



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ALONSO SILVIA

***“DIVORCIO VINCULAR,
FUNDAMENTOS DE LA REFORMA”***

ABOGACIA

AÑO 2016

1. RESUMEN

El divorcio es la forma legal prevista por el ordenamiento jurídico que resuelve la disolución del vínculo matrimonial, dentro de un proceso judicial y ante autoridad competente. Se disuelve de ese modo el vínculo en vida de los cónyuges y consecuentemente se recupera la aptitud nupcial.

La intención del presente trabajo radica en comprender como la dinámica de las transformaciones sociales permiten adecuar el derecho a nuevas formas de relaciones, lo que quedo acabadamente demostrado con la concreción de la Reforma del Código Civil y Comercial, sancionado por Ley N° 26.994 en octubre de 2014, y en vigencia desde el 1° de Agosto de 2015. La modificación sustancial que trae la reforma en materia de divorcio está directamente vinculada con los principios y derechos fundamentales de las personas, consagrados constitucionalmente y con igual jerarquía en instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos el principio de legalidad, libertad, privacidad, intimidad, autonomía y dignidad de la persona. Quedando delineado de ese modo, las nuevas formas de concebir el divorcio respetando el desarrollo de cada persona para lograr un proyecto de vida autorreferencial que no conlleve un daño a los derechos de terceros ni que por ello se afecte el orden público.

PALABRAS CLAVES: Derecho de Familia, Divorcio, Nuevo Código Civil y Comercial, Fundamentos de la reforma, Principios fundamentales.

1. ABSTRACT

Divorce is the legal form provided by the legal system that resolves the dissolution of the marriage bond, within a judicial process and before a competent authority. This dissolves the bond in the life of the spouses and consequently the nuptial aptitude is recovered.

The intention of the present work is to understand how the dynamics of social transformations allow to adapt the right to new forms of relations, which was finally demonstrated with the concretion of the Reform of the Civil and Commercial Code, sanctioned by Law N° 26,994 in October of 2014 and effective as of August 1, 2015. The substantial change brought about by the divorce reform is directly linked to the fundamental principles and rights of individuals, enshrined constitutionally and with equal hierarchy in international human rights instruments, including the principle of legality, freedom, privacy, privacy, autonomy and dignity of the person. In this way, the new ways of conceiving divorce are respected respecting the development of each person to achieve a project of self-referential life that does not cause damage to the rights of third parties or that this affects public order.

ÍNDICE

1. RESUMEN.....	2
2. INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: DIVORCIO VINCULAR	11
Introducción	11
I. 1. Breve reseña histórica	11
I. 2. Concepto	14
I. 3. Evolución	14
Conclusiones Parciales	18
CAPÍTULO II: FUNDAMENTOS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN RELACIÓN AL DIVORCIO	20
Introducción	20
II. 1. Derecho de familia.....	20
II. 2. Derechos fundamentales de las personas.....	21
II. 3. Principios.....	25
II. 4. Autonomía de la voluntad.....	26
II. 5. Orden público	29
Conclusiones Parciales	31
CAPÍTULO III: BASES SOBRE LAS QUE SE ASIENTAN LOS FUNDAMENTOS QUE INCORPORA LA REFORMA	33
Introducción	33
III. 1. Constitución Nacional	33
III. 1. 1. Artículo 19.....	33
III. 1. 2. Artículo 31.....	36
III. 1. 3. Artículo 33.....	38
III. 1. 4. Artículo 75, inciso 22 y 23	40
III. 2. Tratados Internacionales	42

III. 2. 1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	42
III. 2. 2. Declaración Universal de Derechos Humanos	45
III. 2. 3. Convención Americana sobre Derechos Humanos	47
III. 2. 4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	49
III. 3. El rol del Juez en el control de constitucionalidad y convencionalidad en materia de divorcio.....	51
Conclusiones Parciales	55
CAPÍTULO IV: MARCO REGULATORIO DEL DIVORCIO EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO.....	57
Introducción	57
IV. 1. Derechos y deberes de los cónyuges.....	57
IV. 1. 1. Código Civil derogado	57
IV. 1. 2. Código Civil y Comercial vigente	66
IV. 2. Disolución del vínculo matrimonial.....	71
IV. 2. 1. Código Civil derogado	71
Conclusiones Parciales	82
CAPÍTULO V: SITUACIÓN ACTUAL DEL DIVORCIO.....	85
Introducción	85
V. 1. Disolución del Matrimonio en el Código Civil y Comercial vigente.....	85
V. 1. 1. Causales.....	86
V. 1. 2. Proceso de divorcio	89
V. 1. 3. Efectos del divorcio.....	102
Conclusiones Parciales	121
3. CONCLUSIONES GENERALES	123
4. BIBLIOGRAFÍA.....	129

2. INTRODUCCIÓN

El divorcio es la forma legal prevista por el ordenamiento jurídico que resuelve la disolución del vínculo matrimonial, dentro de un proceso judicial y ante autoridad competente. Se disuelve de ese modo el vínculo en vida de los cónyuges y consecuentemente se recupera la aptitud nupcial.

