alimentos luego de la sentencia de divorcio, por lo que a modo de síntesis se deja afirmado que es un excelente instrumento legal de recomposición económica para aquella parte que se vea más afectada tras la disolución del vínculo matrimonial.

3.3 Alimentos

Surge del art. 431, el deber jurídico indispensable y que no puede soslayarse tras la ruptura del vínculo matrimonial es el de asistencia, en especial, la asistencia material o alimentos. Es provechoso señalar que los alimentos tienen una naturaleza jurídica mixta: personal y patrimonial. Por una parte, ya que cubren las necesidades elementales de la vida de las personas que hacen a su sustento y en definitiva, comprometen el derecho fundamental a la dignidad y por el otro, se plasma en valores netamente monetarios o en especie que también tienen valor económico (Herrera, 2015).

El CCivCom diferencia tres situaciones en materia de alimentos entre cónyuges: 1) durante el matrimonio; 2) durante la separación de hecho y 3) después del divorcio.

Los alimentos posteriores al divorcio se encuentran regulados en el art. 434, en el que se reconocen dos causas fuente basadas en la noción de vulnerabilidad: 1) alimentos a favor de quien se encuentra gravemente enfermo previo al divorcio y por lo que se encuentra impedido de sustentarse con medios propios (obligación que a su vez es transmisible a los herederos del alimentante) y 2) alimentos a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad de procurárselos.

Además, el art. 434 limita la obligación alimentaria al disponer que no puede tener una duración superior a los años que duró el vínculo matrimonial y que tampoco procede a favor de quien reciba una compensación económica.

A su vez también se establecen las causas de cesación de la obligación alimentaria: 1) desaparece la causa que la motivó, 2) si la persona beneficiada contrae matrimonio o bajo la figura ahora regulada de unión convivencial, o 3) cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

Por último, el art. 434 expresa que si existe convenio regulador en el que se pactan alimentos para luego del divorcio, rigen las pautas convenidas entre los cónyuges por sobre lo que se dispone en las normas del CCivCom el cual pasa a ser, en este caso, supletorio (Herrera, 2015).

3.4. Atribución de la vivienda

El art. 443 regula todo lo atinente a la atribución del uso de la vivienda familiar y establece que:

Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

La atribución de la vivienda debe ser peticionada por parte interesada y el juez podrá disponer al respecto: 1) una renta compensatoria a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; 2) que el inmueble no sea enajenado sin acuerdo expreso de ambos cónyuges; 3) que el inmueble, ya sea ganancial o propio si se encuentra en condominio de ambos cónyuges, no sea partido ni liquidado.

En aras de la protección de los derechos de terceros, se establece que la decisión de atribución de la vivienda produce efectos frente a terceros a partir del momento de su inscripción registral. También se protege la atribución en inmuebles alquilados.

Por su parte, el art. 445 se refiere al cese de la atribución del uso de la vivienda familiar en los siguientes supuestos: 1) por cumplimiento del plazo fijado por el magistrado; 2) por cambio de las coyunturas que se consideraron para su atribución; y 3) por causas de indignidad.

3.5. Apellido de los cónyuges

El CCivCom introduce modificaciones relevantes en este aspecto posibilitando de manera opcional que cada cónyuge pueda adicionarse o no después de su apellido el de su cónyuge (art. 67 primer párrafo).

En su 2º párrafo el art.67 establece al mismo tiempo que en caso de divorcio, la regla es que cese el uso del apellido excepto que "por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo".

3.6. Daños y perjuicios

En materia de daños y perjuicios el cambio sustancial que introduce el CCivCom es sustancial y deriva de receptarse el régimen de divorcio sin expresión de causa (Herrera, 2015).

Vale destacar que en los casos de violencia de género, la ley 26.485 de Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales sancionada en el 2009, establece de manera expresa que "la parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia", de lo que se interpreta que la reparación de los daños causados por la violencia ejercida dentro del matrimonio tiene expresa y específica regulación.

Ahora bien, fuera de estos casos particulares, no es posible la reparación de los daños derivados de las causales de divorcio. El régimen de divorcio actual, por ejemplo, la fidelidad constituye un deber moral y ya no un deber jurídico, por lo tanto, es impensable que pueda traer aparejada alguna sanción civil para el culpable (recordemos tampoco hay causas que imputen culpabilidad) ni ser causal de divorcio por adulterio o injurias graves, como así tampoco se prevén consecuencias negativas para el cónyuge responsable de la infidelidad al no estarse más habilitados a reclamar ante un hecho antijurídico.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

Tras la aprobación del CCivCom, y con él la instauración de los derechos humanos fundamentales para regir a las personas en su cotidianeidad, se pueden sintetizar los aspectos más relevantes en materia de familia y de divorcio de la siguiente manera:

regulación del divorcio incausado, es decir, sin necesidad de justificar la causal que llevó a la ruptura y finalización del matrimonio ante el magistrado actuante en la causa, debiendo los cónyuges a los fines del peticionarlo presentar un convenio regulador sobre los efectos derivados de la extinción del vínculo matrimonial en lo que respecta a cuestiones de alimentos, responsabilidad parental, compensación económica, y división de bienes. Asimismo, hay que poner de relieve que los cónyuges dispondrán de la opción de mantener de común acuerdo, las ganancias que obtengan durante el matrimonio por separado pudiendo optar cambiar el régimen patrimonial por convención de partes.

Otra figura trascendental introducida con las reformas es la compensación económica, como respuesta a un posible desequilibrio económico padecido por el cónyuge más afectado tras la ruptura del vínculo. Ésta compensación podrá consistir tanto en una prestación única, en una renta pactada por tiempo determinado o, excepcional o extraordinariamente, por plazo indeterminado. Ante la falta de acuerdo, la compensación será fijada judicialmente con base en las posibilidades financieras y patrimoniales de ambos cónyuges.

Por último, y aquí entra a jugar el convenio regulador de efectos, también se busca establecer las cuestiones referidas a la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges, sea el inmueble propio de uno de ellos o bien sea un inmueble de los clasificados como ganancial. También será el juez que lleve adelante el proceso de divorcio quien determinará la procedencia, el plazo de duración y efectos de este derecho.

A modo de colofón se puede manifestar que las reformas en materia de familia y de divorcio en particular, *prima facie* resultan elocuentemente positivas a pesar de ciertos vacíos legislativos que podrán ser subsanados a futuro; no obstante hay que destacar también que solamente la puesta en marcha y la ejecución de las normas de fondo más el aporte que la doctrina y la jurisprudencia hagan de las experiencias judiciales en la materia, con el derrotero de los tiempos serán los únicos encargados de confirmar o denegar esta conclusión a la que por el momento se ha arribado.

CAPÍTULO III

“EL CONVENIO REGULADOR”

En este tercer capítulo lo trascendental es el análisis exclusivo de la figura del convenio regulador de efectos derivados del divorcio ya que este convenio o propuesta entre los cónyuges configura el eje problemático de la temática que se aborda en la investigación.

Lo que se propone, acto seguido, es que el lector pueda comprender y canalizar los aspectos centrales de esta figura incorporada al ordenamiento jurídico local en materia de divorcio tras la sanción del CCivCom. De esta manera también podrá ir avizorando si dicho convenio es ajustado al ideal que tuvo en miras el legislador nacional al establecerlo normativamente con el objetivo de evitar agravar los conflictos familiares y de darle sustento a los principios que emanan de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos los cuales garantizan el derecho a la libertad, a la autonomía de la voluntad y a la dignidad de las personas.

1. CONCEPTO

El CCivCom instauró la figura del convenio regulador de efectos derivados del divorcio con el objetivo de que sean los propios cónyuges quienes resuelvan todas las cuestiones relativas a las consecuencias jurídicas que se derivan de su ruptura matrimonial. De manera supletoria, establece “reglas para resolver los conflictos que surjan, las que se edifican sobre dos nociones: solidaridad familiar y vulnerabilidad.” (Herrera, 2015).

El convenio regulador, afirma Graciela Medina (2012) consiste en un negocio jurídico de naturaleza familiar por lo que adquiere el carácter mixto ya que en el mismo intervienen las siguientes partes: los miembros del matrimonio pronto a disolverse y la autoridad judicial competente que atiende en la causa de fondo.

De lo expuesto se advierte que es la primera fuente de regulación entre los cónyuges de las consecuencias jurídicas que se desprenden de su divorcio y que siempre se encuentra por delante de toda decisión judicial que solo opera en defecto de acuerdo entre los futuros ex cónyuges (Medina, 2012).

