



CELERIDAD DEL RÉGIMEN DE DIVORCIO EN EL
NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

SEMINARIO FINAL DE GRADUACIÓN
NOMBRE: GERARDO DAVID PEREZ BLANCHARD
LEGAJO: VABG 32488
CARRERA: ABOGACÍA

RESUMEN

El presente trabajo se centra en analizar el alcance del régimen de divorcio regulado por el nuevo Código Civil y Comercial Argentino (CCyC). Se tratará de demostrar si esta reforma dotará de celeridad y economía procesal al instituto del divorcio, adaptándose a las exigencias de la sociedad actual, permitiendo a los cónyuges tomar tan difícil decisión de manera menos conflictiva para las partes y para el seno familiar en general.

Se abordarán los principios fundamentales en los que se apoya el instituto del divorcio y sus diferencias con la anterior separación personal, con la finalidad de evidenciar los diferentes efectos jurídicos que producen, vislumbrando las posturas y diferentes tratamientos que conciben al divorcio como remedio o como sanción.

Finalmente este trabajo pretende analizar específicamente los cambios introducidos por el nuevo Código Civil y Comercial respecto de los plazos requeridos para solicitar el divorcio y los cambios introducidos en materia de causales y requisitos que se deben acreditar para solicitarlo. Hecho esto, podremos comparar la figura de la solicitud individual, introducida por el nuevo Código y su paralelismo con la solicitud conjunta contemplada en la normativa anterior.

Palabras Claves: Economía procesal, divorcio, causales, efectos jurídicos, plazos.

ABSTRACT

This paper focuses on analyzing the scope of the scheme Divorce regulated by the New Argentine Civil and Commercial Code (CCC). It will seek to demonstrate whether this reform will provide for procedural economy and speed the Institute of divorce, adapting to the demands of modern society, allowing spouses to take difficult decision less controversial way for the parties and for the family in general.

It is approached from the fundamental principles on which the Institute of Divorce and its differences with the last personal separation, in order to highlight the different legal effects produced glimpsing positions and different treatments to conceive divorce rests as a remedy or as a sanction.

Finally, this work aims specifically at the changes introduced by the new Civil and Commercial Code regarding the terms required to solicit for divorce and the changes on grounds and requirements accredited to solicited. That done, we can compare the figure of the individual application, introduced by the new Code and its parallels with the joint application referred to in the previous legislation.

Keywords: Procedural economy, divorce, legal effects, grounds, terms

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	pág. 6
MARCO METODOLÓGICO	pág. 8
1. Justificación	pág. 8
2. Objetivos	pág. 10
3. Metodología	pág. 11
CAPÍTULO I: Del Matrimonio.	
1.a) Introducción.	pág. 15
1.b) Etimología.	pág. 15
1.c) Evolución histórica.	pág. 17
1.d) Concepto actual.	pág. 21
1.e) Conclusiones parciales.	pág. 23
CAPÍTULO II: Del Divorcio: Régimen del Código Civil.	
2.a) Introducción.	pág. 25
2.b) Concepto genérico.	pág. 25
2.c) Divorcio-sanción y divorcio-remedio.	pág. 26
2.d) Régimen del Código Civil.	pág. 27
2.d.1) La separación personal. Causales.	pág. 27
2.d.2) El divorcio vincular. Causales.	pág. 32
2.d.3) Efectos del divorcio vincular y la separación personal.	pág. 34
2.d.3.1) Efectos propios del divorcio vincular.	pág. 34
2.d.3.2) Efectos propios de la separación personal.	pág. 34
2.d.3.3) Efectos comunes del divorcio vincular y la separación personal.	pág. 35
2.d.4) Conversión de separación personal en divorcio vincular.	pág. 37
2.d.5) Tendencia jurisprudencial anterior a la reforma	pág. 37
2.e) Conclusiones parciales.	pág. 38
CAPÍTULO III: El Divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación.	
3.a) Introducción: fundamentos de la reforma.	pág. 39
3.b) Análisis normativo.	pág. 41
3.b.1) Legitimación	pág. 42

3.b.2) Requisitos y procedimiento.	pág. 44
3.b.2.1) Supuesto de pedido unilateral de divorcio.	pág. 46
3.b.2.2) Supuesto de pedido conjunto de divorcio.	pág. 48
3.b.2.3) Convenio regulador.	pág. 49
3.b.2.3.1) Modificación del convenio regulador.	pág. 50
3.b.2.3.2) Homologación del convenio.	pág. 51
3.b.2.4) Compensación económica.	pág. 51
3.c) Conclusiones parciales.	pág. 56
CAPÍTULO IV: Primeros resultados.	
4.a) Introducción.	pág. 59
4.b) El nuevo régimen del divorcio y los medios de comunicación.	pág. 60
4.c) Algunos casos de jurisprudencia.	pág. 63
4.d) Opiniones de la doctrina.	pág. 65
4.e) Conclusiones parciales.	pág. 68
CONCLUSIÓN FINAL	pág. 69
BIBLIOGRAFÍA	pág. 73

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal del presente trabajo se centra en analizar el alcance del régimen de divorcio regulado por el nuevo Código Civil y Comercial argentino.

A tal efecto, se han planteado algunos objetivos específicos que nos permitirán dar un acabado panorama del alcance del nuevo régimen de divorcio de la República Argentina, haciendo un análisis comparativo con la legislación anterior y antecedentes históricos del instituto del derecho privado en estudio.

Es por ello que la estructura está dispuesta en cuatro capítulos, se pretende que el lector vaya incorporando conceptos, ideas y doctrina respecto de la evolución del instituto del divorcio en nuestro ordenamiento. Como se verá, el eje del presente trabajo de investigación se encuentra en el tercer y cuarto capítulo donde se comparan al anterior y al nuevo modelo del divorcio.

Para ello, resulta necesario primeramente analizar el matrimonio como momento justamente de unión o nacimiento del vínculo matrimonial. Se expondrá entonces en el capítulo primero su etimología, concepto y evolución histórica.

Luego, el capítulo II ya ingresa en el tema de estudio exponiéndose el anterior régimen del divorcio dado por el Código Civil: la disolución del vínculo matrimonial, conceptos, causales, y formas de disolución, diferencias entre el divorcio vincular y separación personal. Este Capítulo pretende también sentar las diferentes opiniones y doctrina respecto del divorcio entendido como sanción o como remedio.

Por último, y ya con una idea acabada del régimen precedente, en el capítulo III el lector podrá encarar el estudio de la reforma del CCyC, entendiendo el espíritu y naturaleza de la ley 26.994, encargada de introducir las reformas en cuestión. A tal efecto, se exponen los temas centrales que ha tenido en miras la Comisión Reformadora como la prevalencia de la autonomía de la voluntad por encima del

concepto de orden público. Se expondrán entonces, los requisitos y procedimientos del nuevo trámite de divorcio en el CCyC.

El capítulo IV, a través de las primeras reacciones sociales en los medios de comunicación, algunos casos de jurisprudencia y la doctrina pretende lograr conclusiones respecto de los objetivos planteados anteriormente.

Por tal motivo, el presente trabajo reseñará el período comprendido desde la entrada en vigencia del Código Civil en el año 1871, pasando por las distintas leyes y decretos que fueron modificando al instituto del divorcio, terminando en la ley 26.994 que reforma al Código y que entró en vigencia el 01 de Agosto de 2015. No podemos descartar en el marco de lo investigado la evolución jurisprudencial al respecto, encabezada por el emblemático caso SEJEAN y otros tantos cuyas sentencias se han ido acomodando a la realidad por encima de la legislación en cada caso concreto.

La doctrina nacional venía reclamando un cambio en la regulación del divorcio que quedaba relegada ante la realidad reinante.

En este sentido Mizrahi ha expuesto que:

“A veinticuatro años de la sanción de la ley 23.515, ha llegado la hora, sin lugar a dudas, de encarar una reforma sustancial de nuestra Ley de Divorcio; y ello para poner a tono nuestro derecho con la realidad social que nos toca vivir. Es que el orden jurídico no tiene otra alternativa que transformarse al compás de la evolución de nuestra sociedad, pues la movilidad de ésta convierte, tarde o temprano, la regla de derecho —si se mantiene cristalizada— en un precepto caduco; y por eso resulta indispensable que la ley marche a la zaga de los hechos sociales.”(Mizhari, 2012, pág. 1 y ss).

MARCO METODOLÓGICO:

1. JUSTIFICACIÓN:

La disolución del matrimonio ha sido uno de esos temas de nuestro ordenamiento jurídico donde los juristas se preguntaron que vino primero: la conducta de divorciarse o la norma que lo permitió.

Siempre existió el infructuoso debate de quién responde a quién: si es la realidad social la que, preexistiendo a la norma, se impone por sobre el derecho y logra la reacción del legislador que termina “reconociendo” tal hábito social mediante una norma llamada a regular tal conducta preexistente; o por el contrario, si es el derecho el que a través de la sanción de una norma jurídica da nacimiento a un nuevo comportamiento social que no existía preexistentemente.

Sin embargo, nadie podría desconocer que el derecho como instrumento de paz social es esencialmente dinámico, en tanto ha de evolucionar acorde a los cambios sociales que demandan una respuesta jurídica y así, una nueva regulación legal.

La familia siempre se ha entendido como el eje fundamental de la sociedad, en especial la que tiene base en el matrimonio, razón por la cual siempre fue tutelada y regulada por el Estado argentino. Las normas básicas referidas a ella se encuentran fundamentalmente reguladas por el Código Civil.

La evolución legislativa ha receptado numerosos cambios, a lo largo de la historia de nuestro país, con respecto a las relaciones de familia y más específicamente con lo relacionado a la posibilidad, formas y procedimientos de disolver el matrimonio. Por estos días, una vez más la cuestión cobra relevancia, dada la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, que viene a incorporar novedades respecto del trámite de divorcio.

Ahora bien, fuera del ámbito estrictamente normativo, y teniendo en cuenta lo expresado ut supra sobre la importancia de la familia como eje de la sociedad y en una simple observación de todos estos años de vigencia del ya antiguo régimen, es una realidad que los divorcios o separaciones generan conflictos cuyo allanamiento resulta muchas veces imposible a las partes involucradas, sin perjuicio de que los derechos de una u otra parte pueden quedar vulnerados. Asimismo, cuando hay hijos involucrados, son por lo general ellos quienes terminan siendo víctimas de la incapacidad de los padres a tomar decisiones equilibradas.

Si a esto le sumáramos que cuando uno o ambos cónyuges deseaban dar por finalizado el vínculo matrimonial, se encontraban ante la exigencia de demostrar su causa: ya fuese el adulterio, la tentativa de uno de los cónyuges hacia la vida del otro, la instigación a cometer delitos, las injurias graves, el abandono voluntario y malicioso, o la separación de hecho, más difícil e imposible resulta llegar a una disolución “amigable” o de “común acuerdo”. Incluso cuando ambos para finalizar su vínculo debían cumplir con el requisito de haber estado tres años casados. Todas estas circunstancias derivaban en procesos largos, costosos y muchas veces tormentosos, y que terminaban afectando al núcleo familiar, llegando incluso, en algunos casos a facilitar el chantaje, o la utilización de los propios hijos como medio de extorsión.

Creo necesario y útil tomar las palabras de Pellegrini¹, quien supo sostener:

"Dentro de las modificaciones que propone el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial al derecho civil argentino, uno de los temas que generará un fuerte impacto en la vida cotidiana de la ciudadanía es, sin dudas, el

1 La Dra. María Victoria Pellegrini es especialista en derecho de familia e integrante de la Comisión Reformadora de Derecho de Familia.

modo en que se regula la formalización jurídica del quiebre de la vida matrimonial, es decir, el divorcio vincular". (Pellegrini, 2012, p. 223).

He allí el principal motivo de justificación del presente trabajo.

Sin dudas, el deseo natural de las personas de compartir su vida junto a otro, y a la vez, el de dejar de hacerlo por cualquier causa, hace a la naturaleza y al desarrollo propio del ser humano.

Tal vez, las modificaciones introducidas en el trámite del divorcio por el nuevo Código sean las de mayor repercusión en la cotidianidad de las personas.

Por ello, la simple necesidad y motivación de descifrar su contenido y averiguar si, al menos desde el espíritu de la reforma y en la ley se busca alcanzar los objetivos de sencillez y celeridad en el trámite. Luego, el tiempo, la experiencia y el devenir de la práctica jurídica dirán si nuevamente queda obsoleta siendo necesario que el derecho se acomode a la realidad social.

2. OBJETIVOS:

Por todo ello, surge el objetivo principal del presente trabajo de investigación: exponer y analizar el régimen del divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina a fin de verificar si se han superado las dificultades y problemas del anterior sistema, y si el mismo se ajusta a las demandas que exige la sociedad actual, haciendo que sea más rápido, sencillo y económico obtener una sentencia de divorcio.

A tal efecto, resulta necesario recorrer la evolución histórica del instituto del divorcio en nuestro ordenamiento hasta llegar al nuevo Código Civil y Comercial, para así poder, a través del análisis comparativo respecto del anterior modelo alcanzar las conclusiones pretendidas.