El instituto del divorcio, si bien cuenta con un antecedente de aplicación muy breve, fue recién en el año 1987, conforme a las modificaciones de la Ley N° 23.515 de Divorcio Vincular, que queda incorporado definitivamente al Código Civil adecuando así la norma a la realidad social de ese momento. En la actualidad, es ineludible advertir que la realidad social, cultural, económica, los vínculos sociales y familiares, desde aquellos casi treinta años a esta parte, han experimentado trascendentes cambios. Imaginemos el problema que se suscitaba frente a una crisis matrimonial y su posible disolución y repercusión social, a cómo se ha modificado la situación en la actualidad.

La intención del presente trabajo radica en comprender como esas transformaciones sociales permiten adecuar el derecho a nuevas formas de relaciones, lo que queda acabadamente demostrado con la concreción de la Reforma del Código Civil y Comercial, sancionado por Ley N° 26.994 en octubre de 2014, y en vigencia desde el 1° de Agosto de 2015. La modificación sustancial que trae la reforma en materia de divorcio está directamente vinculada con los principios y derechos fundamentales de las personas, consagrados constitucionalmente y con igual jerarquía en instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos el principio de legalidad, libertad, privacidad, intimidad, autonomía y dignidad de la persona. Quedando delineado de ese modo, nuevas formas de concebir el divorcio respetando el desarrollo de cada persona para lograr un proyecto de vida autorreferencial que no conlleve un daño a los derechos de terceros ni que por ello se afecte el orden público.

Entre las modificaciones efectuadas en torno al divorcio, destacamos las siguientes: ya no coexisten la separación personal y el divorcio vincular, la primera fue eliminada y el segundo pasa a denominarse simplemente divorcio; ahora el divorcio es incausado o sea se suprimen las causales; ya no es necesario exponer ante un juez cuáles son, ni explicar que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común; ni a esperar el plazo de tres años transcurridos de la celebración de matrimonio para hacer la petición; ni someter la relación ante un procedimiento de conciliación de doble audiencia; ni adjudicar la culpabilidad a un cónyuge y la inocencia al otro; ni a sancionar ni a remediar una

relación de pareja; ahora la autonomía de la voluntad de la persona y sus íntimas decisiones son la cuestión a tutelar, reconociendo como límite la afectación de otra persona en sus derechos.

Ingresando en el trabajo propiamente dicho, el desarrollo del mismo se organiza en cinco capítulos. El primero de ellos, procura realizar una breve reseña histórica del instituto del divorcio, mencionando sus antecedentes, definiendo su concepto y la evolución que ha suscitado el mismo en los años de aplicación.

El segundo capítulo, procura explicar y conocer en profundidad cuáles son los fundamentos que llevaron a las modificaciones del código en torno al tema elegido, analizando los elementos necesarios y posibilitando su encuadre dentro del Derecho de Familia, de los derechos fundamentales de las personas, de los principios de autonomía de la voluntad y orden público.

Como eje importante, en el tercer capítulo se ubica el ordenamiento normativo, donde se analizan las distintas fuentes del ordenamiento jurídico, tales como la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, que son los que permiten profundizar acerca de los fundamentos que dieron lugar a la reforma del Código en lo que concierne al instituto del divorcio.

En un cuarto capítulo e igual de central que el anterior, se realiza una descripción y comparación pormenorizada del articulado concerniente, utilizando como fuentes centrales el Código Civil derogado con el vigente y nuevo Código Civil y Comercial, a fin de conocer y así poder analizar y explicar las diferencias que hacen a las modificaciones introducidas y que tuvieron como paradigma los fundamentos descritos en los capítulos anteriores.

Finalmente, en el quinto y último capítulo se plantea la situación actual en la que se encuentra el divorcio, brindando claramente los elementos y las herramientas en torno a los requisitos y procedimientos a cumplimentar para peticionar, en la forma y con los fundamentos correctos, la disolución del matrimonio.

En relación al Marco Metodológico, el tipo de estudio a emplear en el presente trabajo es el descriptivo, ya que éste nos permite seleccionar una cuestión o problemática, recolectar información al respecto para luego efectuar una descripción sobre el tema (Sampieri, 2006). Mientras que, la estrategia metodológica a utilizar en el trabajo se enfoca en el método de carácter cualitativo, a fin de profundizar y conocer más detalladamente la institución jurídica elegida y focalizando el análisis en las normas que lo regulan.