El art. 439 del CCivCom expresa respecto al convenio que el mismo

Debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Es dable recordar en este punto que si los cónyuges no se ponen de acuerdo en todos o algunos de los efectos derivados del divorcio, comienza la intervención del magistrado actuante en la petición y decidirá siempre “sobre la base de determinadas pautas y decisiones legislativas que establece el Código Civil y Comercial” (Herrera, 2015, s.d).

Oportunamente se ha hecho referencia, pero es válido insistir con el hecho de que todo juicio de divorcio debe acompañarse de un convenio regulador de efectos. Ahora bien, tal como pone de relieve Medina (2012) “Si el juicio es de común acuerdo se tratará de un verdadero convenio, si es a petición de una de las partes se tratará de una propuesta de convenio” (pág.9).

Graciela Medina (2012) con la intención de dejar esclarecido el concepto del convenio regulador enseña que los caracteres de éste son los siguientes: condicional, esencialmente precario, revocable y limitado.

1) Es condicional, ya que se configura desde su nacimiento y depende exclusivamente de dos condiciones suspensivas, como lo son la petición de divorcio o y que el juez autorice el acto.

2) Es esencialmente precario, habida cuenta puede ser solicitada su modificación en cualquier momento del proceso divorcista, sobre todo si la ejecución pudiese causarle algún perjuicio a los hijos del matrimonio.

3) Es revocable, hasta tanto no haya sido aceptada por las partes. En caso de requerirse su revocación posterior deberá la misma serlo solamente mediante autorización judicial.

4) Es limitado, debido a que la autonomía de la voluntad para suscribir el convenio se encuentra doblemente restringida. En primer lugar se encuentra limitada por el principio de igualdad y por las limitaciones que establece el propio CCivCom sobre los derechos intransmisibles, indisponibles, irrenunciables e indelegables (por ejemplo, el derecho sobre alimentos futuros o la responsabilidad parental). Por otra parte, se encuentra con la restricción de que los convenios para que se los pueda ejecutar deben estar homologados judicialmente (Medina, 2012).

Con respecto al contenido del convenio, se pueden presentar: convenio regulador de atribución de la vivienda conyugal, convenio regulador de atribución de bienes, convenio regulador de alimentos y convenio regulador del ejercicio de la responsabilidad parental (Medina, 2012).

2. FUNCIÓN

En cuanto a la función del convenio regulador, Isabel Fernández Gil Viega entiende que la misma es consistente con

... facilitar a los cónyuges un vehículo para manifestar su voluntad en los casos en que exista acuerdo sobre los efectos, la autonomía de la voluntad tiene un papel limitado en estos convenios por las siguientes razones; deben presentarse obligatoriamente, deben atender a todas las materias específicamente señaladas y no pueden violentar los principios de igualdad y libertad que inspiran el régimen matrimonial, además de estar sujeto a control judicial, cuyo resultado final consistirá en su homologación si se ajustan a los mencionados principios o su denegación, si son contrarios a los mismos (2012, págs.1353/1354)

Es indudable la utilidad y ventaja de que gran parte los efectos del divorcio pueden decidirlos de mutuo acuerdo los cónyuges, ya que la ley de ahora en más les otorgará esa facultad mediante el convenio regulador, “el cual tiene la gran ventaja de simplificar y agilizar el proceso” (Alzate Monroy, 2009, s.d). Sin embargo, si no pueden

adecuarse los planteos que adelantara Mazzinghi, resultará muy difícil su aplicación y terminará objetando a los argumentos vertidos por el legislador fundamentando al convenio.

Cabe advertir en esta instancia que el convenio regulador se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que las propuestas unilaterales o lo pautado entre ambos cónyuges emerge irrefutablemente de lo que sus libres voluntades prefieran o escojan como más beneficioso para ambos.

Si bien no trata específicamente sobre el convenio regulador, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, en la causa “S., M. V. y O.” del 26/02/2013⁶, hizo prevalecer la autonomía de la voluntad de los cónyuges por sobre la intervención del Estado en decisiones que es justo aducir, son propias de ambos como miembros del matrimonio (lo que viene en relación a la autonomía de la voluntad de la pareja en cuanto a decidir qué sucederá una vez extinguido el vínculo matrimonial que los une).

Así la Cámara sostuvo:

1. La exposición de los motivos que llevaron a los cónyuges a determinar su separación o divorcio pertenecen al ámbito privado de sus vidas y no corresponde la intromisión estatal en tal decisión, como así tampoco corresponde al Estado (representado por el Juez) obligar a las partes a reflexionar al respecto, a lo que conlleva la celebración de la segunda audiencia dispuesta por el art. 236 del Cód. Civil.
2. La libertad de intimidad o autonomía de la voluntad implica "poder de decisión", cuyo único límite es considerar si tal decisión conlleva la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otra persona.
3. Hace a la esencia misma de la actividad de los jueces efectuar el control de constitucionalidad y convencionalidad, ello con fundamento en el respeto de los principios de supremacía constitucional y de la jerarquización de las fuentes del derecho consagrados en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

⁶ CApCivCom Azul, sala I, “S., M. V. y O.” (26/02/2013) RDF 2013-IV-97

El precedente sumario se hace extensivo al convenio regulador de efectos derivados del divorcio, y podría asegurarse desde la interpretación de los mismos que se los magistrados atienden a los fundamentos legislativos para incorporar al convenio o propuesta reguladora como requisito obligatorio e indispensable para acceder a la demanda de divorcio.

La función es facilitar a los cónyuges un vehículo para manifestar su voluntad en los casos en que exista acuerdo sobre los efectos, la autonomía de la voluntad tiene un papel limitado en estos convenios por las siguientes razones; deben presentarse obligatoriamente, deben atender a todas las materias específicamente señaladas y no pueden violentar los principios de igualdad y libertad que inspiran el régimen matrimonial, además de estar sujeto a control judicial, cuyo resultado final consistirá en su homologación si se ajustan a los mencionados principios o su denegación, si son contrarios a los mismos”.

3. PRINCIPIOS EN LOS QUE SE SUSTENTA

El Código Civil y Comercial trajo aparejada la novedad que además de regular una parte general común a todo el ordenamiento positivo, trae partes generales de cada rama del derecho, y en algunos casos adiciona partes generales a cada instituto en particular. Vale poner de relieve que en las partes generales se establecen los principios comunes a todo el derecho privado, a cada parte del derecho o a cada figura jurídica (Medina, 2012).

En el ámbito familiar se establecen los dos grandes principios rectores de la institución matrimonial, que son el principio de igualdad (Medina, 2012) y el de autonomía de la libertad.

A continuación, se analizan ambos principios.

El principio de igualdad tiene una doble función, por un lado “es fuente de derecho y por el otro es pauta de interpretación de las normas matrimoniales” (Medina, 2012, pág.2). Estas normas que regulan al matrimonio no podrán ser interpretadas ni aplicadas en el sentido de que lleguen a limitar, excluir o restringir la igualdad entre los cónyuges.

Lloveras (2012) asimismo explica que el artículo 402 reconoce su fuente en el artículo 42 de la ley 26618, normativa nacional que autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo. No obstante, y a título meramente personal, se señala que el art. referido es mucho más amplio de lo que refiera la mentada autora.

Al respecto, basta con leer los textos (ley 26618 y CCivCom) para advertir las diferencias. Mientras la ley 26618 dice:

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.

El artículo 402 establece:

Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

La igualdad es un principio de raigambre constitucional que abarca actualmente, y entre otros, el régimen jurídico matrimonial y su disolución. En este aspecto alude a él como eje rector de las normas que regulan al instituto del matrimonio como así también del divorcio y de su interpretación. En este sentido, vale destacar, se veda toda posibilidad de discriminación en razón de la orientación sexual de los integrantes, además de que se pone énfasis en la igualdad entre los géneros estableciendo la obligatoriedad de interpretar al ordenamiento jurídico familiar a la luz la igualdad.

En cuanto a lo que hace al fundamento de este principio, es dable advertir que el mismo reside en la concepción democrática de la familia. Por tal motivo es útil poner de relieve que el CCivCom en materia familiar deja de lado todos los resabios que restaban igualdad entre los miembros del núcleo familiar que contenía el Código de Vélez.

Son múltiples son las aplicaciones del principio de igualdad conyugal. A saber:

1) La igualdad de roles, ya que se otorga cada cónyuge el derecho a no recibir trato diferente en la distribución de sus cargas por razón de su género y correlativamente se

impone el deber de respeto por la órbita personal y de intimidad del otro cónyuge (Medina, 2012).

Tal como alecciona Lacruz Berdejo (2008), la ley no puede ponerse de un lado otro de los cónyuges, ni definir roles o funciones que primen por sobre otros. La división de tareas en el marco del matrimonio se debe dejar librada, por tanto, a la autonomía de la voluntad de cada pareja, partiendo de la base de que ambos cónyuges están en pie de igualdad y ninguno será subordinado o minimizado a la voluntad del otro.