3. METODOLOGÍA:

El presente trabajo plantea abrir la mirada y análisis de la realidad actual, social y específicamente matrimonial receptada o captada por las reformas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. A tal efecto, la investigación científica se llevará a cabo dentro de un marco metodológico que brinde las pautas que guían al investigador.

Para ello se hará referencia a los tipos de investigación, estrategia metodológica, tipo de recolección de datos, fuentes, contexto temporal.

Tipo de estudio o investigación

Según José Alberto Yuni y Claudio Ariel Urbano (2006) podemos distinguir cuatro tipos de investigación: exploratorio, descriptivo, correlacional y explicativo. En el presente trabajo, el tipo de investigación a utilizar es el *descriptivo*.

La metodología descriptiva “apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales. Estos estudios no implican la comprobación de hipótesis, ya que su finalidad es describir la naturaleza del fenómeno a través de sus atributos” (Yuni y Urbano, 2006, pag.80).

Es necesario para lograr una comprensión correcta del tema, partir de la descripción del mismo. Mediante la utilización del método descriptivo y haciendo un análisis de la realidad, doctrina reinante antes y después de la reforma del nuevo Código Civil y Comercial y jurisprudencia antecedente, la presente investigación pretende analizar las adecuaciones a la aplicabilidad de la nueva legislación sobre divorcio y demostrar la hipótesis planteada.

Estrategia metodológica

En consonancia con la hipótesis que se planteó para el presente trabajo, se considera que el enfoque cualitativo es el adecuado para esta investigación, ya que la

misma estará dirigida a recoger aquellos datos que no se encuentran estandarizados, y por consiguiente no tiene como propósito realizar un análisis estadístico, sino lo que buscará es determinar cómo queda regulado el instituto del divorcio con el nuevo Código Civil y Comercial unificado, cuales son las diferencias fundamentales con su predecesor y su aplicabilidad y adecuación a la realidad social actual.

Este es un método que utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de la interpretación. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, Baptista Lucio, 2003).

Fuentes a utilizar

“Llamamos fuentes de información a aquellas obras o productos de comunicación científica, que se presentan en diferentes formatos, periodicidad y sistematicidad” (Yuni y Urbano, 2006, pág. 85).

Podemos distinguir tres tipos de fuentes: primarias, secundarias y terciarias. En este trabajo utilizaremos las siguientes:

“Fuentes primarias: en las que los autores informan directamente de los resultados de sus estudios, a través de libros, artículos en revistas especializadas, monografías, e incluso tesis. Estas fuentes son de interés para el investigador ya que cuando se detecta un autor que haya trabajado el tema, es posible rastrear otros trabajos de él, e incluso entablar comunicación” (Yuni y Urbano, 2006, p.85).

Las principales fuentes primarias con las que se trabajará serán el Código Civil y Comercial, Anteproyecto de reforma, leyes 23.515 y 26.994, fallos y sentencias que fueron delineando el nuevo régimen.

“Fuentes secundarias: se denominan así porque someten a un proceso de reelaboración a las fuentes primarias. Son publicaciones en la que los autores informan de trabajos realizados por otros autores” (Yuni y Urbano, Ed.2006, p.85).

En el presente trabajo se empleará códigos comentados, doctrina de diversos autores que hacen mención a la temática abordada, revistas especializadas y ponencias.

“Fuentes terciarias o de referencias generales: se trata de documentos que compendian nombres y títulos de revistas y otras publicaciones periódicas, así como nombres de centros de investigación, universidades y fundaciones que pueden haber realizado trabajos sobre el tema” (Yuni y Urbano, 2006, pag.85 y 86).

La fuente terciaria que se utilizará será el Compendio de Conferencias dictadas en el marco de la Diplomatura sobre el nuevo Código Civil y Comercial unificado de la Universidad Nacional de Cuyo.

Técnicas de recolección de datos

Para la recolección de datos, mediante la utilización de la investigación cualitativa, podemos valernos de múltiples técnicas teniendo en cuenta las posibilidades del investigador, los requerimientos del trabajo a realizar y las necesidades a las cuales se destina dicha investigación. “La investigación cualitativa es plural, ofrece amplitud de criterios a lo largo de todo el proceso de investigación, por lo tanto no hay “recetas” fijas como en la investigación cuantitativa” (Millán, 2008).

La técnica de recolección de datos será la observación de datos o documentos, a través del análisis de fuentes primarias, secundarias y terciarias. Es decir, legislación nacional, libros, jurisprudencia, revistas especializadas, ponencias que estén relacionados con la antigua y nueva legislación en materia de divorcio.

En cuanto a las técnicas de análisis de datos, se utilizarán preferentemente las estrategias de análisis documental y de contenido, en cuanto que las mismas nos permitirán interpretar adecuadamente las condiciones previstas por la ley para el

otorgamiento del instituto, como así también, las dificultades y particularidades que se presentan en su aplicación práctica por parte de los tribunales.

Delimitación temporal y nivel de análisis

El espacio temporal del presente trabajo queda circunscrito entre el período comprendido desde la entrada en vigencia del Código Civil en el año 1871, pasando por las distintas leyes que fueron modificando al instituto del divorcio, entre ellas tenemos las leyes 2.393, 14.394 art.31, 17.711 y la 23.515. No obstante esta amplitud de tiempo, se pondrá especial énfasis en la ley de matrimonio Nro. 23.515 del año 1987 y la ley 26.994 que reforma al código y que entrará en vigencia el 01 de Agosto de 2015.

En lo que respecta a los niveles jurídicos de análisis, la investigación comprenderá principalmente el Código Civil, y también aquellos fallos que marcaron un antecedente para las distintas reformas que fue sufriendo el instituto en cuestión.

También se utilizarán aquellos Tratados Internacionales, que consagran distintas garantías o principios que influyeron principalmente en la última reforma que se le realizó al Código Civil.

CAPÍTULO I: MATRIMONIO

1.a) INTRODUCCIÓN

En nuestra época y a pesar de que no fue igual en todos los tiempos, resulta difícil pensar en otro acto de mayor libertad y simple deseo de una persona que compartir sus días y su destino junto a otra, aún, independientemente de la existencia de un vínculo legal o meramente fáctico.

La familia siempre se entendió como el eje fundamental de una sociedad, y el matrimonio apareció como la forma de darle seguridad jurídica a esa unión de dos personas que decidían formar una familia, razón por la cual siempre fue tutelado y regulado por el Estado.

En este primer capítulo, se pretende entender al instituto del matrimonio como momento justamente de unión o nacimiento del vínculo matrimonial. Se expondrá su etimología, concepto y evolución histórica. Así, se podrá avanzar en el ingreso del tema objeto de estudio del presente trabajo de investigación: el divorcio.

1.b) ETIMOLOGÍA

El origen etimológico de la palabra matrimonio no es claro, y no existe un consenso respecto de su origen.

Lloveras², nos explica que matrimonio proviene del latín “*matrismunium*”, donde “*matris*” significa “madre”, y “*munium*”, “gravamen o cuidado”. Entonces, el término haría referencia al cuidado, la formación y la crianza de la madre hacia sus hijos (Lloveras, 2009, p.13).

²Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Ramos Pazos³, opina que en realidad provendría de "*matreummuniens*", significando la idea de defensa y protección de la madre. (Ramos Pazos, 2007. p. 27).

En definitiva, estas opiniones resaltan la "*condición de madre*" del término matrimonio y su rol preponderante en la noción de la familia tradicional.

En una comprensión más amplia, Pianigiani considera que la expresión "*matrimonio*" en su aspecto etimológico proviene de las lenguas romances, debiéndose tener en cuenta el concepto del contrato de matrimonio considerado por el derecho Romano, que tiene su fundamento en el rol natural de la mujer que la lleva a procrear una familia con un hombre. Por ello, la define como la unión entre un hombre y una mujer, siendo así (*matriz/madre*) y *monium*, cuidado del (*Padre/hombre/marido*) de la (*matris/madre*). (Pianigiani, 1993, p. 327).

Alfonso X el Sabio (1252-1284) dejó por escrito testimonio de lo que él considera el origen etimológico de la palabra matrimonio en Las Siete Partidas: "*Matris et monium son dos palabras del latín que tomó nombre matrimonio que quiere tanto decir en romance como oficio de madre. Et la razón por la que lo llaman matrimonio al casamiento et no patrimonio es esta, porque la madre sufre mayores trabajos con los fijos que non el padre*".(Borda, 1993, p.133).

En contraste con estas nociones occidentales se puede mencionar la del idioma árabe, donde el término más usado en árabe para referirse a esta institución es زَوَاج (zawāy), que literalmente significa "unión, emparejamiento". (Diccionario Árabe, 2007, p.367).

Como sinónimos de matrimonio también se utilizaron términos como consorcio, también de raíz latina, proveniente de *cum sorts* es decir suerte común.

³Jurista chileno.

También la palabra cónyuge tiene origen latín proviniendo de la palabra cum y yugum, que alude al yugo o carga común que soportan los esposos.

1.c) BREVE RESEÑA HISTÓRICA.

Antes de comenzar a exponer el objeto del presente trabajo de investigación, el divorcio y su nueva regulación, es necesario hacer en forma breve un recuento de la evolución histórica del matrimonio, especialmente porque de ella puede apreciarse el profundo significado, que esta institución ha tenido a través de la existencia de la humanidad.

Sintéticamente, siguiendo a Sojo Bianco, se puede dividir la historia del matrimonio en cuatro períodos: Período Primitivo; Período del Derecho Romano, Período del Cristianismo y Período Contemporáneo. (Sojo Bianco, 1996, p.58 y ss.)

1.- Período Primitivo: Aquí parece ser que era práctica corriente la unión del hombre con varias mujeres (poligamia), sin descartar la situación contraria, es decir, la unión de una mujer con varios hombres (poliandria). Con el cese de la vida nómada, el apareamiento del hombre y la mujer deja de ser un hecho circunstancial y la vida de la pareja se estabiliza en busca de soluciones a sus necesidades vitales y así surgen nuevas formas de comportamiento que derivan en la formación del núcleo familiar, el clan, la tribu y mucho más tarde el Estado.

2.- Período del Derecho Romano: A través del Derecho Romano el matrimonio se perfila hacia su actual estructura. Durante la etapa del Derecho Romano Arcaico, se conserva el matrimonio de hecho, pero si bien se tiene en cuenta el elemento material configurado por la *deductio* de la esposa *in dominismariti*, es decir, el traslado de la esposa a la casa del marido para iniciar la convivencia, toma

mayor relevancia el aspecto espiritual, a partir de la intención de quererse y permanecer unidos para toda la vida, denominado *afectio maritales*. Por ello, el consentimiento matrimonial romano debía renovarse día a día. A propósito, Modestito, en el Digesto, señaló que el matrimonio es “*unión del hombre y la mujer; consorcio para toda la vida; comunidad de derechos divinos y humanos*”.

La expansión de Roma y el contacto con otros pueblos y costumbres, hicieron que cada día se relajara más el matrimonio, dando lugar al divorcio y al adulterio.

Ante tal situación, el Cristianismo reacciona, reivindicando la institución del matrimonio, rechazando el divorcio y dignificando a la mujer.

3.- El período del Cristianismo, puede a su vez, separarse en dos etapas: la anterior al Concilio de Trento y la que sigue a éste. La primera se inicia hacia el siglo IX, cuando comienza a regularse el matrimonio por normas cristianas. Primero, la intervención fue lenta y gradual, y luego, fue acentuándose a medida que la Iglesia ganó adeptos. Para el siglo X ya se reconoce que es la Iglesia la única fuente de autoridad en el matrimonio. En el siglo XII se consolida su papel a la naturaleza del vínculo matrimonial y a la forma de constituirlo, para culminar con el Concilio de Trento (1542-1563), en el que se establece que todo lo referido al matrimonio quedara regido por el Derecho Canónico, afirmándose que es de exclusiva competencia de la Iglesia.

Así, el matrimonio pasa a ser un sacramento solemne e indivisible, independientemente de la voluntad de los contrayentes, comparándose la unión de los esposos con la unión de Cristo con su Iglesia y como tal indisoluble: “*Lo que Dios une, el hombre no lo puede separar*”.

4.- Período Contemporáneo: La hegemonía de la Iglesia en el matrimonio se mantiene durante toda la Edad Media, pero comienza a decrecer durante el Siglo XVI

y se acentúa a medida que surgen los Estados Modernos junto a la influencia del movimiento de la Reforma de Martín Lutero en Alemania, que pronto se extiende a todo el mundo cristiano. Para Lutero el matrimonio no es indisoluble, puesto que no es un sacramento, *“sino una cosa mundana, externa, como el vestido, la comida y la casa”* y, por ello, no debía estar regulado por la Iglesia sino por la autoridad civil.

Hacia 1580 aparece en Holanda el matrimonio civil para que puedan legalizar su unión los no católicos. Así el Poder Civil se reivindica para el matrimonio, variando en diferentes países según la influencia de la Iglesia.