Por otra parte, y siendo las fuentes una herramienta fundamental al momento de iniciar la búsqueda de información bibliográfica, las mismas permitirán acceder y ubicar la mayor cantidad de información necesaria relacionada con la temática elegida. Las Fuentes Primarias utilizadas son, legislaciones, libros, fallos y sentencias. Se utilizarán en este trabajo el Código Civil derogado, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales pertinentes, así como la jurisprudencia relevante al respecto del tema elegido. Mientras que como Fuentes Secundarias se utilizan diferentes elaboraciones doctrinarias sobre el tema, artículos de revistas especializadas en derecho, comentarios de fallos, entre otras relevantes y relativas al divorcio. Finalmente, las Fuentes Terciarias o de referencias generales que son manuales de estudio sin visión propia u original, o publicaciones, sólo se utiliza aquel manual que amplíe y aporte contenido al trabajo.

Para el presente trabajo se utilizan técnicas de recolección de información y datos básicamente de tipo documental relacionadas con la legislación, jurisprudencia y doctrina relativas al instituto del Divorcio, en tanto y en cuanto atañen a los fundamentos que se desarrollan y consideran pertinentes. Con relación al análisis de datos, se utilizan las estrategias de análisis documental y de contenido, para poder interpretar y analizar los fundamentos que se han tenido en mira a los fines de actualizar el instituto y priorizar derechos fundamentales del hombre.

La importancia del presente trabajo, reside en justificar ¿cuáles son los fundamentos que llevaron a las modificaciones del divorcio en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación?; entre ellos considerar los derechos fundamentales de la persona, tales como la libertad, la dignidad, la autonomía de la persona humana, siendo estos desde la reforma de la Constitución en el año 1994 incorporados como derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales – artículo 75, inciso 22, CN-. Asimismo, es interés de este trabajo ofrecer una práctica herramienta jurídica, sobre las cuestiones que por entonces debemos tener en cuenta al momento de tratar el instituto familiar del divorcio, que como tal en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1987, no escapa a las adaptaciones que nos impone la dinámica de la vida social actual. Del mismo modo, entre los fines de este trabajo está comparar el derogado Código Civil con el nuevo Código unificado, consignar las diferencias en su articulado y en sus fundamentos, y realizar de este modo un aporte que sirva para introducirnos en las nuevas concepciones, terminologías y en todo lo referente al instituto jurídico del nuevo divorcio incausado. Y así, conociendo los fundamentos de dichos cambios, se puede interpretar mejor el espíritu

de la ley, pudiendo lograr así rápidamente las adaptaciones terminológicas y el conocimiento necesario para poder estar a la altura de las circunstancias que la sociedad demande en adelante, y que serán imperiosos en tanto futuros abogados para resolver el caso particular que se nos plantee.

El divorcio, como instrumento legal, en el marco del nuevo Código Civil y Comercial, viene de la mano de los fundamentos que sustentan esos cambios sustanciales, por lo cual surge la necesidad y relevancia de conocer e investigar esta temática en profundidad.

Por lo tanto en dirección al interés planteado, el objetivo general de la investigación, es analizar ¿cuáles son los fundamentos que llevaron a las modificaciones del nuevo Código Civil y Comercial con relación al divorcio?. Para ello, es necesario, ubicar históricamente el instituto del divorcio, su concepto y evolución, explicar y conocer cuáles son los fundamentos que enmarcan las modificaciones introducidas, profundizar sobre los fundamentos basados en los derechos fundamentales de las personas priorizando la autonomía de la voluntad al momento de plantear un divorcio sin vulnerar el orden público, analizar los principios consagrados en la Constitución Nacional y en las Convenciones Internacionales sobre los derechos fundamentales de las personas, explicar y comparar los derechos y deberes de los cónyuges, anterior y posterior a la reforma dado que inciden directamente en los cambios realizados para la disolución del matrimonio, analizar y comparar los artículos vinculados al divorcio del derogado Código Civil con el nuevo Código Civil y Comercial aprobado por Ley 26.994 y vigente desde el 1º de agosto de 2015 y describir el estado actual del instituto del divorcio y su procedimiento simplificado.

A tal fin, en el momento de establecer la hipótesis, se puede señalar que para lograr una sentencia que declare judicialmente un divorcio, el nuevo cuerpo normativo contempla un procedimiento más simplificado para solicitar la disolución del vínculo matrimonial; ya no existe el requisito de cumplir con determinados plazos; ni causales que exponer en audiencias de conciliación mostrando la intimidad personal; ni necesidad de invocar y demostrar motivos o causas. En adelante, los requisitos son básicamente de forma y no de fondo, porque se abre camino a la autonomía de la voluntad individual y un ejemplo claro es que el divorcio puede ser peticionado por decisión acordada de ambos cónyuges, o de lo contrario por uno sólo de ellos. Un agregado muy importante y que opera como requisito de precedencia es el acompañamiento de la petición de divorcio de una propuesta que regule los efectos éste, es una novedad trascendente la del convenio regulador porque

debe especificar cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, distribución de bienes, alimentos, patria potestad, entre otros.