2) La igualdad de capacidad jurídica, la que importa que el matrimonio no le resta capacidad jurídica a ninguno de los cónyuges (Medina, 2012).

3) La igualdad frente a los hijos se encuentra plasmada en el hecho de que ambos progenitores son titulares por igual de la responsabilidad parental y que ninguno de los dos prima a la hora de atribuir el cuidado personal del hijo o la custodia del niño (Medina, 2012).

4) La igualdad en caso de conflicto, ya que en el supuesto de falta de acuerdo entre los cónyuges, no se prefiere la decisión de uno sobre otro para dar por terminada la controversia sino que lo que se hace es abrir un recurso ante los órganos jurisdiccionales para que resuelvan la controversia (Medina, 2012).

5) La igualdad en materia de nombre, ya que el Código otorga a ambos cónyuges la posibilidad - por igual - de dar el primer apellido al hijo y la factibilidad de cualquiera de ellos de utilizar el apellido del otro con la preposición “de” o sin ella (Medina, 2012).

6) La igualdad en materia patrimonial: permite la libre contratación entre cónyuges, posibilita la elección del régimen patrimonial matrimonial, al tiempo que obliga por igual a ambos contrayentes en orden a la contribución de su propio mantenimiento y de las necesidades del hogar (Medina, 2012).

En cuanto a la igualdad referida específicamente al convenio regulador de efectos puede advertirse que el principio se ve reflejado en el hecho de que ambos cónyuges pueden convenirlo o bien por igual pueden presentar propuestas hasta lograr el equilibrio y beneficios para ellos como para todo el grupo familiar.

Respecto al principio de autonomía de la voluntad, su incidencia en materia de derecho de familia, de alguna manera, parece ser el “tema estrella” (De Amunátegui Rodríguez, 2009, pág.121) de esta rama. La tendencia actual a la contractualización de la familia es reconocida como un fenómeno evidente.

Por contractualización de la familia se entiende el hecho de hacer trascender cada vez con mayor energía a los acuerdos de voluntad en la organización de las familias. La tendencia no se minimiza a los convenios de neto contenido patrimonial y que responden a un interés del acreedor. Comprende, asimismo, otros acuerdos que no son susceptibles de valoración económica (Kemelmajer de Carlucci, s.d).

Ahora bien, si la autonomía se encuentra en estrecho vínculo con la libertad, no cabe extrañarse que a su vez esto se vincule inexorablemente con el proceso que se ha venido dando en los últimos tiempos de constitucionalización del derecho de familia (Gil Domínguez, Famá, Herrera, 2012).

La familia no es una institución que viene a destruir a la persona ni a sus libertades personales; cada integrante del núcleo familiar conserva las suyas, ya sea la libre expresión, su creencia religiosa, el derecho a la intimidad, el derecho a desarrollar su actividad laboral, etc. En ese proceso constitucional que va enmarcando al derecho de familia e insertándolo en una cada vez mayor autonomía negocial de los cónyuges, viene confiado un régimen de consensos por el cual el acuerdo entre los cónyuges condiciona, sea la constitución, sea la conservación o la extinción de la relación con base en el respeto al valor individualidad (Medina, 2012). El consenso matrimonial, entonces, “constituye el principal hilo conductor al cual se confía el entero estatuto normativo; de allí que el acuerdo haya devenido el instrumento privilegiado de la disciplina de las relaciones familiares” (Barbalucca, Gallucci, 2012, págs.5/6).

Kant en sus tiempos afirmaba que “La autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (2000, pág.180), es decir, que la voluntad humana es aquella voluntad que se auto - regula o auto – legisla sin ser sometida a ninguna ley ajena. Esto permite que el hombre como ser racional decida, sin otro interés, que no sea el que se da por sí mismo. Y el derecho de familia ha comenzado a

aceptar esta voluntad individual de escoger siempre que no existan perjuicios al interés familiar.

4. NATURALEZA JURÍDICA

En primer lugar es bueno traer a colación que aún cuando los autores no se terminan de poner de acuerdo sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Familia y del matrimonio en particular, es aún más difícil determinar la naturaleza jurídica del convenio regulador de efectos del divorcio.

La determinación de la naturaleza jurídica del convenio regulador de las desvinculaciones matrimoniales se encuentra íntimamente ligada al principio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y la limitada intervención jurisdiccional en los procedimientos de ruptura del matrimonio que se desprende de las normas constitucionalizadas del CCivCom.

Ahora bien, son varias las doctrinas que explican la naturaleza jurídica del convenio regulador: aquéllas que lo califican como un acto jurídico entre cónyuges en el que al juez no le cabe intervención alguna de no mediar perjuicio alguno a los hijos o entre los propios cónyuges; otras que le atribuyen un carácter transaccional; y posiciones que lo consideran como un acto mixto (Lathrop, 2004).

A criterio de esta tesitura, la postura que mejor explica la naturaleza jurídica del instituto jurídico bajo análisis es aquélla que receptando al convenio regulador de efectos como un acto jurídico familiar, diferencia entre las relaciones patrimoniales de los cónyuges y las relaciones paterno-filiales que entre ellos se generaron a partir de la celebración del matrimonio.

En lo que respecta a las relaciones patrimoniales o económicas, se está frente al requerimiento legislativo de homologación judicial del convenio por parte de autoridad jurisdiccional competente; sin embargo en la segunda relación, se requiere de una aprobación propiamente ya que al juez le cabe un rol fundamental y muchísimo más activo

siempre en consideración del interés superior de los hijos del matrimonio pronto a desvincularse definitivamente.

De acuerdo a una sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 22 de abril de 1997, se acepta la validez y eficacia del convenio regulador no homologado, como un negocio jurídico de familia. Pero en cuanto a su eficacia requiere de aprobación, como *condictio iuris*. Así, la sentencia alega en sus fundamentos, lo siguiente:

Debe, por ello, distinguirse tres supuestos; en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del C.c. (Lasarte Álvarez, 2000, pág.158).

Para la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de abril de 1997, se deben de hacer las siguientes distinciones en torno a la naturaleza del convenio regulador: 1) el convenio regulador, en principio, constituye un negocio jurídico propio del Derecho de Familia; 2) el convenio regulador, homologado judicialmente, queda integrado en la resolución jurisdiccional con toda la eficacia procesal que implica y 3) el convenio no ratificado o no aprobado por el Juez posee igualmente la eficacia correspondiente a toda convención (Zarraluqui Sánchez Eznarriaga, 1997).

En definitiva, se interpreta que la naturaleza jurídica del convenio regulador de efectos derivados del divorcio, es la de un acto jurídico de índole familiar; no obstante la homologación actuará como garantía de la defensa de la legalidad y de los intereses de los niños, niñas y adolescentes que puedan verse involucrados y perjudicados como así también en aras de la tutela de los intereses de los cónyuges.

5. DESACUERDO

En cuanto a los requisitos y el procedimiento a seguir en el trámite de divorcio el artículo 438, tal como se vio oportunamente, instituye algunos lineamientos entre los que se encuentra el desacuerdo entre los cónyuges.

En primer término vale poner de relieve que la norma referida deja en claro que en ningún caso el desacuerdo entre los cónyuges en el convenio regulador de los efectos suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Sin embargo establece que si hubiese desacuerdo, o si el convenio regulador perjudica de modo ostensible los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones conflictivas y pendientes deben ser resueltas por el magistrado actuante en la causa de fondo y siempre de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

Ahora bien, es útil aquí subrayar que también dependerá la cuestión en el caso de que el divorcio provenga de fuente bilateral o unilateral.

La petición bilateral es vista con mayor bondad habida cuenta es aceptada como la más beneficiosa para el núcleo familiar porque reconoce el trabajo previo y la comunión de voluntades de los cónyuges y sus letrados para tratar de arribar a un acuerdo sobre todos o la mayor cantidad posible de consecuencias jurídicas que trae consigo la ruptura matrimonial (Herrera, 2015).

Por otra parte, el CCivCom introduce modificaciones sustanciales que implican la “reconceptualización del rol de los jueces en este tipo de procesos” (Herrera, 2015, s.d) al otorgarles la potestad de verificar las implicancias de los convenios reguladores en aras de que no perjudiquen los intereses de los integrantes del grupo familiar (art. 438, última parte).

Por otra parte, en el divorcio unilateral vale recordar, el cónyuge que lo solicita debe presentar su propuesta al otro para que éste elabore y presente la suya en caso de no coincidir. Así, el cónyuge no peticionante o demandado por divorcio puede: 1) estar de acuerdo con todas las cuestiones propuestas por el demandante; 2) sólo con algunas de las proposiciones 3) en desacuerdo con todo lo que propone el cónyuge que insta el divorcio.