Con la revolución francesa, la Constitución de 1791 proclama en Francia el principio de que el matrimonio es un estado civil y no religioso, debiéndose celebrarse ante la autoridad civil y registrarse en los libros correspondientes. Luego, la revolución francesa y sus valores se expandieron y propagaron a todo el mundo católico la idea del matrimonio civil.

Corresponde ahora, reseñar brevemente la evolución histórica del matrimonio en nuestro país, a la vez que recorreremos la del divorcio.

Antes de la sanción del código civil el divorcio estuvo regido por la legislación canónica. (Belluscio, 2002, p. 369)

Así, siguiendo a Pugliese, hasta la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield en 1871, matrimonio y divorcio estaban regulados por el derecho canónico (para el matrimonio celebrado entre católicos y mixtos con autorización de la iglesia), en tanto que entre no católicos, eran competentes los tribunales civiles y siempre con efecto de separación personal. El Código Civil sólo introdujo algunos cambios pero le mantuvo reservada a la Iglesia Católica la celebración del matrimonio y a los jueces eclesiásticos decretar el divorcio, sin autorizar a casarse nuevamente, si se daban los

causales para ello; mientras que eran los jueces civiles los que entendían sobre las consecuencias del divorcio (tenencia de los hijos, distribución de los bienes, etc.).

Con la Generación del 80, en el año 1888 se dicta la Ley N° 2.393 por la que el matrimonio y el divorcio pasan a regirse por el Estado, pero sin autorizar un nuevo matrimonio a los divorciados. Siempre, el divorcio estaba fundado en la culpa de los cónyuges: infidelidad, abandono de la cohabitación, etc., adoptando el régimen de divorcio - sanción

En 1954, con la Ley N° 14.394, art. 31 se permite que el divorcio extinga el vínculo matrimonial transcurrido un año desde la sentencia. Se legisla la posibilidad que los divorciados puedan casarse nuevamente, pero habría de durar muy poco, ya que con la caída del gobierno de Perón quedó sin efecto.

En 1968 se dicta la ley 17.711 que autoriza el divorcio de mutuo acuerdo, sin tener que demostrar la culpa de alguno de los contrayentes, pero sin disolver el vínculo matrimonial, adhiriendo al régimen del divorcio remedio

En el año 1986 con el fallo de la Corte Suprema en el caso Sejean, se estableció que los artículos que establecían que el matrimonio era indisoluble eran inconstitucionales. En este fallo, Juan Bautista Sejean c/ Zaks de Sejean, la Corte Suprema de Justicia dio lugar al recurso extraordinario interpuesto, ordenando se dicte una nueva sentencia que restablezca la aptitud nupcial de las partes al disolver el vínculo del matrimonio.

En el año 1987, durante la presidencia del Dr. Raúl Ricardo Alfonsín, se dictó la Ley N° 23.515, la cual permitió la disolución del vínculo matrimonial permitiendo recuperar la aptitud nupcial. También agregó nuevas causales de extinción del vínculo que no necesariamente implicaban la culpa del otro, como por ejemplo alcoholismo o

drogadicción, etc., configurando nuevas causales de divorcio remedio (Belluscio, 2002, p. 370).

Asimismo, permitió divorciarse a los que estuvieran separados de hecho sin necesidad del consentimiento del otro, demostrando que se habían separado hacía más de dos o tres años.

En el 2010 se sanciona la llamada ley de “matrimonio igualitario” N° 26.618 dando un nuevo concepto de matrimonio y con la sanción del Código Civil unificado, como veremos, se avanza en el trámite de divorcio admitiendo el mismo por voluntad de una sola de las partes, reconociendo además derechos y obligaciones a los que viven en unión convivencial. (Pugliese, 2011, p.27 y ss.).

1.d) CONCEPTO ACTUAL

Belluscio ha enseñado que:

“La palabra "matrimonio" puede tener tres significados diferentes, de los cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y en el tercero, es la pareja formada por los esposos.” (Belluscio, 2002, p.161).

También ha dicho Belluscio que:

“En la doctrina nacional se han intentado varias definiciones del matrimonio. Pero el esfuerzo por hacerlo con precisión es un tanto vano, máxime cuando en la definición se introducen notas que lo caracterizan en el derecho argentino más no en otros ordenamientos jurídicos.”(Belluscio, 2002, p. 162)

Ahora bien, el anterior recorrido histórico ha permitido arribar a la nueva noción de matrimonio que contempla el reciente entrado en vigencia Código Civil,

que lógicamente, recepta la noción de la Ley N° 26.618 del año 2010 en tanto de posibilitar el matrimonio de personas del mismo sexo.

Al respecto, Solari ha expresado:

“Los cambios de paradigmas en la sociedad van provocando modificaciones en las leyes; muchas veces, esos cambios entran - inexorablemente- al mundo jurídico por la puerta de los tribunales. La labor de los jueces, en su labor pretoriana, les permite recoger los fenómenos sociales, visualizando en el mundo jurídico innegables realidades sociales.” (Solari, 2009, p.196).

La norma clave en la nueva noción de matrimonio está dada por el art. 172 del Código Civil:

“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”

Creo totalmente adecuadas las palabras de Solari que ha dicho:

“En verdad, éste era el cambio sustancial que se pretendía introducir, pues el derogado texto limitaba la institución matrimonial a las uniones heterosexuales, al decir hombre y mujer. La valla en el orden interno que había consagrado otrora el legislador argentino en la ley de matrimonio civil ha quedado definitivamente superada con la nueva redacción. Ahora dice " ambos contrayentes", con lo que se independiza la condición sexual de los celebrantes y, a la vez, queda explicitado que la unión es de dos personas, manteniendo un elemento esencial del matrimonio, consistente en la monogamia.

Asimismo, se agrega un nuevo párrafo: *“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”* (Solari, 2009, p.201 y ss.)

1.e) CONCLUSIONES PARCIALES.

En este primer capítulo introductorio, se han expuesto las distintas nociones respecto del significado etimológico del matrimonio; se recorrió la paulatina independencia de la órbita civil sobre la eclesiástica en torno a la regulación del matrimonio y se arribó a la noción actual que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Aunque aún falta cierto camino para independizar plenamente al Estado de la Iglesia, como lo sería la eliminación constitucional del sostenimiento del culto católico por parte del Estado argentino, considero que los pasos dados son enormes y correctos.

Aunque, desde lo sociológico, las uniones homosexuales siempre existieron, nunca habían tenido un reconocimiento integral de derechos. Por ello, el legislador argentino ha alcanzado un avance trascendental en la legislación, que nos ubica, sin dudar, entre los países más avanzados en la materia.

En lo personal comparto el criterio finalmente alcanzado luego del debate dado a nivel legislativo. Considero que la igualdad debe ser la base y uno de los valores fundamentales que debe apuntar el derecho hacia su objeto de dotar de orden a una sociedad. En definitiva, se consagran los mismos derechos para las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, a través de un único nombre: el matrimonio civil.

Corresponde ahora sí, incursionar en el objeto del presente trabajo de estudio, el divorcio y analizar su regulación.

Con respecto a los antecedentes históricos del divorcio, se logró recién en el año 1.987 con la Ley N° 23.515 y después del emblemático caso Sejean, lograr que las parejas que se divorcian puedan volver a contraer matrimonio, regulando esta ley la vida de los argentinos, en esta materia hasta la entrada en vigencia del nuevo Código. Excepcionalmente con la ley N° 14.394 del año 1.954 se permitió la disolución del vínculo transcurrido un año desde la sentencia de divorcio, intento que quedo trunco por su derogación por parte del gobierno de facto.

CAPÍTULO II: LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

2.a) INTRODUCCIÓN.

Recorrido el camino de la noción y la evolución histórica del matrimonio, corresponde ahora, ingresar al tema objeto de estudio del presente trabajo de investigación: la disolución del vínculo matrimonial, el divorcio.

En este segundo capítulo, se expone el régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield que, si bien a raíz de la reciente reforma ha perdido vigencia, nos permitirá concluir claramente el cambio moral y social impulsado con el nuevo Código y, en definitiva, dar muestra del salto cualitativo que ha dado la legislación en materia de derecho de familia como respuesta a un fenómeno social, y específicamente, responder la cuestión planteada, respecto de si se alcanza mayor celeridad en el trámite de divorcio, tal como la sociedad venía reclamando.

2.b) CONCEPTO GENERAL.

El divorcio, del *latín divortium*, es la disolución del matrimonio, mientras que, genéricamente, hace referencia al proceso judicial que tiene como objeto poner fin a la unión conyugal.

Justamente, el divorcio aparece en nuestro Código Civil y Comercial, como una de las causas de disolución del matrimonio.

“El matrimonio se disuelve por:

- a) muerte de uno de los cónyuges;*
- b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;*
- c) divorcio declarado judicialmente.” (Art. 435 CCyC).*

Entonces, el divorcio implica, una vez dictada la sentencia judicial respectiva, la disolución del vínculo existente entre los cónyuges a partir del matrimonio, y en

consecuencia también, de la sociedad patrimonial creada por dicho vínculo. Por eso también recibe el nombre de “divorcio vincular”. (Lloveras, 2009, p.133).

2.c) DIVORCIO-SANCIÓN Y DIVORCIO-REMEDIO.

En el mundo se distinguen claramente dos posiciones respecto de la noción misma del divorcio: como sanción o como remedio.

Creo útil tomar las palabras de Belluscio, quien lo explica en los siguientes términos:

“Con relación a los motivos que pueden dar lugar al divorcio -sea absoluto o limitado- existen dos diferentes criterios. Para uno el divorcio es una sanción impuesta a uno de los cónyuges por haber incurrido en hechos que la ley considera suficientes para aplicarla; para otro, es una solución para poner fin a una situación objetiva, derivada o no de culpa de los cónyuges, que hace imposible o más o menos difícil el mantenimiento de la convivencia. En el primer caso se habla de divorcio-sanción, y en el segundo, de divorcio-remedio.

En el sistema de divorcio-sanción, es ordinariamente decretado por la autoridad judicial sobre la base de la causal en que incurrió uno de los cónyuges, a petición del otro. En el de divorcio-remedio puede decretárselo a pedido de uno de los cónyuges en virtud de existir una causal legalmente prevista -que puede no implicar culpa de ninguno de los esposos, como las enfermedades físicas o mentales-, pero también puede admitírselo a petición de ambos esposos sobre la única base de su mutuo consentimiento; en algunos casos, basta la voluntad unilateral de un cónyuge.”(Belluscio, 2002, p.426, párr. 1°).

2.d) RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL

Con la sanción de la Ley N° 23.515 en 1.987 que importó la reforma al instituto del matrimonio, nuestro Código Civil adoptaba un sistema mixto, donde encontrábamos la noción de divorcio-remedio, basado en causales objetivas, independientes a la voluntad de los cónyuges y; la concepción del divorcio como sanción, que se sustentaba en causales subjetivas a partir de la culpa de alguno de los cónyuges.

A la vez del divorcio vincular, instituía la separación personal. Así, mientras el “divorcio vincular” provocaba la disolución de la sociedad conyugal y del vínculo matrimonial, pudiendo los divorciados contraer un nuevo matrimonio; la “separación personal” solamente provocaba la disolución de la sociedad conyugal, sin que pudieran los separados contraer un nuevo matrimonio. Incluso, nuestra legislación permitía la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular.

2.d.1) La separación personal. Causales.

Como hemos dicho, la separación personal ocasionaba la disolución de la sociedad conyugal, pero subsistía el vínculo matrimonial y, por tanto, el impedimento de contraer un nuevo matrimonio.

Las causales por las cuales podía pedirse la separación personal eran:

- 1) por culpa del otro cónyuge;
- 2) por trastornos de conducta del otro derivado de alteraciones mentales, alcoholismo o drogadicción;
- 3) por “separación de hecho sin voluntad de unirse”;
- 4) por “presentación conjunta” (mutuo acuerdo).

Lloveras enseñaba que los causales de los puntos 2) y 3) se denominaban "causales objetivas". (Lloveras, 2009, p.111).

1) Culpa del otro cónyuge.

El art. 202 del Código Civil decía:

"Son causas de separación personal:

1° El adulterio;

2° La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador;

3° La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;

4° Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;

5° El abandono voluntario y malicioso."

Al respecto, Belluscio opinaba que:

"Son hechos que, en definitiva, implican graves violaciones de los deberes derivados del matrimonio. Ello ha permitido afirmar a algunos autores y a ciertos fallos que todas las causales no son sino variantes de una sola y fundamental: la injuria grave, que vendría así a ser la causal única que subsume a las demás, las cuales no serían sino casos particulares de ella". (Belluscio, 2002, pág.439).

Siguiendo a Lloveras, explicaremos brevemente cada una de ellas:

a) Adulterio: consiste en la unión sexual voluntaria de uno de los cónyuges con un tercero. Viola el deber de fidelidad; pero no toda violación al deber de fidelidad implicaba adulterio, puesto que debe ser una unión sexual propiamente dicha y, cualquier otra violación al deber de fidelidad debía tenerse por "injurias graves" (ej.: besar a otra mujer).

b) Tentativa de uno contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya sea como autor principal, cómplice o instigador: también era causal de separación si uno de los cónyuges mataba al hijo del otro o a un hijo de ambos.

c) Instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos.

d) Injurias graves: Belluscio explicaba:

“De las diversas definiciones que se han intentado, me parece que la más completa -sin afectar su concisión- es la que enunció en un fallo de la Cámara Civil de la Capital Federal el doctor Argentino G. Barraquero, que luego fue repetida en numerosas sentencias: son toda especie de actos, intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el esposo, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades.”
(Belluscio, 2002, pág.447).