En el primer caso, el juez directamente procederá a dictar sentencia y a la homologación del acuerdo. En el segundo caso, dictará sentencia de divorcio y homologará aquellos efectos coincidentes a la par que fijará una audiencia a los fines de de tipo conciliatoria para tratar de lograr un acuerdo en los efectos o propuestas que no fueron coincidentes. En el tercer supuesto, ante el caso de desacuerdo total, el juez dictará

sentencia de divorcio ya que no puede retrasar la declaración judicial de la desvinculación matrimonial y convocará también a una audiencia en pos de intentar conciliar a los ex cónyuges a arribar a un acuerdo, al menos parcial, y evitar la mayor cantidad de conflictos en torno a las consecuencias jurídicas que del divorcio emergen (Herrera, 2015).

Sintetizando, si se arriba a un acuerdo parcial, el juez disuelve el vínculo matrimonial y procede a homologar sólo aquellos efectos en las cuales los cónyuges lograron el acuerdo y el resto, es decir, las cuestiones que no han tenido el consenso de los ex cónyuges, tramitará por la vía que corresponda "de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local" (art. 438), que generalmente "es la vía incidental" (Herrera, 2015, s.d). Si no hay acuerdo sobre ningún efecto, el juez dicta la sentencia que decreta disuelto el vínculo matrimonial y tramitan por vía incidental todos los conflictos que se derivan de disolución del matrimonio.

Se advierte que en este caso la injerencia estatal, limitando la autonomía de la voluntad propia que surge de la incorporación de los convenios reguladores de efectos de divorcios, es mínima.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

La importancia que ha adquirido el convenio regulador de efectos derivados del divorcio, es evidente. De esta forma, las legislaciones modernas prefieren que los cónyuges, especialmente aquellos que sean padres, resuelvan entre ellos y con base en la igualdad y la autonomía de la voluntad, los aspectos más delicados y controvertidos de su divorcio.

En definitiva, los ordenamientos jurídicos actuales se ven en la necesidad urgente de regular, tratando de soslayar en lo posible la injerencia estatal y poniendo énfasis en los derechos fundamentales de las personas, todas aquellas cuestiones que refieran a sus situaciones familiares. Ahora bien, no puede negarse que los cónyuges son los que están en mejor condición para regular los efectos derivados de su divorcio, pero sería pecar de ingenuos el hecho de pretender que en estos acuerdos o convenios que entre ellos no traten de dañarse mutuamente u obtener el mayor beneficio posible, ya sea por medio de

propuestas económicas o lo que es peor aún, respecto a la vida de los hijos menores de la pareja.

Sin embargo, tampoco se puede dejar de reconocer que la aceptación del divorcio unilateral y sin causa, tal como sucede actualmente en Argentina, ayuda a evitar que el cónyuge que desea divorciarse del otro, se vea obligado a soportar la responsabilidad que acarrea la culpa.

En el derecho local esta relevante y novel tendencia a reconocer la importancia de la resolución de los eventuales conflictos que puedan devenir tras una petición de divorcio por medio de un convenio entre los propios cónyuges, implica esencialmente la recepción legislativa de estándares internacionales sobre derechos humanos y básicamente la adopción en las normas civiles de principios y derechos que asisten a los individuos al momento de decidir sobre aspectos de su vida íntima, inevitablemente propios de su esfera personal y de intimidad.

CAPÍTULO IV

“PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES; DERECHOS HUMANOS Y LA LIMITACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO. VINCULACIÓN CON LA REFORMA”

Dentro de las nuevas normas de naturaleza familiar, que regulan el proceso del divorcio se encuentra aquella (art.438 CCivCom) que establece que a los fines de dar curso a la petición del divorcio es obligación de los cónyuges o de uno de ellos – en caso de que la solicitud provenga unilateralmente - presentar un convenio regulador de los efectos derivados del vínculo matrimonial.

Teniendo en consideración lo expuesto, la investigación que se formula ostenta la idea de poner bajo análisis y también de inquirir acerca de la posibilidad de ser incompatible dicho convenio con los fundamentos recogidos por el legislador del derecho internacional para sustentar la nueva modalidad divorcista, habida cuenta las noveles disposiciones del plexo civil fueron reformadas según los lineamientos internacionales sobre derechos humanos.

Otra cuestión más que importante y que será abordada en este capítulo será la referida a las implicancias de las limitaciones que vienen impuestas por el orden público en materia familiar, es decir, de qué manera el orden público restringe ciertos derechos de las personas a los fines de salvaguardar el interés familiar.

Si lugar a dudas, este capítulo, considerando lo expuesto *supra*, podrá aportar el marco teórico necesario a los fines de determinar lo que ya puede avizorarse como un encendido debate doctrinario y jurisprudencial en torno a la compatibilidad – o incompatibilidad – del divorcio incausado con los fundamentos que los legisladores abordaron a los efectos de delimitar y caracterizar el nuevo proceso de desvinculación matrimonial por la causal del art.435 inc. C del CCivCom.

1. BASES CONSTITUCIONALES RELACIONADOS AL DIVORCIO INCAUSADO Y SUS EFECTOS

Una de las modificaciones sustanciales que introduce el CCivCom sobre las relaciones de familia acontece con el régimen del divorcio. A su vez éste, vale decir, se encuentra afectado por los lineamientos constitucionales que fueron receptados en el plexo civil vigente.

La constitucionalización del derecho privado se hace sentir con fuerza en el campo del Derecho de Familia ya que ha estructurado al divorcio sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación, como así también, el de libertad y autonomía de la voluntad previstos en el art. 19 de la CN.

Desde la visión sistemática que muestra el CCivCom, una consecuencia ineludible de la derogación del divorcio causado subjetivo es aquella que se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece así el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida en común, basado en la cooperación y el deber moral (ya no jurídico) de fidelidad (Herrera, 2015).

Vale traer a colación que el régimen civil derogado receptaba un doble sistema legal como respuesta a las crisis y posteriores rupturas matrimoniales: la figura de la separación personal y la del divorcio vincular y dos sistemas, uno donde radicaba la ruptura en la culpa (subjetivo) y otro objetivo o fundamentado como remedio a situaciones que demostraban la imposibilidad de continuar los cónyuges unidos en matrimonio (razones que hacen moralmente imposible la vida en común, cumplido un lapso temporal mínimo de matrimonio). Así, el Código Civil derogado regulaba un régimen de divorcio basado en causas que debían exponerse, ya sean de índole subjetivas, u objetivas (Herrera, 2015).

El CCivCom al adoptar un régimen de divorcio sin causa, puede advertirse, se funda en aquello que atenta contra el principio de libertad y autonomía personal que la propia CN protege enérgicamente y además, como se explicita en los Fundamentos, se considera que manifestar causales subjetivas en los estrados judiciales, en vez de pacificar la relación entre los cónyuges, consolida las disputas entre ellos, tornando el terreno cada vez más

propicio para generar otros conflictos jurídicos (ejemplos: violencia familiar, impedimento de contacto con el hijo, resistencia a que el otro cónyuge se haga cargo del cuidado de los hijos, incumplimientos en la obligación alimentaria, entre otras cuestiones relativas). En este contexto, fácilmente se advierte que el saldo del divorcio causado es totalmente negativo.

Por otra parte, cabe subrayar que el régimen de divorcio anterior no sólo era puesto bajo la lupa por el cumplimiento de determinados plazos para acceder al divorcio, sino también por estructurar el sistema de divorcio culpable fundado en la eventual y supuesta violación de alguno o algunos de los derechos y deberes matrimoniales por el cual uno u ambos cónyuges eran declarados judicialmente culpables del divorcio con las consecuencias negativas que se derivaban de esta calificación jurídica (Herrera, 2015).

Mizrahi ha sostenido en varios precedentes que en los procesos de divorcio:

Es harto improbable la determinación, con un grado razonable de certeza, del real responsable —si es que existe— del fracaso conyugal. Es que no debe perderse de vista que en el vínculo conyugal se parte de una comunidad de vida en la que se entremezclan comportamientos cuyos respectivos orígenes son de muy difícil identificación. La realidad es, en síntesis, que el juez no podrá conocer lo que ha sucedido en la intimidad del hogar (...)

En este contexto, el CCivCom se ha inclinado por un régimen de divorcio incausado en el cual no se pueden ni deben discutir las culpas de la ruptura matrimonial. Así, este régimen que regula el CCivCom involucra modificaciones tanto de fondo como también procedimentales básicas —tal como se explicara oportunamente—lo que denota la clara “interacción entre fondo y forma que se observa con mayor fuerza en la regulación de determinadas instituciones familiares, el divorcio una de ellas” (Herrera, 2015, s.d).

En definitiva, si el divorcio causado no estaba al servicio de las personas y se inmiscuía en cuestiones atinentes a su órbita de intimidad y privacidad violando así derechos fundamentales, es evidente que no podía ser sostenido en la nueva legislación civil la cual se estructuró sobre los pilares de la constitucionalización del derecho civil y el objetivo de ser un código multicultural, tal como el propio Código referencia.

2. EL ORDEN PÚBLICO

Al orden público se lo puede entender como

el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras (Medina, 2015, s.d).

Se interpreta pues al conjunto de normas que no pueden ser excluidas por voluntad de las partes ni por la aplicación de normas del derecho comparado internacional, ya que su promulgación se basó en principios que para la comunidad local son esenciales, pilares básicos para la convivencia pacífica y armoniosa.

En aras de los intereses sociales, el orden público viene a limitar a la autonomía de la voluntad defendiendo y garantizando los intereses generales de la comunidad por sobre los intereses individuales.

Ante el peligro de que pueda verse afectado u obstaculizada la vigencia del interés general, el orden público produce efectos jurídicos predeterminados por el ordenamiento jurídico; estos actúan como fronteras o demarcaciones que se imponen a la autonomía de la voluntad; así, por ejemplo, la imperatividad de las normas, la irrenunciabilidad de los derechos o la nulidad de los actos infractores (De la Fuente, 2003).

Por su parte, Zannoni (en el prólogo al libro de De la Fuente, 2003.)⁷ Alega que el orden público desde la óptica del derecho interno, delimita el contexto en que se despliega la autonomía de la voluntad de los particulares y desde la óptica del derecho internacional, distingue palmariamente los límites a la aplicación del derecho extranjero.

Coincidiendo con la profesora Úrsula Basset (2007) quien sostiene en cuanto a la mutabilidad del orden público que éste contiene un núcleo mínimo y el cual es invariable: está más allá de todo tiempo y espacio, aprendiéndose racionalmente de la experiencia respecto de las facultades humanas y de su perfección, que será necesariamente comunitaria. De otra parte, en estas mismas normas imperativas puede haber cuestiones de hecho que requieran de una apreciación variable, o bien que puedan integrar el orden

⁷ Zannoni, E. en el prólogo al libro de De La Fuente, H. "Orden Público", op. Cit.4

público en una determinada comunidad cultural y política y no en otra; o en un determinado tiempo, y no en otro.

Se advierte considerando lo manifestado que la dificultad de la caracterización del orden público, y por consiguiente de las leyes de orden público, reside en identificar si es coincidente ésta con la ley imperativa (Borda, s.d). Al respecto conviene a los fines de aclarar esta cuestión, traer a colación lo alegado por el maestro Rivera (2004) quien afirmó que lo cierto es que no toda norma imperativa es de orden público; ejemplo de esto son las leyes que determinan las formas solemnes dispuestas para determinados actos. Pero sí es exacto que toda ley de orden público es imperativa, por lo que no puede ser dejada al margen por la simple voluntad de las partes. Verbigracia, se define así la característica más trascendente de la ley de orden público, es decir, ser el límite impuesto para frenar el desenvolvimiento arbitrario de la autonomía de la voluntad.

2.1 El orden público familiar

El orden público opera en diferentes sectores o áreas jurídicas. Por lo tanto es común aludir al orden público constitucional, laboral, administrativo, familiar, ambiental, etc. Esta distinción permite “caracterizar como opera el orden público en las diferentes ramas del derecho. Ya que no es igual la forma de operar del orden público en el derecho de los contratos que en el derecho de familia.” (Medina, 2015, pág.3).

Ahora bien, vale destacar que en el derecho de familia, la voluntad individual está más restringida que en el resto del derecho privado por las normas de orden público, las cuales cobran una importancia radical en cuanto a la protección especial que merece la familia, en tanto es considerada como el elemento indiscutible que requiere toda sociedad para subsistir y configurarse como tal.

Es en virtud del orden público y de la protección que se da a la familia tal como *supra* se afirmara, que existe en el derecho de familia una restricción mayor a la autonomía de la voluntad que en otras ramas del derecho privado. Como consecuencia las partes involucradas no pueden decidir *contrario sensu* de las normas que vertebran al derecho de

familia, ni pactar bajo otros principios que no sean sus generales preestablecidos. Se infiere pues que el orden público familiar prohíbe negociar voluntariamente sobre determinados institutos jurídicos regulados en las normas que componen al derecho de familia, como ser los referidos al matrimonio, a la filiación o los alimentos.

En el ámbito particular del derecho de familia, se señala que:

(...) el orden público aparece (...) como una institución destinada a limitar la autonomía individual en algunos aspectos de la realidad jurídica que el derecho estatal considera esenciales, y en los que cree indispensable prescribir un contenido determinado que se impone desde un poder heterónimo, mediante una norma que se reputa como derecho imperativo (*ius cogens*) (Pucheta, 2014, s.d)

Para el criterio que desde aquí se propugna, no obstante se coincide con que las normas de orden público son la regla en el derecho de familia, en la actualidad existe un margen más amplio que da lugar a pequeñas participaciones de la autonomía de la voluntad en el ejercicio de algunas libertades de acción de las partes involucradas, aunque persiste el peso de la participación estatal con la imposición de restricciones en aras de la salvaguarda del interés familiar.

Para concluir este punto, el nuevo ordenamiento jurídico argentino sigue sosteniendo la regla del orden público en el derecho de familia y la excepción se encuentra en las normas que establecen la libertad de pactar sobre ciertas figuras que lo admiten o en las normas supletorias.

Vidal Taquini (2013), oportunamente señaló que en el derecho de familia, la voluntad es motivadora de los actos jurídicos familiares, dígase de actos de emplazamiento en un estado de familia e impulsora de las acciones de estado y las de su ejercicio; no obstante eso no hace a que la misma se convierte en reguladora *per se* porque los derechos y las obligaciones en materia familiar son impuestos por la ley no admitiéndose por tanto los convenios a los que pueden arribar las partes sobre los efectos personales o patrimoniales derivados de cada acción en este ámbito que se realice, menos cuando implique resignar potestades emergentes del estado de familia en el cual se está ubicado.

A pesar de lo antedicho, hay que tener siempre presente que el derecho de familia debe ponderar a un equilibrio entre el interés familiar general y el interés familiar individual. Pero, si el interés individual familiar contradice a al interés familiar general deberá obligatoriamente ceder; si así no fuere, el interés familiar individual es el que gozará del derecho pleno a la satisfacción, pues no sólo se protegerá así ese interés individual, también como consecuencia se atenderá al familiar considerando el deber de solidaridad que debe existir entre los miembros del núcleo familiar. Aunque los intereses puedan ser distintos, encontrarse opuestos, no están desvinculados totalmente, por ende se deben complementar (Vidal Taquini, 2013). Sin embargo hay que traer a colación que si es diferente y tiene otros fines el interés individual, se estará a consideración de estar frente a un abuso del derecho y tendrá la resistencia de la ley toda acción que se propenda ejecutar en ese contexto de beneficiarse a través de un interés personal.

2.2 Cambios en el orden público familiar argentino

Desde la sanción del Código de Vélez hasta la actualidad se fue gestando un proceso paulatino de modificación de varias instituciones y de morigeración de los efectos jurídicos absolutos que se daban a otras, particularmente a la desigualdad entre el hombre y la mujer y a la visión del matrimonio como unión perenne. Es irrefutable que en el ordenamiento civil derogado el orden público familiar tenía un alcance diferente al que tiene en la actualidad.

A continuación se destacarán las principales reglas de orden público del sistema del Código Civil derogado:

- a) El orden público matrimonial y la indisolubilidad del vínculo;
- b) El orden público matrimonial y la diversidad de sexos;
- c) El orden público patrimonial matrimonial;
- d) El orden público filiatorio y la falta de legitimación de la mujer para impugnar la paternidad matrimonial (Medina, 2015)

Cabe señalar que el Código Civil de Vélez contenía un modelo de familia patriarcal –adecuado a la época de su redacción– que se encontraba basado en un matrimonio indisoluble, sosteniendo la incapacidad de la mujer casada; la patria potestad era ejercida por el padre y el ideal de familia era la familia matrimonial. Los hijos extramatrimoniales gozaban de menos derechos que los hijos matrimoniales, las uniones entre persona de igual sexo eran impensadas y las uniones de hecho se regían por la autonomía de la voluntad de los miembros.

Considerando las cuestiones expuestas, es loable la tarea legislativa de derogarlas o modificarlas ampliando el poder de decisión a la voluntad de las partes, limitando en este caso al orden público.