Implicaba el principal motivo de separación por culpa, en tanto, recaían en esta causal todos los supuestos que no encuadraban en los demás y para su determinación, debían considerarse la educación, la posición social y demás circunstancias de hecho que pudieran presentarse en el caso concreto.

A modo de ejemplo, podían ser injurias graves: promover contra el otro acciones judiciales infundadas; salir de viaje sin comunicárselo a su cónyuge; llegar al hogar altas horas de la noche; el contagio consciente de una enfermedad venérea; exigir que el otro acceda a prácticas sexuales antinaturales: los delitos cometidos por uno de los cónyuges contra el otro (calumnias, injurias, lesiones, etc.); las imputaciones no probadas de hechos deshonorosos (adulterio); el incumplimiento de los deberes que surgen del matrimonio; injurias verbales o por escrito; ejercer violencia sobre el otro; la infidelidad.

e) **Abandono voluntario y malicioso:** era el incumplimiento injustificado por parte de uno de los cónyuges del deber de cohabitación entre ellos. El cónyuge resultaba culpable del abandono:

- Cuando dejaba el hogar común;
- Cuando expulsaba del hogar al otro cónyuge; y
- Cuando le prohibía la entrada al hogar al otro cónyuge.

Así, no había abandono voluntario y malicioso si uno de los cónyuges dejaba el hogar común por cuestiones de trabajo no permanentes o por enfermedad contagiosa debido a que estas razones justifican el abandono.

2) Trastornos de conducta del otro (art. 203).-

El antiguo art. 203 C.C. rezaba:

"Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos".

Lloveras explicaba que para que procediese este causal como motivo de separación personal uno de los cónyuges debía sufrir alteraciones mentales graves, permanentes, alcoholismo o adicción a las drogas y que ello impidiera la convivencia entre los cónyuges, o entre el cónyuge enfermo y los hijos. (Lloveras, 2009, pág.118).

Sólo el cónyuge sano podía solicitar la separación personal por este causal. Pero en la práctica no se utilizaba debido a que el art. 208 del C.C. obligaba al cónyuge que la invocaba a pasarle alimentos de por vida al enfermo, además de solventar el tratamiento y la recuperación.

3) Separación de hecho sin voluntad de unirse (art. 204).-

Definida por el art. 204 C.C. que en su primera parte decía:

“Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando estos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años...”

Para que procediese este causal debía haberse interrumpido la cohabitación entre los cónyuges por un período de dos o más años, sin importar el motivo de la interrupción de la cohabitación, sino que lo imprescindible era la falta de voluntad de por lo menos uno de los cónyuges en retomar la cohabitación.

4) Presentación conjunta (mutuo acuerdo).-

El anterior art. 205 C.C. decía:

“Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto en el artículo 236”.

Continuando con la explicación dada por Lloveras, era necesario para que procediera este causal de separación personal, que se trate de un matrimonio con al menos dos años de antigüedad y que ambos cónyuges estuviesen de acuerdo en separarse. Debían presentar entonces, un escrito ante el juez competente en el que reconocían la existencia de causas graves que hacían “moralmente imposible la vida en común”, es decir, no debían contar cuáles eran dichas causas.

Una vez recibido el escrito de presentación conjunta, el juez debía fijar una primera audiencia donde los cónyuges le contaban al juez cuales son las causas graves que imposibilitan la vida en común. Si el juez consideraba que estas causas eran insuficientes, rechazaba la presentación; sino intentaba reconciliarlos. Si los cónyuges no comparecían personalmente se los tenía por desistidos en su presentación.

No habiendo reconciliación, se fijaba una segunda audiencia. En esta nueva oportunidad, los cónyuges debían manifestar si habían llegado a una reconciliación o no. Aquí no era obligatorio que comparecieran personalmente, pudiendo hacerlo sus letrados apoderados.

Finalmente, si no se llegaba a una reconciliación, el juez decretaba la separación personal (o el divorcio vincular, en su caso) sin imputación de culpas y expresaba que “los motivos aducidos por las partes hacen moralmente imposible la vida en común”. (Lloveras, 2009, pág.168).

2.d.2) Divorcio vincular. Causales.-

Como se explicó, el Código Civil instituía un régimen con dos institutos distintos aunque relacionados, la separación personal y el divorcio vincular.

Los artículos 214 y 215 del viejo Código Civil enumeraban los causales por las cuales podía pedirse el divorcio vincular:

“Son causas de divorcio vincular:

1º Las establecidas en el artículo 202;

2º La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204.” (Art. 214 C.C.)

“Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236.” (Art. 215 C.C.)

Así, se resumen los causales de divorcio en los siguientes puntos:

- 1) por culpa del otro cónyuge;
- 2) por “separación de hecho sin voluntad de unirse”;

3) por “presentación conjunta” (mutuo acuerdo);

De ello se desprende que el divorcio vincular no aceptaba como causal los “trastornos de conducta” por alteraciones mentales, alcoholismo o drogadicción, como sí la separación personal; pero, de todos modos, mediante la conversión de la sentencia de separación personal podía obtenerse el divorcio, como lo señalaba el antiguo art. 216 C.C.

1) Culpa del otro cónyuge:

Aquí corresponde tener en cuenta los mismos motivos expresados anteriormente para obtener el divorcio vincular, enumerados en el anterior art. 202 del Código Civil.

2) Separación de hecho sin voluntad de unirse.

De igual modo que en la “separación personal por separación de hecho”, para que proceda este causal debían cumplirse dos requisitos: la interrupción en la cohabitación sin ánimo de restablecerla, y que no convivan los cónyuges desde tres o más años.

Salvo esta diferencia respecto de la exigencia temporal de no cohabitación, todo lo dicho sobre “separación personal por separación de hecho” se aplica para esta causa de divorcio vincular.

3) Presentación conjunta (mutuo acuerdo).-

Al igual que en la “separación personal por presentación conjunta”, para solicitar el divorcio por esta causal debían cumplirse tres requisitos: que ambos cónyuges estén de acuerdo en separarse; que reconozcan por escrito la existencia de graves causas que imposibilitan la convivencia y que el matrimonio tenga al menos tres años.

Nuevamente, salvo esta diferencia temporal, todo lo dicho sobre “separación personal por presentación conjunta” se aplica para este causal de divorcio vincular.

2.d.3) Efectos de divorcio vincular y la separación personal.

Lloveras (2009) explicaba que la sentencia de divorcio vincular y la de separación personal producen efectos propios y también efectos comunes a ambos institutos.

A continuación se enumeran unos y otros, teniendo en cuenta que mientras el divorcio vincular disolvía el vínculo matrimonial, la separación personal lo mantenía.

2.d.3.1) Efectos propios del divorcio vincular.

1) Disolución del vínculo matrimonial: al disolverse el vínculo matrimonial los cónyuges pueden volver a casarse.

2) Cesación de la vocación hereditaria: con el divorcio los cónyuges perdían el derecho a heredarse recíprocamente.

3) La mujer perdía el derecho a usar el apellido del marido, salvo que un juez la autorizara a conservarlo para realizar actividades industriales, profesionales o comerciales cuando hubiese sido conocida en dichas actividades con ese apellido; o cuando el ex marido la hubiese autorizado expresamente.

2.d.3.2) Efectos propios de la separación personal.

1) Subsistencia del vínculo matrimonial: los separados no podían contraer un nuevo matrimonio.

2) Conservación de la vocación hereditaria, solo en algunos casos: Si la separación era por culpa, el inocente conservaba la vocación hereditaria sobre el otro; si ambos eran declarados culpables ninguno de los dos la conservaba; por “separación de hecho sin voluntad de unirse”: si uno probaba la culpa del otro en la separación, el inocente conservaba la vocación hereditaria; si no había imputación de culpa, ninguno

de los dos la conservaba; por “trastornos de conducta”: el enfermo conservaba la vocación hereditaria sobre su cónyuge; por “presentación conjunta”: ninguno de los dos conservaba la vocación hereditaria sobre el otro.

Asimismo, el cónyuge que conservaba la vocación hereditaria la perdía si vivía en concubinato o incurría en injurias graves contra el otro.

3) La mujer conservaba el derecho a usar el apellido del marido, salvo que se lo prohibiera a solicitud judicial, aduciendo motivos graves.

2.d.3.3) Efectos comunes del divorcio vincular y la separación personal.

1) Cesaba el deber de cohabitación: luego de la sentencia de divorcio o separación, cada uno de los cónyuges podía fijar libremente su domicilio o residencia.

2) Cesaba el débito conyugal.

3) Cesaba el deber de fidelidad.

4) Uno de los cónyuges debía pasarle alimentos al otro luego del divorcio, si el divorcio o la separación era por culpa: este deber correspondía al culpable; si ambos eran declarados culpables ninguno de los dos tenía este deber. Al respecto el viejo art. 207 C.C. establecía que el culpable debía contribuir a que el otro mantenga el nivel económico del que gozaron durante la convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos; por “separación de hecho sin voluntad de unirse”: si uno probaba la culpa del otro en la separación, el culpable debía pasarle alimentos al otro; si no había imputación de culpa, ninguno de los dos tenía este deber; por “trastornos de conducta”: el cónyuge sano tenía el deber de pasarle alimentos al enfermo. En esta causal, la cuota alimentaria, no sólo debía mantener el nivel económico del que gozó el enfermo durante la convivencia, sino también debía abarcar los gastos del tratamiento y la recuperación. Esta obligación alimentaria se transmitía a los herederos del cónyuge alimentante; por “presentación conjunta”: ninguno de los dos

tenía el deber de pasarle alimentos al otro. El cónyuge que conservaba el derecho a la cuota alimentaria, lo perdía si vivía en concubinato, si incurría en injurias graves contra el otro, o si contraía un nuevo matrimonio.

5) Se disolvía la sociedad conyugal: el anterior art. 1.306 establecía: *"La sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe"*.

6) Se otorgaba la tenencia "definitiva" de los hijos: los hijos menores de 5 años quedaban a cargo de la madre, salvo causas graves que afectaren el interés del menor; y los mayores de 5 años, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedaban a cargo de aquel a quien el juez considerara más idóneo.

7) Alimentos de los hijos: en cuanto a los hijos menores, ambos padres seguían teniendo la obligación de alimentarlos, aunque generalmente debía alimentos aquél que no tenía la tenencia del menor porque se consideraba que el otro ocupaba su tiempo cuidándolo.

8) Atribución de la vivienda familiar: luego de la sentencia de divorcio o separación personal, el cónyuge a quien se le atribuía la vivienda durante el juicio; o que la continuaba ocupando podía solicitar que se le permitiera continuar en ella. Para ello deben cumplirse dos requisitos: que no hubiese sido declarado culpable; o que se tratase del enfermo cuando la causa hubiese sido por "trastornos de conducta"; y que le ocasionase un grave perjuicio abandonar la vivienda.

9) Donaciones realizadas en convención prenupcial: uno de los esposos podía revocar las donaciones realizadas a la mujer en convención prenupcial cuando había

sido declarado inocente en la sentencia, o cuando siendo la causal “trastornos de conducta” o “separación de hecho” no había sido él quien la demandó.

2.d.4) Conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular. -

El art. 216 C.C. expresaba:

"El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidas en el artículo 238".

Este art. 238 C.C. exigía, para decretar la conversión, que se cumpliera un plazo luego de dictada la sentencia de separación, según lo solicitara uno (tres años) o ambos cónyuges (un año).

2.d.5) Tendencia jurisprudencial anterior a la reforma

Antes de entrar en el desarrollo del próximo capítulo es fundamental mencionar la labor de los juzgados argentinos, que fueron receptando el cambio que exigía la sociedad, en el sentido de dar celeridad al trámite de divorcio. Así muchos jueces, se apartaron de algunos requisitos, como los referidos al plazo para su solicitud y también el de la celebración de dos audiencias para el caso de la presentación conjunta.

Entre éstos antecedentes jurisprudenciales podemos nombrar el dictado por la jueza Silvia Mendilaharzo, que con fecha 16 de Julio de 2010, el Tribunal de Familia N° 2 de La Plata, declaró la inconstitucionalidad de los artículos N°s 205, 215 y 236 del Código Civil, los cuales exigían tanto para la solicitud de separación personal como de divorcio por presentación conjunta, la necesidad de llevar a cabo el procedimiento de dos audiencias previas y el transcurso de 2 o 3 años respectivamente, desde la celebración del matrimonio.

También encontramos el fallo del Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, que con fecha 20 de agosto de 2013, estableció la inconstitucionalidad de los artículos N°s 215 y 236. Éste último exigía la celebración de dos audiencias para el caso de solicitud de divorcio de común acuerdo.

2.e) CONCLUSIONES PARCIALES.