3. EL ORDEN PÚBLICO Y SU RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La tensión remota que ha existido entre autonomía de la voluntad y orden público, en el campo del Derecho de Familia se fue profundizando y complejizando con el derrotero de los tiempos. Esto habida cuenta no se ha logrado equilibrar las normas que regulan esta rama jurídica debido a que tampoco los legisladores ni los doctrinarios han podido elucidar cuánto de orden público y cuánto de autonomía de la voluntad debía imprimirse a las regulaciones positivas a los fines equiparar los intereses y derechos de los individuos, satisfaciendo a su vez los principios y derechos humanos fundamentales involucrados, y la injerencia estatal (Herrera, 2015).

En otras palabras, nunca ha sido sencillo lograr una normativa ajustada al respeto, valoración y protección de la libertad y de la autonomía de la voluntad sin que en algún punto ella conculque derechos o intereses de terceros.

La vinculación o el punto de inflexión entre autonomía de la voluntad y orden público está ostensiblemente presente en el texto de la Carta Magna, específicamente en la primera parte del art. 19 cuando se advierte que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un

tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Partiendo del fragmento constitucional, es dable preguntarse a los fines de desentrañar la relación entre el orden público y la autonomía de la voluntad cuáles son concretamente las acciones privadas dentro de la familia que deberían quedar fuera del alcance de las funciones jurisdiccionales de los magistrados y por tanto, mantenerse salvaguardadas en la esfera de privacidad e intimidad de los miembros del núcleo familiar y cuáles sí requieren de la intervención de la autoridad judicial para proteger los derechos fundamentales eventualmente conculcados o puestos en peligro.

Esta cuestión se encuentra en el CCivCom respondida, abriendo de par en par la puerta a la autonomía de la voluntad, a la igualdad y a la libertad; no obstante su límite se plasma en dos nociones básicas: 1) responsabilidad y 2) solidaridad familiar (Herrera, 2015).

En efecto, al analizar por ejemplo el divorcio, sobre todo en lo que respecta a las consecuencias jurídicas que de él se desprenden, podrá observarse con claridad cómo se resuelve la dicotomía entre autonomía de la voluntad y orden público por medio de la incorporación del instituto del convenio regulador de efectos. Esto se logrará tomando en cuenta que el CCivCom inclina el mayor peso en la balanza hacia a la primera al señalar que el orden público está determinado por dos elementos esenciales: la responsabilidad y la solidaridad familiar, nociones que es indudable fueron implementadas con el objetivo de subyacer “detrás de toda limitación, restricción o valladar a dicha autonomía” (Herrera, 2015, s.d).

4. EL ORDEN PÚBLICO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Los instrumentos legislativos internacionales sobre derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, con jerarquía constitucional se refieren al orden público como límite a los derechos y garantías, en el texto reconocidos. El mentado artículo declaró que los Tratados de Derechos Humanos "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella (la Constitución) reconocidos". Ello, por lo tanto, implica un

plus que debe adicionarse a los derechos fundamentales de fuente interna, o lo que es más claro aún, una enérgica potenciación de los mismos.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece, entre sus normas de interpretación, que ninguna disposición puede interpretarse en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados"⁸. No obstante, ambas garantías mencionadas, tanto la declaración del art. 75, inc. 22 de la CN y la y la del art. 29, inc. b) de la Convención Americana no están exentas del problema de equidad requerida para que el orden público no cercene o menoscabe las libertades de tercero y para que no se impida la conquista de los derechos. De ahí, que “el método constitucional de la interpretación razonable, en sus diferentes pautas, sea insoslayable” (Gelli, 2015, s.d).

A pesar de la desconfianza que genera la aplicación en las normas del orden público cuando se trata de restringir o limitar ciertos derechos, dicho límite emerge irrefragable de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, entre sus disposiciones, asegura la libertad de pensamiento y expresión sin censura previa aunque sujeta a determinadas responsabilidades establecidas por la ley para proteger, entre otros, al orden público⁹; el derecho de reunión¹⁰; la libertad de asociación con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole¹¹; y el derecho de circulación y residencia de quienes se hallen legalmente en el territorio de un Estado¹².

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza y a su vez limita en forma similar, por medio de la ley y en aras de la protección del orden público, el derecho de circulación y residencia¹³; restringe, con idéntico motivo, la presencia de la prensa y el

⁸ Art. 13, inc. 2. b) de la CADH

⁹ Art. 13, inc. 2. b) de la CADH.

¹⁰ Art. 15, de la CADH

¹¹ Art. 16, de la CADH.

¹² Art. 22, inc. 3 de la CADH

¹³ Art. 12, inc. 3 del PIDCyP

público en general en la totalidad o parte de los procesos judiciales¹⁴ ; asegura la libertad de expresión¹⁵; de reunión pacífica, y de asociación con derecho a fundar sindicatos, con igual limitación¹⁶.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recepta el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse, admitiendo restricciones fundadas en el orden público, con la excepción de que:

Nada de lo dispuesto en este artículo (8°) autorizará a los Estados partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 (Convenio 87) relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías¹⁷.

Según se interpreta, la cláusula transcripta morigeradora las restricciones que eventualmente se impongan por razones de orden público.

Llevando lo antedicho al terreno del Derecho de Familia, y tal como en tantas oportunidades se hiciera referencia, el CCivCom ha receptado estas disposiciones internacionales y ha sido flexible con la adopción de criterios jurisprudenciales también de la órbita extranjera, volcando en sus normas la interpretación que ha hecho de éstas y trasladándolas a la esfera local lo cual, es innegable, resulta más que beneficioso, sobre todo cuando se trata de respetar los derechos de los individuos que afectan su vida privada y sus relaciones más íntimas cuando el Estado tiene injerencia directa en sus acciones.

5. LAS FAMILIAS Y LA INTERPRETACIÓN QUE HACE SOBRE ELLAS LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia, opiniones consultivas y recomendaciones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) tienen vital relevancia tanto en la regulación como en la interpretación de las normas (Herrera, 2015).

¹⁴ Art. 14, inc. 1. del PIDCyP

¹⁵ Art. 19, inc. 2 y 3 b). del PIDCyP

¹⁶ Art. 21 y Art. 22. inc. 1 y 2, del PIDCyP

¹⁷ Art. 8°, inc. 1. a) y c) y Art. 8 inc. 3, respectivamente, del PIDESyC

La CIDH se ha dedicado a emitir opiniones consultivas, comenzando con su rol jurisdiccional en el año 1987. Comenzó a interesarse por el Derecho de Familia desde no hace mucho tiempo. Si bien la jurisprudencia no es tan fructífera como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se puede aseverar que causas resueltas han sido de gran relevancia, teniendo como resultado o consecuencia colateral la consolidación del Derecho de Familia constitucionalizado (Herrera, 2015).

Los conflictos que han despertado el interés de la CIDH a raíz del planteo de verdaderos "litigios estratégicos" (Herrera, 2015, s.d) son los cinco precedentes que merecen ser destacados considerando la magnitud y envergadura jurídica que han acarreado y que, acto seguido, se traen a colación.

La etapa de precedentes directamente vinculados con el campo de las relaciones de familia se inaugura con el fallo del 24/02/2012 en el resonado caso "Atala Riffo contra Chile"¹⁸; y con este se cuenta la primera vez que la CIDH se expide acerca de la orientación sexual de una personas con una fuerte sospecha de discriminación por dicho motivo, agregando de este modo a las variables que como la raza y la religión violentan el principio de igualdad.

En orden cronológico ascendente, sigue el caso "Fornerón e hija contra Argentina" del 27/04/2012¹⁹, en el que la CIDH se manifestó abiertamente sobre el derecho de todo niño a vivir con su familia, a su identidad y al lugar de la adopción que debe dársele a la adopción.

En el caso "Furlán y familiares contra Argentina" del 31/08/2012²⁰ se trató sobre el impacto negativo dentro del grupo familiar cuyo origen fue el accidente que sufrió uno de sus miembros siendo menor de edad, y que le dejó como secuela física una gran discapacidad; cuestión que afectó directamente el derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la dignidad.

¹⁸ CIDH, 24/02/2012, "Atala Riffo y Niñas v. Chile", AP AP/JUR/948/2012.

¹⁹ CIDH, 27/04/2012, "Fornerón, e hija v. Argentina", AP AP/JUR/901/2012.

²⁰ CIDH, "Caso Furlán y familiares v. Argentina. Reparaciones y Costas". Sentencia de 31 de agosto de 2013 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.

Con fecha 28/11/2012 en el caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica", la CIDH se expidió sobre las técnicas de reproducción humana asistida, específicamente en lo que hace a la naturaleza jurídica del embrión no implantado, afirmándose que:

La "concepción" a la que alude el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no cabría aplicar la protección que emana del mencionado art. 4.1 (Aranga Olaya, 2014, pág. 177).

Sintetizando, es dable advertir que en esta causa la CIDH sostuvo que el embrión no implantado no es considerado persona a los efectos de la CADH, por ende, no sólo se admite la técnica de la fertilización *in vitro*, sino que además se reconoce el derecho a gozar de los beneficios de la ciencia como modo loable de acceder al derecho a formar una familia.

Por último, cabe traer a colación la resolución del 29/05/2013 en el caso "B" sobre medidas provisionales respecto de El Salvador por un caso de aborto no punible. Una mujer de 22 años, embarazada de un feto anencefálico, cuya vida corría peligro, y a quien las autoridades sanitarias le denegaban la petición de interrupción del embarazo. En esta oportunidad, la CIDH requirió:

Al Estado de El Salvador que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B (Aranga Olaya, 2014, pág.177 y sgtes)

Más allá de las consideraciones e incidencia de cada uno de estos precedentes en la regulación e interpretación de distintas figuras jurídicas, lo cierto es que la CIDH se expide de manera clara y elocuente sobre la noción de familia y la eventual posibilidad de que los derechos que las asisten como tal, se vean menoscabados o conculcados.

La perspectiva normativa, doctrinaria y jurisprudencial local, hay que destacar, también fue siguiendo la misma línea y adoptando criterios similares en lo que hace a la ampliación y reconocimiento de diferentes formas de organización familiar o, vale recordar

en este punto, la idea de multiculturalidad que manifiesta expresamente el CCivCom que no es otra cosa que “aceptar las diversas realidades familiares que observa la sociedad contemporánea y que la legislación infraconstitucional no puede silenciar o desoír” (Herrera, 2015, s.d).

No cabe duda alguna que resultan más que trascendentes las opiniones que emanan de la CIDH y que son el pilar en la que se asienta la defensa de los derechos humanos (entre otras legislaciones, doctrinas y jurisprudencia de esta naturaleza).

Y con respecto al tema que trata la investigación, precisamente el convenio regulador de efectos en los divorcios, si bien la CIDH no se ha expedido sobre esta cuestión, se hace extensible la protección que ha brindado en los casos más resonantes a todos los derechos que deben gozar las familias, entre ellos, a la libertad, a la igualdad, a la dignidad y a la autonomía de la voluntad.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

La reforma constitucional del año 1994 permitió el acceso del ordenamiento jurídico nacional a una legislación infraconstitucional guiada por la más vasta doctrina, instrumentos normativos y jurisprudencia internacional de derechos humanos. Esto ha implicado una profunda revisión de la mayoría de las instituciones jurídicas del derecho civil local, particularmente de las figuras involucradas en las relaciones de familia.

Lo manifestado *supra* implica entonces el analizar al Derecho de Familia desde los derechos humanos, indagar cómo determinados derechos y principios—tales como la igualdad y no discriminación, libertad o autonomía de la voluntad, entre otros - han sido los promotores de las modificaciones más relevantes de las instituciones familiares. Incluso hasta obligando a reconocer la existencia de otras formas de organización.

Los cambios sociales y familiares han sido exponenciales los últimos tiempos y sólo basta con destacar a título ejemplificativo que la doctrina y la jurisprudencia no han quedado al margen de esta situación de transformaciones: otros modos de vivir en familia, el reconocimiento de la conformación de una pareja que no desea unirse por medio del acto

jurídico matrimonial, la planificación de los hijos, la aceptación de las técnicas de reproducción humana asistida, etc.

Volviendo al tema de la última reforma constitucional allá por el año 1994, se alega que la misma tuvo como principal acierto la jerarquización constitucional de varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos a través del art. 75, inc. 22. Esto permitió que el plexo normativo constitucional se ampliara hasta conformarse el bloque de la constitucionalidad federal, lo cual ha sido sumamente beneficioso para interpretar desde otra perspectiva los conflictos jurídicos.

Se insiste, los cambios sustanciales en el derecho de familia han tenido su punto de partida desde la constitucionalización de esta rama del derecho, lo cual se manifiesta palmariamente al inquirir en las normas que actualmente avalan la existencia de diversas formas de organización familiar y que todas ellas deben tener su lugar en el ordenamiento jurídico infraconstitucional; y no solamente su constitución sino también en torno a las cuestiones que implican su extinción o disolución.

Para comprender a fondo la regulación positiva actual en el campo del Derecho de Familia es indispensable en primer lugar señalar el impacto que sobre ella ha tenido la perspectiva internacional de derechos humanos, ya que es en este ámbito donde se han planteado gran cantidad de pedidos de inconstitucionalidad de diversas normas, los cuales han sido acogidos en varias oportunidades dejando así al Derecho de Familia en un lugar de inseguridad jurídica para las personas, sobre todo cuando colisionan normas que pretenden a través del orden público violentar los derechos fundamentales y adquiridos de los individuos.

A modo de colofón se deja manifestada la utilidad que ha revestido a las normas civiles locales, la intervención de la órbita jurídica internacional en todos sus niveles (doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales) como forma inequívoca de avanzar en la protección de los derechos y garantías individuales, más que nada en aquellas cuestiones que involucran a las personas en sus vínculos o relaciones familiares.

CONCLUSIÓN

No puede en esta instancia sino manifestar el beneplácito con los fundamentos que acompañaron al proyecto de reforma del Código Civil , devenido en ley, y actualmente vigente en Argentina, el cual ha sido calificado como un Código para una sociedad multicultural, habida cuenta la evolución social y familiar y la sujeción a principios de neto corte constitucional, en especial, propios del derecho internacional sobre derechos humanos a través de los cuales se pone énfasis en la protección integral de la familia y sin circunscribir a la misma a la tradicional familia matrimonial.

Tanto las razones morales como prácticas y las ventajas y desventajas de la modificación del régimen de divorcio y sus efectos han sido puestas en debates hasta llegar al actual plexo normativo civil, vigente en Argentina. Diversas posturas, dígame las más conservadoras como así también las más contemporáneas presentaron sus improntas doctrinarias, partiendo siempre de los principios que, según la posición adoptada, no debieran de verse modificados o, *contrario sensu*, resultaban indispensables de ser reformados. A ello se suma el afán político y muchas veces social en marcar la historia introduciendo novedades y avances de otros ideales. No obstante, siempre es útil distinguir lo valioso o perjudicial de los cambios, sobre todo si se producen en el ámbito jurídico sobre el que se funda la vida comunitaria y familiar (en este caso concreto).

Más allá de lo antedicho y haciendo hincapié en el foco problemático que se ha tratado de dilucidar en el transcurso de la investigación, es dable en esta oportunidad poner de relieve el hecho de que tanto en los fundamentos como en el propio CCivCom se impone a los cónyuges que, al momento de la celebración del matrimonio asuman el compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común, no obstante – ante situaciones donde la vida en comunión no pueda sostenerse - siempre contarán con la figura del divorcio el cual actualmente puede ser decretado a pedido unilateral o en forma conjunta por los cónyuges. Y esto es lo que hay que destacar primordialmente de la reforma al Código: el prever la mejor manera para que un matrimonio se extinga sin agravar el conflicto previo suscitado

entre sus miembros, envolviendo en el mismo a los restantes miembros de la familia, cuyos derechos pueden verse conculcados.

La reforma al CCivCom fue una excelente oportunidad para llevar adelante el replanteo general y complejo del derecho de familia, tal como los tiempos que corren requieren. Y una tarea legislativa de semejante envergadura debía ser acompañada de normas que estén a la altura de las circunstancias actuales, tal como sucede con el mentado cuerpo normativo el cual ha sabido adecuarse y responder a los interrogantes que las personas estaban planteando con base en sus necesidades e inseguridades jurídicas.

Si se analizan los fundamentos del anteproyecto se puede fácilmente apreciar que los redactores procuraron un Código para una sociedad multicultural, estableciendo en el campo del Derecho de Familia decisiones importantes con el fin de darle un marco regulatorio a una serie de conductas que no podían continuar ignoradas por el ordenamiento jurídico local, al tiempo que argumentaron que la reforma al CCivCom no significa la promoción de determinadas conductas sino que lo esencial es la regulación de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista y multicultural, tal como acontece innegablemente en la actualidad, en la que conviven diferentes ópticas que los legisladores y los operadores judiciales ya no puede desatender ni dejar al margen.

Al diseñar la nueva regulación se partió de la constatación de que en la sociedad actual la familia tradicional coexiste con otros tipos de familias, que en parte responden a los cambios experimentados en las sociedades modernas y de ello ha derivado la nueva concepción jurídica de familia; lo que generó la idea de que no se debe regular un modelo único sino que es imperioso que recepten todos los tipos existentes que puedan encontrarse en sociedad. Resumiendo, todas las familias deben encontrarse alcanzadas por la normativa civil que, respetando el principio de la autonomía de la voluntad, establecerá las pautas necesarias para su protección.