Hasta aquí se ha explicado el anterior régimen del divorcio y la separación personal que contemplaba el Código Civil que tuvo vigencia hasta el pasado 31 de Julio de 2015.

Como hemos visto, demasiados eran los supuestos y las causas para obtener el divorcio. Incluso se preveía la separación personal que luego podía convertirse en divorcio vincular. Su inutilidad a los fines de extinguir el vínculo matrimonial hacía que en la práctica judicial se ingresaran continuas demandas de divorcio vincular, y no de separación personal.

Además, se requerían dos audiencias “improductivas” ya que en los hechos ni el juez realmente buscaba la reconciliación de los cónyuges, ni éstos, ya iniciado el proceso de divorcio, pretendían hacerlo. Significaba nada más y nada menos, la pérdida de tiempo y recursos, muy distante de la economía procesal anhelada.

Todo ello, a los fines de dar respuesta al interrogante del presente trabajo de investigación, respecto de si, con las modificaciones introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial, se aceleran los tiempos procesales de tramitación y obtención del divorcio, poniendo fin a la unión matrimonial entre dos personas.

Por último en cuanto a la evolución jurisprudencial de nuestro país, los tribunales argentinos fueron cambiando su manera de fallar, estableciendo así un puente a la nueva reforma.

CAPÍTULO III: EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

3.a) INTRODUCCIÓN: fundamentos de la Reforma.

Cuando comenzamos este trabajo, se planteaba el interrogante de quién influye sobre quién: la sociedad y sus nuevos hábitos que hacen que el derecho se modifique, reconociéndolos y regulándolos; o es el derecho el que trae a la luz ciertas conductas, ajenas a una sociedad, que dada la regulación del derecho, termina incorporándolas como propias.

En especial y respecto al tema que nos ocupa, el divorcio, pareciese, que han sido las propias relaciones humanas las que fueron a lo largo de la historia tomando cada vez más protagonismo y reclamándole al derecho, su contemplación y regulación.

En nuestros días, sobre otro tema, pero relacionado con las nuevas formas de familia, nos anoticiamos de personas que recurren al alquiler de vientres en el extranjero para alcanzar su sueño personal de ser padre o madre. Cuestión que, aunque no fue finalmente incorporada en esta reforma del Código Civil, finalmente algún día será una realidad legal en nuestro territorio.

Incluso, puede estar aún en el recuerdo de la memoria de algunos, las noticias de finales de la década del ochenta que anoticiaban el hábito de matrimonios argentinos que viajaban a otros países para, finalmente, poner fin a su pareja y divorciarse: la respuesta del derecho fue la sanción de Ley 23.515 y el régimen hasta hace poco vigente del matrimonio y el divorcio.

Hacia nuestros días, nuevamente la realidad social venía superando lo contemplado por la norma, la que se tornaba cada vez más en un obstáculo frente al deseo de los miembros de un matrimonio de terminar con el vínculo jurídico que los unía, incluso, en muchísimos casos, estando separados de hecho desde hace mucho tiempo y conformando nuevas relaciones de pareja y familias, aún al margen del derecho.

El trámite para divorciarse, lejos de simplificarles la vida a las personas, como objetivo general del derecho, no hacía más que dificultársela. Hasta ahora, si uno de los esposos quería divorciarse tenía dos opciones: acusar al otro de alguna de las causas de divorcio como adulterio, abandono, injurias, o esperar el plazo de tres años de separados de hecho para plantearlo en forma unilateral, ya que sólo esa situación lo habilitaba. Aún así, se lo notificaba al otro cónyuge y si, la otra parte no accedía, debía luego probar la separación de hecho, y además el otro podía introducir alguna causal de divorcio, complicando aún más el proceso, que no bajaba de dos años para alcanzar la anhelada sentencia de divorcio.

Ahora bien, resulta necesario, por lo expuesto, sintetizar la necesidad de la reforma del divorcio en dos fundamentos centrales: la crisis del divorcio causado y la revalorización de la autonomía de la voluntad por encima del orden público.

Para ello, prefiero tomar las palabras de Pellegrini quien nos explica que:

“Respecto del divorcio vincular en la legislación argentina, fácilmente se advierte la clásica tensión entre orden público y autonomía de la voluntad. El eje central ha pasado por el análisis de la culpabilidad. Así, el divorcio vincular incorporado a la legislación argentina, se asienta en un divorcio de tipo causado, que obliga en todos los casos tener una causa o un motivo. La causa, a su vez, podrá ser de tipo subjetivo, que implica la determinación de un culpable mediante el

correspondiente juicio de reproche a los fines de determinar la configuración de las causales previstas. O también objetivo: a) la petición conjunta, por causas suficientemente graves, con restricciones de tipo temporal tanto para su inicio como en su tramitación; b) la separación de hecho, sin voluntad de mantener el vínculo matrimonial, por un plazo temporal fijado legalmente. Siempre causado, varios requisitos legales, fuerte presencia de la valoración judicial y, enérgica restricción al ámbito de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Sin embargo, las modificaciones culturales y normativas operadas en las últimas décadas han puesto en evidencia la insuficiencia de la regulación actual. Por ello, la característica esencial de este profundo cambio es la revalorización de los derechos humanos de las personas, provocando un fuerte “encogimiento” de la presencia e inmutabilidad del orden público y, por ende, un importante “ensanchamiento” de la propia voluntad en el diseño del plan de vida individual. (Pellegrini, 2012, p. 225).

Por todo lo dicho, el presente capítulo pretende exponer los cambios ingresados en materia de disolución del matrimonio y divorcio por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, de reciente entrada en vigencia, a los fines de responder la cuestión planteada en el presente trabajo de investigación, acerca de que si realmente se aceleran los tiempos procesales hasta la obtención de la sentencia de divorcio.

3.b) ANÁLISIS NORMATIVO.

El 1° de octubre de 2014, a través de la Ley N° 26.994 el Congreso de la Nación Argentina, sancionó un nuevo Código Civil y Comercial que, entre otras modificaciones, introduce importantes cambios respecto del trámite de divorcio.

3.b.1) Legitimación.

En primer lugar, corresponde referirse al art. 435 CCyC que dice:

“ARTÍCULO 435.- Causas de disolución del matrimonio. El matrimonio se disuelve por: a. muerte de uno de los cónyuges; b. sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; c. divorcio declarado judicialmente.”

Al respecto, Duprat explica que:

“Si bien ya existía en la regulación del CC, en el texto actual se han realizado algunas modificaciones formales. En efecto, en el art. 213, inc. 3, CC se establecía “sentencia de divorcio vincular” (ahora quedó establecido “divorcio declarado judicialmente”); porque de ese modo se lo diferenciaba de la separación personal que no disolvía el vínculo matrimonial. Como en el CCyC no se regula la separación personal, no existe motivo para aclarar que el divorcio es vincular. El único divorcio que se regula en el CCyC rompe el vínculo matrimonial, por lo que no tiene sentido utilizar la expresión “divorcio vincular”. Sin perjuicio de que en el artículo se establece que la tercera causa de disolución del matrimonio es el “divorcio declarado judicialmente”, es importante dejar aclarado que el único divorcio que se recepta en el CCyC es el divorcio judicial, ya que no se ha regulado el divorcio administrativo, conforme se detallará al comentar el artículo respectivo”.(Duprat, 2015, pág.61)

Luego el art. 437 explica quiénes se encuentran legitimados para iniciar el nuevo proceso de divorcio:

“ARTÍCULO 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.”

En definitiva, el divorcio puede ser promovido por uno o ambos de los cónyuges. Duprat explica que *“se ha receptado el principio de autonomía de la*

voluntad en su forma más amplia, entendiendo que si uno de los esposos no desea continuar con el matrimonio, puede unilateralmente pedir el divorcio. El pedido de divorcio no queda sujeto a ningún condicionamiento, puede pedirse en cualquier momento y en forma conjunta o unilateral, con el único requisito de presentar el convenio o propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio.” (Duprat, 2015, pág.64).

En los fundamentos de la reforma se expresó:

“el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio”. (2012, p.113).

La reforma dotó de grandes cambios al instituto del divorcio, su solicitud no deja de ser una motivación personal que debe ser resuelta judicialmente, por tratarse de un proceso dispositivo en el que juez a éstas alturas, sólo se limita a declarar mediante la sentencia el nuevo estado de divorciados de las partes. Ellos son los verdaderos artífices, que instan con la misma voluntad que decidieron contraer matrimonio, la disolución del mismo. Hoy se les brinda la facultad (cuando dejó de existir la voluntad de mantenerse unidos), ya sea en conjunto o separadamente, de dar por finalizada la sociedad conyugal, sin expresión de causales, ni esperar el

cumplimiento de plazos, pero sí con el patrocinio de letrados, ya que si bien como dijimos es voluntario, no significa que no se vean intereses contrapuestos.

3.b.2) Requisitos y procedimiento.

De acuerdo al art. 438⁴ del Nuevo Código Civil y Comercial se establece un procedimiento sencillo, a pedido de uno o de ambos cónyuges, con el único requisito: presentar un convenio regulador de los efectos del divorcio o de una propuesta de convenio cuando el pedido sea unilateral. Eventualmente, pueden estar de acuerdo sobre algunos temas, pero no sobre otros: corresponderá entonces, que presenten un acuerdo respecto de los temas acordados y una propuesta sobre los demás; priorizándose así los propios acuerdos que realicen directamente los esposos para luego de la ruptura matrimonial.

Esto es así, ya que al tornarse un desequilibrio necesario entre las partes, no sólo emocional sino también personal, las causas que motivan la ruptura del nexo por parte de uno (provocando la necesaria aceptación del otro) o ambos en su mejor caso, hacen que el convenio justamente venga a salvaguardar tales diferencias y no a ser un requisito para declarar el divorcio. Es por lo dicho, que la presentación conjunta del convenio sea la opción más conveniente, por ser una tarea realizada de antemano por los cónyuges quienes saben mejor que nadie como resolver el destino de sus vidas con la ruptura, facilitando así también el nuevo rol del juez, quien sólo verifica que los mismos no afecten intereses familiares que violen los principios rectores tanto del

⁴“ARTÍCULO 438.- Requisitos y procedimiento del divorcio. 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 peticionado 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.”

derecho en general como de la institución familiar, claro está que representa un mínimo límite a la autonomía de la voluntad de las partes.

Duprat opina que:

“Se procurará, en principio, que sean las mismas partes las que lleguen a acuerdos sobre todos los temas, pero si esto no ocurriera, un cónyuge deberá hacer una propuesta y el otro podrá ofrecer una propuesta reguladora distinta. Las partes deben acompañar los elementos en que se fundan y el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Ambas propuestas van a ser evaluadas por el juez, quien convocará a los cónyuges a una audiencia. En definitiva, la negociación jurídica frente a la crisis matrimonial incluirá, además del divorcio, todas las cuestiones vinculadas, tales como el cuidado personal de los hijos por los progenitores, el régimen de comunicación con el progenitor no conviviente, la atribución del hogar conyugal, los alimentos, la compensación económica, la distribución de los bienes gananciales. (Duprat, 2015, pág.68).

Luego, el art. 438 CCyC establece que *“las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia”* y que *“en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio”*. Es decir que la audiencia se convoca con el fin de evaluar el contenido de la o las propuestas, no tratándose de una audiencia de divorcio (como la que se convocaba en virtud del antiguo art. 236 CC), ya que en cualquier caso se va a dictar la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial.

Este artículo también readequa el rol del juez en el proceso de divorcio, ya que ahora no debe valorar las causas que llevaron a las partes a divorciarse e intentar reconciliarlas; sino que simplemente controla la legalidad del pacto o, cuando los

cónyuges no hayan acordado, debe buscar una conciliación en la audiencia que se fije al respecto, con el fin de que arriben a un acuerdo; y en ese caso, lo homologará.

La intervención judicial se reduce a la homologación o convalidación de lo acordado por los esposos, respetando plenamente su autonomía de la voluntad.

Se indica además, que la propuesta de convenio o el convenio regulador deben ser presentada al inicio del trámite de divorcio, por tanto, supone un requisito de admisibilidad del pedido de divorcio, ya sea de común acuerdo o pedido unilateralmente.

Tal como expresa Herrera: *“El Código no sólo flexibiliza, simplifica y facilita el divorcio en los aspectos de fondo, sino que también lo hace en el ámbito procedimental...el proceso se flexibiliza y también se readecua el rol de los jueces en este tipo de trámites. Deja de ser un funcionario dedicado a indagar razones o sobre el pasado de la relación matrimonial, y pasa a estar dedicado a acompañarlos en cómo serán los efectos que se derivan del divorcio, priorizando el arribo de acuerdos que puedan alcanzar, siempre respetando límites básicos y mínimos fundados en el interés de los integrantes de la familia.”*(Lorenzetti, 2015, pág. 743).

3.b.2.1) Supuesto de pedido unilateral de divorcio.

Como se dijo la solicitud de divorcio puede ser a pedido de uno o ambos cónyuges. Eventualmente, cuando lo haga solo uno de ellos, debe acompañar con su pedido de divorcio la propuesta de convenio regulador junto a aquello que crea conveniente. Al respecto Duprat explica:

“Como la norma no especifica los elementos, pueden adjuntarse los que se consideren relevantes, tales como recibos de sueldos del alimentante y comprobantes de los gastos de los hijos en el caso de los alimentos; tasación de los bienes en caso

de convenios de liquidación de sociedad conyugal; detalles de deudas; entre otros.”(Duprat, 2015, pág.71).

Luego el juez dará traslado de la propuesta al otro cónyuge para que conteste adhiriendo o proponiendo un nuevo acuerdo, acompañando también los elementos que considere convenientes.

Ambas propuestas serán analizadas por el juez en la audiencia convocada con el objeto de tratar solo las cuestiones referidas a las propuestas, es decir, las consecuencias que el divorcio traerá a la familia. La audiencia no persigue, como en el anterior régimen, avenir a los cónyuges y evitar el divorcio.

“En el caso de que la propuesta haya sido consensuada por las partes, el juez la homologará, salvo que la misma perjudique los intereses de los integrantes del grupo familiar. En este caso, procurará en la audiencia que las partes la modifiquen.” (Duprat, 2015, pág.71).

Es bueno destacar como está presente la autonomía de la voluntad y la libertad como principios rectores a la hora de solicitar el divorcio. Como vimos y por lógica si la presentación es conjunta, supone un pre-acuerdo entre los cónyuges a que se arribe al mismo fin (el divorcio), aunque puedan tener propuestas diferentes y ser presentadas por separado. Hasta ahí bien, el caso es un poco más complejo cuando hablamos de la solicitud presentada en forma unilateral, donde seguramente las voluntades y requerimientos no sean compartidos, la parte solicitante presenta su propuesta, la que será analizada y contestada con sus requerimientos por la otra. El juez declarará de todas formas el divorcio, respetando justamente la voluntad de la parte solicitante y en su caso, homologará el acuerdo con los efectos del mismo, si se cumplió con lo solicitado por cada una y no perjudica el interés familiar.

3.b.2.2) Supuesto de pedido conjunto de divorcio.

Éste es el supuesto deseable en el espíritu de la nueva norma ya que el juez pasa a cumplir un mero rol de verificar en la audiencia que no perjudica el interés familiar con el convenio regulador que ambos han suscripto y presentado.

Sin embargo, puede ocurrir que la solicitud sea acordada y presentada por ambos pero no las consecuencias del divorcio.

“En tal caso, podrán adjuntar un convenio de los temas que han consensuado y una propuesta de convenio respecto de los demás temas, o bien presentar cada uno una propuesta diferente, procediéndose del mismo modo que se trató en el punto anterior. (Duprat, 2015, pág.72).

Merece resaltar que con la nueva regulación, ya no se exige que los cónyuges tengan tres años de casados, lo cual les permite que puedan solicitar la disolución del vínculo en cualquier tiempo, posibilitando que la pareja se adecue a su realidad y no a los plazos previstos por la ley.

Otro cambio fundamental es la supresión de las dos audiencias, en las cuales el juez buscaba la reconciliación. Las mismas, como ya se dijo, sólo están contempladas para tratar los temas vinculados al convenio.

Por todo esto considero, que con la nueva regulación se beneficia notablemente el trámite del divorcio, dotando al mismo de celeridad y receptando así las exigencias que la sociedad actual demandaba.

3.b.2.3) Convenio regulador.

El art. 439⁵ del Nuevo Código explica el contenido del convenio regulador. Supone un acuerdo o negocio jurídico bilateral en el que los cónyuges establecen las consecuencias jurídicas de su divorcio, en clara vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, otorgándoles la posibilidad de consensuar todos aquellos temas que consideren importantes con total libertad para convenirlas.

El acuerdo es de vital trascendencia ya que sólo los cónyuges conocen la realidad de su vida familiar, sus necesidades y posibilidades. Así entiende la nueva norma que a ellos les será más fácil sobrellevar su realidad después de la ruptura del vínculo matrimonial que si es el juez quién le imponga su actuar.

Duprat ha dicho:

“En consecuencia, se priorizan las condiciones que libremente puedan establecer las partes en el convenio. Se los obliga a pensar en las consecuencias que el divorcio va a traer a su familia y a consensuar los distintos temas — principalmente, aquellos relacionados con la responsabilidad parental y los alimentos, cuando existieran hijos.” (Duprat, 2015, pág.73).

Con la reforma, el juez se limita a dictar la sentencia de divorcio y deja los efectos familiares del mismo, para que sean resueltos de común acuerdo por las partes, teniendo en cuenta no solo los intereses individuales de cada uno sino también el interés familiar protegido. Cumplidos que sean, el juez homologará el convenio, sin más trámite.

⁵ARTICULO 439.- Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador 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.

3.b.2.3.1) Modificación del convenio regulador.

Como el convenio debe ser homologado, y como se expuso, el juez puede observarlo si perjudica los intereses de los integrantes del grupo familiar, puede que exija garantías, reales o personales (art. 440⁶ CCyC), para asegurar el cumplimiento de lo pactado, aunque, primeramente, serán las mismas partes las que puedan ofrecerlas (Duprat, 2015, pág.78).

Luego, como todo acuerdo en derecho de familia es transitorio y modificable según las circunstancias y necesidades, puede ser revisado si las situaciones tenidas en cuenta al momento de su establecimiento han variado, como por ejemplo, una actualización de los alimentos, una cuota extraordinaria frente a una necesidad específica, un cambio en las garantías oportunamente ofrecidas para el cumplimiento de los acuerdos, cambios respecto a la atribución del hogar conyugal, régimen de comunicación de padres e hijos derivado de la mayor edad de los hijos, entre otras.

“Las condiciones que habilitan la modificación son: a. que haya existido, y se acredite fehacientemente, una alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de las medidas establecidas en el convenio regulador; b. que la alteración de las circunstancias sea sustancial, de tal importancia que se estime que, de haber existido las mismas al momento de la suscripción del convenio por las partes o la fijación judicial, se hubieran tomado medidas distintas; c. que la modificación no sea transitoria, sino que permanezca en el tiempo; y d. que el cambio de circunstancias no haya sido provocado voluntariamente para obtener una modificación de las medidas adoptadas.”(Duprat, 2015, pág. 81).

⁶ARTÍCULO 440.- Eficacia y modificación del convenio regulador. El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio. El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

3.b.2.3.2) Homologación de los acuerdos.

Finalmente, si el convenio no perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar ha de ser homologado por el juez. Tal aprobación judicial es un requisito para la eficacia misma del convenio, pero no para su validez:

“El pacto entre los esposos, aunque no se presente ante el juzgado —y, por lo tanto, no sea homologado judicialmente—, tiene la fuerza de obligar a los firmantes al cumplimiento de lo pactado. En definitiva, se interpreta que, sin perjuicio de que el acuerdo no se haya homologado —y de que, como consecuencia de ello, no tenga el carácter de convenio regulador en los términos del artículo que se viene comentando—, tendrá plena validez como negocio jurídico celebrado entre las partes y resultará eficaz como contrato de carácter consensual y bilateral, aceptado y reconocido por las partes, si concurren consentimiento, objeto y causa, y se realiza en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.”(Duprat, 2015, pág. 83).

3.b.2.4) Compensación económica.

Dentro de los efectos novedosos que el nuevo régimen de divorcio instaura se encuentra la llamada compensación económica a favor del cónyuge a quien el divorcio le produzca un desequilibrio económico manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación. Se trata de una novedad, ya que el antiguo Código Civil no la preveía, aunque sí tenía recepción en varias legislaciones del derecho comparado, lo que resulta coherente con el nuevo régimen incausado del divorcio establecido.

Al respecto Medina decía: *“Este instituto, absolutamente desconocido en nuestro derecho, ha sido tomado del derecho español que a su vez lo había recogido del Derecho francés, como en nuestro país no existen antecedentes jurisprudenciales sobre el mismo, ni tampoco un acabado desarrollo doctrinario, en su estudio*

acudiremos a la doctrina y jurisprudencia extranjera de los países que sirvieron de fuente.” (Medina, Graciela, 2012, pág. 1)

Se fundamenta en la solidaridad familiar y que el matrimonio no sea fuente de un enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, dando entonces, la posibilidad de que los cónyuges acuerden o que el juez establezca pensiones compensatorias ante la falta de un arreglo, sobre la base de diversas circunstancias personales y patrimoniales de los cónyuges.

Así Medina (2012) citaba el concepto de pensión compensatoria: *“En el derecho español la pensión compensatoria ha sido definida por Peña Bernaldo de Quirós, como el derecho de crédito de régimen peculiar que la ley confiere a uno de los cónyuges (frente al otro) cuando la separación o el divorcio produzca un empeoramiento económico respecto de su situación en el matrimonio, y que tiene por objeto, ordinariamente, la entrega de pensiones periódicas”*(Peña Bernaldo De Quirós; Manuel, 1989, p. 125).

Textualmente el art. 441 del Nuevo Código Civil y Comercial indica:

“Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.”

La compensación puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse

con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Esto va a depender del grado de desequilibrio que como consecuencia del divorcio se dé entre las partes. La idea es proteger a la parte que por distintos motivos se encuentra en un nivel inferior, y es ésta justamente la vara que va a determinar si la pensión es única o periódica, de plazo determinado e indeterminado (cuando el desequilibrio es también llamado perpetuo). Así Medina (2012) determina:

- Renta de pago único;
- Renta periódica de plazo determinado o desequilibrio coyuntural cuando *“se supera con el paso del tiempo con una normal implicación en quien lo experimenta, se diría que las huellas de la convivencia no llegan a ser tan profundas en el proyecto vital de uno de los esposos que no puedan borrarse reemprendiendo, transcurridos unos años, el camino que se abandonó para dedicarse a la familia.”* (Yzquierdo Tolsada, Mariano, 2011. p. 538);
- Por último la renta periódica de plazo indeterminado o de desequilibrio perpetuo *“cuando las repercusiones que la convivencia produjo en la particular posición de quien lo experimenta aniquilan cualquier expectativa de abrirse camino por sí mismo y obtener sus propios recursos”*. Claro ejemplo de esto sería por enfermedad grave, edad avanzada, cuidado de hijos con facultades disminuidas de cualquier tipo, o cualquier motivo que hace a la parte, la imposibilidad de realizar su tarea laboral con normalidad, lo que va a influir directamente en su economía de no verse colaborado por la parte que se encuentra en mejor posición. (Yzquierdo Tolsada, Mariano, 2011. p. 537 y 538).

Estas prestaciones tenderán a morigerar el desequilibrio en la capacidad productiva del cónyuge que ha relegado su inserción laboral o desarrollo profesional, que impacte en el nivel de vida y la economía de quienes atraviesan la ruptura matrimonial.

En cuanto a la naturaleza de la compensación económica podemos decir que, como su palabra lo dice, tiene por finalidad compensar un desequilibrio marcado entre las partes; se origina con la sentencia de divorcio, encontrándose plasmada en el convenio regulador; no es susceptible de extinción por fallecimiento de quien la debe, por ser una obligación que se trasmite a sus herederos, pero si puede ser renunciada por su beneficiario. Aunque pueda ser confundida con los alimentos, difieren en sus características y se encuentran reguladas de manera distinta en la codificación.

En cuanto a sus fundamentos podemos nombrar distintas opiniones al respecto que advierten una pugna entre proteger la libertad de quien toma la decisión de divorciarse y la solidaridad que debe tener respecto a quien dedicó su vida al matrimonio. De acuerdo a la mención que hiciera Medina los fundamentos dados por algunos son:

- *La solidaridad familiar como fundamento de la compensación: sin embargo es difícil de entender por qué se debe extender la solidaridad después de finalizado el matrimonio, sobre todo cuando se termina por infidelidades de quien reclama la compensación.*
- *El enriquecimiento injusto como fundamento de la compensación: cuando hablamos del empobrecimiento injusto nos referimos al que sufre el cónyuge que se dedica al cuidado de los hijos o del hogar durante la convivencia dejando de lado su capacitación laboral, que requiere de una compensación por parte de quien aprovechó las*

"tareas de cuidado" y no debió aplicar su tiempo a realizarlas.

- *La equidad como fundamento de la compensación: aparece como equitativo que quien estaba casado con quien se perjudicó por la ruptura del matrimonio o la unión convivencial deba compensar, al menos favorecido cuando la finalización de la unión convivencial o matrimonial a él no le ha causado daño.*

La tesis del empobrecimiento injusto es la que más convence para fundar el instituto de la compensación económica (Medina, 2012, pág. 5).

Luego en el artículo siguiente explica el supuesto para la falta de acuerdo entre los cónyuges y, como se dijo, la consecuente fijación judicial: *"Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:*

a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial.

b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;

d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;

e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.”

Por su parte, Mignon⁷ lo explica con un ejemplo:

“La mujer que no tuvo un trabajo remunerado porque durante 25 años de matrimonio se dedicó al cuidado de los hijos y la atención de la casa y no tiene posibilidades de insertarse en el mercado laboral, mientras que el marido tiene un cargo gerencial en una empresa, tiene derecho a un resarcimiento a través de la figura de la compensación económica”. (Mignon, 2015).