Puede considerarse un acierto el haber escogido para estructurar el régimen del matrimonio y del divorcio plantar el basamento de ambas figuras en los tres principios jurídicos que a continuación se mencionan: autonomía de la voluntad, igualdad y

solidaridad, en tanto son universalmente reconocidos y ajustados a la regulación de las relaciones humanas.

Al regularse el divorcio incausado y sin plazos de espera, la institución matrimonial parece haber perdido la identidad que el primigenio Derecho Canónico le había otorgado, pero, a criterio personal lo que debe considerarse en todo caso, no son las concepciones morales o religiosas de antaño las que debe priorizarse, sino el respeto y la valoración de los derechos adquiridos por los individuos; derechos que el CCivCom adoptó para regular el Derecho de Familia.

El establecimiento del divorcio incausado no puede sostenerse de algún modo que banaliza la institución matrimonial, aunque si bien no puede afirmarse que suprime los conflictos que puedan suscitarse entre el matrimonio, básicamente apunta a ello, sobre todo cuando se respeta el principio de autonomía de la voluntad de los integrantes del mismo, permitiéndoles que sus decisiones determinen las consecuencias jurídicas personales y patrimoniales vinculadas a la disolución del matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

1.1 LIBROS

AZPIRI, J., (2005) *Juicio de divorcio vincular y separación personal*. Buenos Aires: Hammurabi.

BARBALUCCA, V y GALLUCCI, P (2012) *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*. Milano: Giuffrè.

BELLUSCIO, A. (1993) *Manual de Derecho de Familia* (t.omo I) Buenos Aires: Depalma.

BELLUSCIO, A. C., (2010) *Manual de Derecho de Familia*. (10 ed.actualizada) Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

DE AMUNCHÁSTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009) *Libertad de pacto en el régimen de separación de bienes*. Madrid: Dykinson.

DE LA FUENTE, H. (2003) *Orden público*. Buenos Aires: Astrea.

FELIX BALLESTA, M.A, (1988) *La regulación del divorcio en el derecho francés*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

FERNÁNDEZ GIL VIEGA, I. (2012) *Efectos Comunes de la Separación y Divorcio*. Madrid: Thomson Reuter.

GIL DOMÍNGUEZ, A; FAMÁ, M. V., HERRERA, M., (2012) *Derecho Constitucional de Familia*. (t.I) Buenos Aires: Ediar.

HERRERA, M. (2015) *Manual de Derecho de las Familias*. (1ra.ed., 1.ra reimp.) Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

KANT, I. (2000) *Lógica, Un manual de lecciones*. Madrid: Akal (§117).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LLOVERAS, N. (2014) *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014. Comentario al art.435 CCyC.* (t.I) Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2008) *Elementos de Derecho Civil – Familia* (t. IV) Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2000) *Principios de Derecho Civil* (t.VI) Madrid: Edigrafos A.S.

MIZRAHI, M. L., (2006) *Familia, matrimonio y divorcio.* (2^a ed. actualizada y ampliada) Buenos Aires: Astrea.

RIVERA, J.C. (2004) *Instituciones de Derecho Civil- Parte General* (t. I, 6ta.ed. actualizada) Buenos Aires: Abeledo Perrot.

TORRADO, S. (2003) *Historia de la Familia en la Argentina Moderna (1870-2000)*, Buenos Aires: La Flor.

1.2 REPERTORIOS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

BORDA, G. (s.d) "Concepto de la Ley de Orden público" LL 58-597.

GELLI, M.A. (2015) "Orden público en el derecho constitucional" LA LEY 2015-F, 800.

HAYES, R.R., PANDIELLA MOLINA, C., (2015) "Divorcio vincular contencioso. Aplicación del Código Civil y Comercial" LL Gran Cuyo 2015 (diciembre), 1165.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (s.d) "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino" Infojus DACF140453.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. (2015) "El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código" LL2015-C, 1280.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. (2015) "Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas" LL17/03/2015, 1.

KIELMANOVICH, J. (2015) "El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial." LL 28/04/2015, 1.

LLOVERAS, N. "El divorcio en el anteproyecto de código civil" Numero Especial "El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil". Jurisprudencia Argentina 2012-II.

MAZZINGHI, E. M. (2015) "Las propuestas, el convenio regulador, y otras vicisitudes del proceso de divorcio" LL 18/06/2015.

MEDINA, G. (2015) "En el derecho de familia" LL 10/11/2015, 1.

MORELLO, A.M., "Un nuevo modelo de justicia", LL 1986-C-800; Pettigiani, Eduardo J., "Familia y justicia (hacia una realización del derecho justicial material en el Derecho de Familia)", RDF 1999-14-51.

SOLARI, N. (2012) "Las prestaciones compensatorias en el Proyecto de Código". DFyP 2012 (octubre).

SOLARI, N. (2014) "Conf. Convenio regulador en el divorcio sin causa en el Código Civil y Comercial de la Nación", LL 2014-F-706.

UGARTE, L. (2015) Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica. LA LEY 2015-C, 992.

VIDAL TAQUINI, C., (2013) "El orden público y las relaciones personales". LL 2013-B, 793.

1.3 REVISTAS JURÍDICAS

ARANGA OLAYA, M. (2014) Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano", *Anuario de Derechos Humanos*, (nro. 10, 2014) Santiago.

BASSET, U. (2007) Peculiaridades del Orden Público Argentino. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. (Vol. 2007-3) Orden Público y Buenas Costumbres.

CORBO, C.M. (2012) Análisis del Proyecto en materia de divorcio. *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, (año 4, nro. 6, julio 2012) LL, Buenos Aires.

GALEAZZO, Florencia (2015) Acerca de la equiparación de las familias y la compensación económica, en el Código Civil y Comercial de la Nación. *INFOJUS*. Recuperado el 18/08/2015 de <http://www.infojus.gob.ar/florencia-galeazzo-acerca-equiparacion-familias-compensacion-economica-codigo-civil-comercial-nacion-dacf150308-2015-04-21/123456789-0abc-defg8030-51fcanirtcod>

HERRERA, M. (2012) Una mirada crítica y actual sobre el divorcio vincular en el Mercosur y países asociados a la luz de los derechos humanos. *Revista de Derecho Privado – Edición especial. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado el 11/08/2015 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr9.pdf>

PUCHETA, L. (2014) Nuevo código: ¿nuevo orden público? *Revista El Derecho Familia* (55/-22).

ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L. (1997) El Convenio Regulator y su Aprobación Judicial. *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, (Número 8, 3) Recuperado el 15/08/2015 de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-00122002000200014&script=sci_arttext#7

1.4 PÁGINAS WEB

ALZATE MONROY, P. (2009) El convenio regulador y su contenido. Recuperado el 12/06/2015 de <http://www.am-abogados.com/blog/el-convenio-regulador-y-su-contenido/1955/>

BASSET, Úrsula (2012) Matrimonio. Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires. *El Derecho*. Recuperado el 13/07/2015 de

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/matrimonio-ursula-basset.pdf>

LATHROP, F. (2004) Naturaleza jurídica del convenio regulador de las crisis matrimoniales. *Dialnet*. Recuperado el 14/08/2015 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3130591>

MEDINA, G. (2012) Matrimonio y disolución. Recuperado el 12/06/2015 de <http://www.graciamedina.com/articulos-publicados/?start=176>

2. LEGISLACIÓN

2.1 NACIONAL

Código Civil y Comercial de la Nación

Ley N° 26.485 de Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

2.2 INTERNACIONAL

Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

Convención Americana de Derechos Humano.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3. JURISPRUDENCIA

1. NACIONAL

CApCivCom Azul, sala I, “S., M. V. y O.” (26/02/2013) RDF 2013-IV-97.

CNacCiv., sala B, 12/09/2014, "L., M. G. v. O., E. R. s/divorcio", Infojus: NV9169.

CSJN., 27/11/1986, "Sejean, Juan B. v. Zaks de Sejean". Fallos 308:2268.

Trib. Col. Familia Mar del Plata, (03/09/2008) "M., M. G.", LL70055102.

2. INTERNACIONAL

CIDH, 24/02/2012, "Atala Riffo y Niñas v. Chile", AP AP/JUR/948/2012.

CIDH, 27/04/2012, "Fornerón, e hija v. Argentina", AP AP/JUR/901/2012.

CIDH, "Caso Furlán y familiares v. Argentina. Reparaciones y Costas". Sentencia de 31 de agosto de 2013 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.