3.c) CONCLUSIONES PARCIALES.

Hasta aquí se recorrió un camino que comenzó con las nociones propias del matrimonio, su etimología y evolución en el tiempo; para luego conceptualizar su disolución y el proceso del divorcio, y explicar el régimen hasta hace poco vigente que contemplaba el anterior Código Civil.

Tal como se desarrollo, el divorcio continúa siendo solamente judicial, sin admitirse el divorcio administrativo. El juez deberá dictar la sentencia a pedido de uno o de ambos cónyuges. Se regula un solo tipo de divorcio, el incausado, suprimiéndose las causas objetivas y subjetivas, y se elimina la figura de la separación personal. Se suprimen todos los plazos que establecía el CC, tanto el que se fijaba desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento como

⁷María Belén Mignon es abogada y docente de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

los plazos de falta de convivencia que habilitaban el pedido de separación y divorcio por la causal objetiva, así como el trámite de la doble audiencia.

También se expuso un análisis normativo del nuevo sistema adoptado. El paso de una concepción de divorcio basado en la culpa de alguno de los cónyuges a un régimen incausado que otorga supremacía a la autonomía de la voluntad de los esposos, y en definitiva, de las personas mismas, que simplemente desean poner fin a una etapa de su vida y llevar adelante libremente, sin el vínculo matrimonial que los sujetaba a cierta persona, una nueva página de su historia personal, apunta, al menos desde lo conceptual y teórica a acercar el derecho y sus soluciones a la realidad de las personas.

En lo personal, el espíritu y el sentido del nuevo régimen parecen estar en lo acertado respecto del objetivo que se planteó la reforma en cuanto a dotar de sencillez y celeridad el instituto del divorcio. Hacia ese fin opino que apunta en tornar incausado todo el trámite, bastando el solo deseo de dejar de compartir la propia vida con determinada persona sin necesidad de invocar causa alguna.

Además considero no solo acertado e interesante la introducción del denominado convenio regulador ya que son los cónyuges, los únicos conocedores de su vida familiar, quienes acuerden su nueva realidad a partir de la ruptura y no el juez, como sucedía en el anterior modelo.

Por último la novedad respecto de la introducción de la compensación económica para el cónyuge que ve perjudicada su situación económica luego del divorcio, considero que supone una estricta justicia práctica hacia el fin de equiparar las consecuencias del divorcio sobre los ex miembros de una pareja. Era sumamente necesaria su introducción.

Sin embargo, solo la realidad calificará por acertada o no la reforma del Código Civil en general y del instituto del divorcio en particular. Por ello, el próximo capítulo pretende reflejar las primeras reacciones y opiniones de los medios, la jurisprudencia, de la doctrina y otras instituciones intermedias respecto de los cambios realizados.

CAPÍTULO IV: PRIMEROS RESULTADOS

4.a) INTRODUCCIÓN.

Sin dudas los cambios generan todo tipo de reacciones. Podría decirse que la mayoría de las veces esa reacción es por lo general negativa, hasta que el paso del tiempo termina divulgando las bondades de lo novedoso.

En lo que respecta a la reforma del Código Civil la respuesta de la sociedad está transitando el camino del asombro y el desconocimiento al del acostumbramiento. Más aún por la entrada en vigencia del nuevo Código cuando originariamente se había establecido para el 1º de enero de 2016.

Este último capítulo pretende en particular, apuntar las primeras reacciones sociales que ha tenido la reforma del Código Civil respecto del nuevo régimen del divorcio.

Hacia ese fin se expondrán cómo han anoticiado la información los principales medios de comunicación gráficos, junto a algunos casos de la jurisprudencia resonantes y opiniones de la doctrina que marcan el camino por venir. Sin embargo, solo será la práctica jurídica y el tiempo los que logran internalizar y divulgar las nuevas normas.

Todo ello, permitirá concluir el objetivo planteado al comienzo del presente trabajo de investigación: ¿el nuevo régimen del divorcio dota de sencillez y celeridad al trámite?

4.b) EL NUEVO RÉGIMEN DE DIVORCIO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

Los medios de comunicación cumplen un papel relevante al momento de difundir noticias trascendentales de la vida de las personas. Sin dudas, el divorcio es uno de esos temas que importan a todo el colectivo social.

En general, en la apreciación personal, los medios de comunicación se ocuparon de informarnos los cambios introducidos por la reforma del Código Civil ya sobre la inminente entrada en vigencia a partir del 1º de agosto de 2015. Podría criticarse pues que no hubo demasiada información pública con tiempo de antelación de manera tal que como simples ciudadanos no nos sorprendieran los cambios. Aunque puede pensarse también que ello se debe a la urgencia de noticias con que trabajan los medios.

Otra nota respecto del trabajo mediático es que calificaron de “express” al nuevo trámite de divorcio. Algo sumamente engañoso y capcioso que hacía suponer un procedimiento más rápido del que finalmente ha ocurrido estos primeros meses de vigencia en la práctica jurídica. A tal punto que los periodistas, sin desmerecer su calificación, cometían errores al momento de transmitir la información.

Sin dudas, aquella persona que estaba por iniciar un trámite de divorcio, es decir, un ciudadano realmente interesado por la cuestión que nos ocupa, fue asesorada por su abogado para que aguardara la entrada en vigencia del nuevo Código y pudiese beneficiarse con su regulación en lo que hace a sencillez y celeridad del proceso de divorcio. Ello fue reflejado por los medios.

Ahora bien, a los fines prácticos del desarrollo del presente trabajo de investigación considero oportuno exponer algunos titulares y/o recortes periodísticos

a los fines de ejemplificar e ilustrar el tratamiento de los medios gráficos de comunicación.

infobae.com

Paso a paso, cómo divorciarse de manera "exprés"

Entre las novedades más comentadas del **flamante Código Civil** están los cambios en la forma de poner fin a un matrimonio. Especialistas analizaron para **Infobae** los nuevos requisitos para cuando el amor se termina

Eso de que "los esposos se deben mutuamente fidelidad" ya no va más. Al menos no para la ley. Tampoco es necesaria la voluntad de ambos cónyuges para poner fin a un matrimonio. Ni deberán haber pasado tres años de casados antes de que dos personas puedan divorciarse. Todo, desde la puesta en vigencia del **nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**.

CADENA 3  Ahora se puede tramitar el

divorcio exprés en un sitio web

04/08/2015 | A partir del Nuevo Código Civil, un abogado creó una página de internet que ofrece gestionar los trámites y la documentación necesaria de forma on line.



CIUDADANOS 25/07/2015

El proceso de divorcio será más corto, pero no “exprés”

Desde agosto, cualquiera de los dos cónyuges podrá solicitar el divorcio en cualquier momento y sin invocar ninguna causa. Qué sucede con los que ya están en trámite.

LA NACION

La reforma del Código Civil

MARTES 18 DE AGOSTO DE 2015 •

Se hizo efectivo el primer divorcio exprés con el nuevo Código Civil

La sentencia, que se conoció ayer, concedió el pedido que realizó una mujer en forma unilateral, sin la necesidad de llegar a una conciliación con su ahora ex marido

Clarín.com -Sociedad - 05/09/15

Nuevo Código Civil: una pareja

logró el divorcio en un sólo día

Vínculos.*Iniciaron el trámite juntos el miércoles, y el jueves ya tuvieron sentencia

Algunas de las ventajas del nuevo Código Civil empiezan a verse plasmadas en la realidad. Una pareja logró divorciarse en un día. Es que decidieron separarse de común acuerdo y fueron juntos a iniciar el trámite. Como no había nada más para discutir, la jueza firmó la sentencia al día siguiente.

4.c) ALGUNOS CASOS DE JURISPRUDENCIA.

Quiero mostrar bajo este título solo algunos casos jurisprudenciales que, tramitados bajo lo dispuesto por el nuevo Código Civil y Comercial, obtuvieron una sentencia de divorcio de manera rápida y sencilla, a los fines de contrastarla con el anterior régimen.

En autos “*S. C. s/ divorcio, el Juzgado Nacional de 1ra Instancia en lo Civil N° 25 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*” decretó el divorcio de una pareja declarando disuelta la comunidad con retroactividad a la separación de hecho - ocurrida hace aproximadamente dos años- de acuerdo a lo dispuesto por el art. 480 del nuevo Código Civil y Comercial. Se trató de la primera sentencia de divorcio dictada durante la vigencia del nuevo Código, solicitado en forma unilateral por el cónyuge en los términos del art. 437 de la citada normativa. En este caso la fecha de sentencia lleva el día 14 de agosto de 2015, lo que da muestra de la inmediatez del trámite. (Id Infojus: NV12429, 14/08/15)

Incluso, algunos tribunales comenzaron a fallar de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial aún antes de su entrada en vigencia. En “*M.E.C y R.B.C. s/ divorcio, presentación conjunta, Familia N° 7, Rosario*” la magistrada hizo lugar a la solicitud conjunta de divorcio de una pareja sin realizar ninguna audiencia y a pesar de que los cónyuges no llevaban aún tres años de casados, como indicaba el Código Civil vigente a marzo de 2015, fecha en que se dictó la sentencia. La magistrada consideró en su resolución que *"la obligación de los cónyuges de tener que dar explicaciones de las causas que los habían llevado a tomar la decisión de separarse y la tarea del juez de convencerlos de continuar el matrimonio (tal como establece la normativa vigente), resulta una intromisión injustificada en el ámbito privado de las personas. Esas disposiciones del actual Código Civil van en contra de derechos como la libertad, la autonomía de la voluntad, la privacidad, la dignidad, la igualdad y el proyecto de vida personal"*. La sentencia se anticipó a las resoluciones de divorcios que surgieron a partir de agosto, con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, el cual como se explicó prevé un trámite de divorcio sin expresión de causa por parte de los implicados, y sin plazos de espera para su petición ni audiencias. (Id Infojus: NC15789, 05/03/15)

También podemos mencionar por su celeridad un fallo “*K.J.I. Y R.M.E. S/ DIVORCIO, EXPTE N° 119702 del Juzgado de Familia N° 2 de Corrientes*” en el que una pareja presentó el pasado 4 de Agosto una demanda en la que solicitaron de común acuerdo su divorcio, según lo dispuesto en la nueva normativa. La sentencia de divorcio fue firmada tres días después. La magistrada consideró en su fallo que *"los cónyuges han requerido en forma conjunta el divorcio y en el ejercicio de la autonomía de la voluntad han acordado lo más conveniente para regular sus relaciones personales y patrimoniales, se los exime de concurrir a la audiencia*

prevista por el art. 34 inc. 1 del C.C.y C." y, en consecuencia, el 5 de agosto dispuso el llamado de autos para sentencia, la cual fue dictada dos días después. (ID: <http://www.cij.gov.ar/nota-17364>, 07/08/2015)

Otros ejemplos, quizá dos de los resueltos con mayor celeridad, por ser decretados: uno al día siguiente de iniciada la demanda, ante la Jueza Adriana Carminati, titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 77, el 02 de septiembre pasado, en el que las partes no tenían hijos y presentaron convenio regulador, no dando más lugar que al dictado de la sentencia y la homologación del acuerdo, con fecha 03 de septiembre de 2015. El otro, el dictado por el Tribunal de Familia de Formosa, que con fecha 01 de septiembre de 2015 y bajo la carátula: "G. V., C. c/C., H. s/ Divorcio por causal objetiva, Excmo. Tribunal de Familia, Poder Judicial, Formosa", esta causa tuvo su origen en el año 2013, ante la Dra. Kalafattich, quien citó a las partes y al no existir convenio regulador presentado por las mismas y estando ambas de acuerdo en la pronta disolución, dictó el divorcio en una sola audiencia. (Id: <http://www.nuevocodigocivil.com>, 01/09/2015)

Los ejemplos simplemente se han multiplicado en todos los juzgados del país y, más allá de las dudas iniciales, las sentencias dan muestra de la correcta aplicación de la nueva normativa respecto de sencillez y celeridad en el trámite del divorcio.

4.d) OPINIONES DE LA DOCTRINA.

Como se expuso, la doctrina venía reclamando una reacción del derecho respecto a simplificar el trámite de divorcio. La realidad social y la práctica jurídica evidenciaban no sólo problemas burocráticos y personales y/o familiares propios del trastorno que significaba divorciarse, sino que en los hechos, las parejas simplemente

se separaban sin iniciar nunca su divorcio, con las consecuencias negativas para su vida, y el Estado en vez de facilitar las cosas las complicaba aún más.

Por ello, de manera general, la reacción de la doctrina argentina recibió con beneplácito los cambios realizados.

A modo de ejemplo, cito las opiniones de algunos juristas destacados:

“El nuevo régimen del divorcio no debe llamarse “express”. El adjetivo “express” está reservado para aquellas legislaciones en donde los divorcios son realizados en vía administrativa, es decir, ante el mismo Registro Civil que inscribió la unión. El nuevo Código continúa exigiendo que el divorcio sea realizado ante sede judicial. La única diferencia respecto a la legislación anterior es que se reducen los tiempos para llevarse a cabo un divorcio. No se necesitará el consentimiento del otro o de la otra, será un divorcio no causado, es decir, no habrá que explicarle a nadie por qué se divorcia, ni mucho menos declarar responsable del divorcio a una de las partes.”(Lloveras, 2015).

“El divorcio se ideó con el fin de la decisión de la pareja de agotar su vida en común. Si no hay que presentar una causa para divorciarse, quiere decir que no hay un deber que no se cumple. Hoy el sistema genera mucha litigiosidad y eso daña a la familia. Creo que hay que diferenciar la visión de quien hace una ley enfocada en disminuir la litigiosidad, en solucionar los problemas de las personas, de la idea moral que pretende imponer un modelo de familia. En realidad, las nuevas normas vienen a regular lo que ya sucede: estamos regulando las consecuencias de un comportamiento social difundido y no generando nuevos comportamientos.”(Lorenzetti, 2012).

“El proyecto no busca sancionar a uno por ser culpable. Esto significa que no se perderá tiempo discutiendo quién tiene razón y quién no la tiene respecto de los

hechos que han motivado que la pareja ya no pueda seguir conviviendo; se intenta dejar de litigar por años, agudizando el conflicto. Ya no se podrá ir ante un juez a tirar sobre la mesa los trapos sucios de la familia, pero no proponer nada. El anteproyecto, por el contrario, obliga a presentar un plan que resuelva los problemas que genera el divorcio: alimentos, régimen de comunicación con los hijos, atribución de la vivienda; distribución de los bienes. O sea, el juez estará para resolver los conflictos verdaderamente jurídicos sobre esos puntos si las partes no llegan a un arreglo. No estará para entrar en la intimidad de la familia y saber por qué la gente se quiere divorciar. En definitiva, 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 arreglos.”(Kabuzacki, 2014).

“No se tratará del divorcio “expres”, que supone un mero trámite administrativo que es posible hacer en otros países del mundo. Seguirá siendo un trámite judicial que, a diferencia del actual, eliminará las causales y la espera de plazos. Cualquiera de los dos cónyuges podrá solicitar el divorcio en cualquier momento; es decir, sin necesidad de que transcurra un plazo mínimo ni de invocar ninguna causa. Pero junto con el pedido del divorcio, se deberá acompañar una propuesta que establezca qué sucederá con la vivienda, los bienes, las eventuales compensaciones económicas y las cuotas alimentarias. Se entiende que para casarse hace falta la voluntad de dos, pero para disolver ese matrimonio basta con que uno de los dos no quiera continuarlo. Pueden no estar de acuerdo, pero el divorcio saldrá igual, y el juzgado tendrá un expediente paralelo sobre las cuestiones que no se hayan dirimido, como cuota alimentaria de los hijos, por ejemplo”. (Mignon, 2015).

4.e) CONCLUSIONES PARCIALES.

Este breve capítulo se proponía al iniciar exponer cuáles fueron las primeras reacciones respecto del nuevo trámite de divorcio calificado por los medios como “express”.

Más allá de la incorrecta calificación de “express” al trámite de divorcio y la falta de tratamiento por un profesional del derecho en los medios de comunicación, éstos cumplen un papel importantísimo en la construcción de las propias normas y sus usos.

Por ello, puede concluirse que como sociedad recorremos el camino de la transitoriedad propio del aprendizaje, que va desde la novedad hasta la internalización de dichos cambios. En ese sentido, los medios de comunicación y la doctrina han jugado y juegan un importante papel que, a través de la sociabilización e incluso la crítica de los cambios introducidos, logrará internalizar el nuevo régimen de divorcio hasta que, nuevamente, se torne necesario su readecuación.

CONCLUSIÓN FINAL

Un nuevo Código Civil y Comercial resultaba para nuestro país más que necesario debido a la urgencia de un nuevo texto que actualizara la regulación de nuestra vida cotidiana.

Mucha agua había corrido debajo del puente, y en especial, en los últimos años. Somos un país de matrimonio igualitario, ley de identidad de género, ley de cobertura de técnicas de reproducción asistida, ley de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, ley de protección integral de las mujeres, y tantas otras legislaciones por mencionar las más recientes. Todas en conjunto, evidenciaban la necesidad de un nuevo texto civil integral.

En el caso particular del divorcio, el derecho no hizo más que reconocer una realidad indiscutible: los miembros de una pareja en cierto momento pueden dejar de querer seguir compartiendo sus destinos juntos, y tener la necesidad de poner fin a su vínculo matrimonial.

En este sentido, la reforma introducida al Código Civil de Vélez Sarsfield a fines de los años ochenta impuso un trámite de divorcio que, a la luz de nuestros días, corresponde calificarlo como vetusto y complicado. Puede pensarse que el argumento fue preservar la institución del matrimonio.

Como se vio, se trataba de un procedimiento causado donde debía justificarse la causa de la disolución dentro de las enumeradas por la legislación, imponía plazos mínimos de matrimonio para solicitarlo y audiencias infructuosas y obsoletas. Muy poco tenían que hacer los cónyuges más que armarse de paciencia hasta lograr finalmente su sentencia de divorcio, cosa que podía demorar hasta dos años en un divorcio de presentación conjunta o superar ese plazo si se trataba de un contradictorio.

La reforma introducida invierte la situación y pone a los miembros de la pareja como reales protagonistas de su propio trámite de divorcio, pues prevalece ahora su autonomía de la voluntad y el deseo de divorciarse, a la finalidad del Estado de tutelar el matrimonio.

Así pasamos a un trámite totalmente distinto, incausado, pues basta la simple motivación de alguno de los cónyuges para divorciarse sin importar lo que considere el otro. Como se vio se eliminan las audiencias, los plazos mínimos para su solicitud y se simplifica el trámite.

Se introduce la novedad del convenio regulador donde son los mismos miembros de la pareja, quienes deberán acordar los ejes de su nueva vida de divorciado, en lo que respecta a sus hijos y/o bienes si los tuvieran. Una vez más la autonomía de la voluntad por encima del orden público.

En definitiva, como han reflejado los medios de comunicación, la doctrina y la jurisprudencia en estos primeros meses de aplicación, los cambios introducidos son positivos y se ponen del lado de las personas, donde ha de estar siempre el derecho.

Por tanto, en relación al problema y los objetivos de investigación planteado al inicio de este trabajo, habiéndose expuesto y analizado el régimen del divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, se puede concluir, aunque aún es temprano para decirlo puesto que nos encontramos recorriendo un camino de transición propio de los primeros tiempos de todo cambio, que sí se han superado las dificultades y problemas del anterior sistema, y al resultar más sencillo, eficaz y rápido el nuevo trámite se pone a la altura de las demandas que exige la sociedad actual.

Esto se ha logrado al establecer un solo tipo de divorcio, el incausado, suprimiendo aquellas causales subjetivas y objetivas que requerían su comprobación.

También notamos celeridad en el caso del divorcio por mutuo acuerdo en el cual ya no es necesario esperar los plazos que establecía la legislación anterior, y dejando las demás cuestiones relativas al interés familiar sujetas a un convenio que en caso de no lograrse no suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

No obstante la rapidez que se ha logrado con estas reformas no por ello se desampara a los integrantes de la comunidad familiar que con la incorporación de la compensación económica se protege a sus miembros en caso de existir un desequilibrio económico manifiesto, que signifique un empeoramiento de su situación.

Con todo lo expuesto, estoy en condiciones de poder reafirmar que el legislador supo interpretar las exigencias de la sociedad, logrando transformar el instituto del divorcio a un régimen realmente ágil, tal como ha quedado demostrado en la jurisprudencia que se estudio.

Viendo la reforma creo que los grandes aciertos en la materia que nos ocupa fueron principalmente dos: 1) transformar en incausado el proceso y 2) Dejar las demás cuestiones accesorias al divorcio, ajenas al mismo, debiendo el juez dictar sentencia.

Considero que la introducción de convenio regulador, que se trajo del derecho español, es la nota distintiva que tiene el nuevo régimen y que pone de relieve la importancia que el legislador le da a la autonomía de la voluntad, como eje de esta reforma.

Así mismo entiendo que la jurisprudencia, una vez más, fue quien marcó el camino a los cambios que la sociedad demandaba. En la década de los ochenta fue el caso Sejean, y en nuestros días, fueron innumerables jueces los que declararon la

inconstitucionalidad de aquellos artículos del código que hacían de este proceso un camino largo y tortuoso.

Finalmente después de recorrer un largo camino de investigación, análisis y reflexión, se puede colegir que en materia de divorcio se han alcanzado los objetivos planteados por el legislador dando importancia al individuo, a su voluntad y logrando una celeridad procesal que necesariamente redundará en un beneficio no sólo de los sujetos considerados individualmente sino también al grupo familiar al que pertenecen.

En definitiva, como siempre ha sucedido, sólo el tiempo y la práctica procesal dirán, por empuje de la propia sociedad, si es necesario una nueva reforma donde la realidad sea quien modifique el Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina.

Belluscio, Augusto Cesar; *"Manual de Derecho de Familia"*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 7ma. Edición, 2002.

Borda, Guillermo: *"Tratado de Derecho Civil - Familia - Tomo I"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

Duprat, Carolina; *"Código Civil y Comercial de la Nación comentado"* Gustavo Caramelo; 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015.

"Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

Hernández Sampieri, R, Fernández Collado, C., Baptista Lucio, P., (2003) *Metodología de la investigación*, D.F. México, McGraw-Hill

Lloveras, Nora; Orlandi, Olga; Faraoni, Fabián; Verplaetse, Susana y Monjo, Sebastián, *"Las uniones convivenciales en la Argentina y los aspectos patrimoniales: una visión legal y jurisprudencial"*, en APC, n° 11, Abeledo Perrot, 2009.

Lorenzetti, Ricardo Luis: *"Código Civil y Comercial de la Nación, comentado"* Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

Medina, Graciela, *"Compensación Económica en el Proyecto del Código"*, LA LEY 2012 –2013.

Mignon, María Belén; *"Divorcio Express: Primeras conclusiones"*, en Revista Jurídica La ley, 1411/2015, p. 7 y ss.

Millán, T. (2008, 29 de febrero). Investigación Cualitativa. Metodología de la investigación. Recuperado el 10 de octubre del 2011 en: <http://metodoinvestigacion.wordpress.com/2008/02/29/investigacion-cualitativa>.

Mizrahi, Mauricio Luis "Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto", en Revista Jurídica LA LEY, 4/7/2012, p. 1 y ss.

Pellegrini, María Victoria; "*Del divorcio causado al divorcio sin expresión de causa*", Revista Derecho Privado, Año II, N° 6, Ediciones Infijas, 2012.

Peña Bernaldo de Quirós, Manuel, "Derecho de Familia", Universidad de Madrid 1989, p. 125.

Pianigiani, Ottorino; "*Il vocabolario etimológico*", Larousse, Roma, 1993.

Pugliese, María Rosa; "*Derecho, Estado y Religión. La historia del matrimonio civil en la Argentina*", Buenos Aires, Biblos, 2011.

Ramos Pazos, René; "*Derecho de familia*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.

Rivera, Julio César – Medina, Graciela, "Código Civil y Comercial, comentado", Thomson Reuters LA LEY, 2014

Scavone, G. M. (2002). *Cómo se Escribe una Tesis*. Buenos Aires: La Ley.

Sojo Bianco R.; "Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones", Distribuidora Kelran C.a, Madrid, 1996.

Solari, Néstor E., "*El derecho de las personas del mismo sexo a casarse. Un fallo necesario*", LA LEY, Buenos Aires, 2009.

Yuni, J.A. y Urbano, C.A. (2006) *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación* (2da Ed.), Córdoba, Brujas.

Yzquierdo Tolsada, Mariano, "Tratado de Derecho de familia", Vol. II, Aranzadi. Navarra, 2011. p. 537 y 538.

Legislación.

Ley N° 2.393

Ley N° 14.394

Ley N° 23.515.

Ley N° 26.618.

Código Civil

Código Civil y Comercial

Jurisprudencia.

S. C. s/ divorcio Juzg. 1ra Inst. en lo Civil N° 25. CABA. 14/ 08/15. Id Infojus: NV12429.

M.E.C y R.B.C. s/ divorcio presentación conjunta. Familia N° 7 de Rosario. 05/03/15. Id Infojus: NC15789.

C., G. A. Y M., M. L. .s/ divorcio vinc. presentación conjunta. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza.20/08/2013DFyP 2013, con nota de Aldo M. Di Vito-Cita online: AR/JUR/46292/2013.

Juan Bautista Sejean c/ Ana María Zaks de Sejean s/ Inconstitucionalidad del art. 64de la Ley 239. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 27/11/86. Id SAIJ: FA86000789

S.L. y otro s/ Separación Personal. Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 2 de La Plata. 16/07/10 .Id: <http://www.cij.gov.ar>

G.V., C. c/ C., H. s/ Divorcio por causal objetiva. Excmo. Tribunal de Familia, Poder Judicial Formosa. 01/09/2015. Id: <http://www.nuevocodigocivil.com>

K.J.I. Y R.M.E. S/ DIVORCIO, EXPTE. N° 119702/1, 07/08/2015. ID: <http://www.cij.gov.ar/nota-17364>.