Finalmente, con el objeto de determinar si la hipótesis contemplada, es aceptada o rechazada, luego de la investigación, la misma se inicia a partir de las siguientes preguntas de investigación: ¿Cómo ubicamos históricamente el instituto del divorcio, su concepto y evolución? ¿Qué fundamentos han sido considerados para arribar a las modificaciones que fueron introducidas en el nuevo Código Civil y Comercial sobre el tema en estudio? ¿Qué importancia se le asignan a los derechos fundamentales de las personas priorizando la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares sin que se vea afectado el orden público? ¿Cuáles son los principios consagrados en la Constitución Nacional y en las Convenciones Internacionales con jerarquía constitucional que debemos analizar sobre los derechos fundamentales de las personas? ¿Cómo se modifican los derechos y deberes de los cónyuges y cuánto inciden con respecto a la disolución del matrimonio? ¿Cuáles son los artículos que se deben analizar y comparar sobre divorcio en el derogado Código Civil con el vigente y nuevo Código Civil y Comercial? ¿Podríamos describir el estado actual del instituto estudiado y su procedimiento?

Luego de esta introducción, invito adentrar en la lectura del desarrollo de este trabajo esperando satisfacer el interés motivado.

CAPÍTULO I: DIVORCIO VINCULAR

Introducción

En el presente capítulo, se desarrolla una breve reseña histórica sobre el instituto jurídico del divorcio, mencionando que su regulación en los primeros momentos, fue por medio de la Ley Canónica, siendo posteriormente regida años más tarde por el Estado, y luego en 1888, se dicta la Ley de Matrimonio Civil N° 2393 (1888), donde el divorcio (se llamaba así lo que luego sería la separación personal) se fundaba en la culpa de alguno de los cónyuges. Se señala además, que en ese momento, un nuevo matrimonio entre los divorciados, no era posible. Luego fueron sucediéndose y alternándose diferentes procesos de divorcio hasta llegar al estado actual.

I. 1. Breve reseña histórica

En un primer momento, el instituto jurídico del divorcio estuvo regulado por la Ley Canónica. Con la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield (1871), surgen cambios que modifican la ley existente, siendo los jueces civiles, quienes deciden sobre las consecuencias del divorcio, tales como la tenencia de hijos, distribución de los bienes, entre otros efectos. Para Llambías (2003, p.152), “...*el Derecho canónico tuvo una gran influencia en lo referente al Derecho de Familia, en especial sobre el matrimonio. Vélez Sarsfield dejó este instituto bajo la jurisdicción de la Iglesia Católica, tomando la institución del matrimonio canónico y adjudicándole efectos civiles*”.

Zorraquín Becu (1966, p. 123), en el mismo sentido que Llambías, ya afirmaba que: “*ese Código era uno de los más perfectos del mundo por su método, el acierto de sus disposiciones, la riqueza de su contenido y la novedad de algunas construcciones jurídicas que hasta entonces no habían llegado a tener estado legislativo*”.

Años más tarde, en 1888, se dicta la Ley de Matrimonio Civil N° 2393 (1888), donde el divorcio se fundaba en la culpa de alguno de los cónyuges (divorcio-sanción), estaba regido por el Estado, y se determinaba que un nuevo matrimonio entre los divorciados no era posible; o sea se llamaba divorcio a lo que luego se denominó separación personal. Para obtenerlo, una de las partes debía haber incurrido en el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, tales como la fidelidad, la cohabitación, buen trato, etc.

Posteriormente surge el Régimen de la Ley 14.394 (1954), y se siguió llamando divorcio a la que era la separación personal, pero el cambio que se introduce es, que se

admitía que transcurrido un año de aquella podían solicitar al juez que se declare disuelto el vínculo y así los divorciados pueden volver a casarse, aspecto que era impedido en la ley anterior. Esta ley entró en vigencia en el año 1955 y un año después fue suspendida por un decreto-ley. Vale aclarar que entre 1956 y 1987 no existía la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial.

En el año 1968, se observa el primer antecedente del divorcio vincular, pero con la aparición de la Ley 17.711 (1968), queda nuevamente sin efecto la posibilidad de recuperar la aptitud nupcial por parte de los divorciados (seguía siendo el divorcio lo que fue la separación personal), pero a la vez se humaniza un tanto el proceso, al admitir el divorcio por petición conjunta al existir causas graves que hacían imposible la vida en común, sin tener que demostrarse la culpabilidad de una de las partes, lo llamaban divorcio-remedio.

Pero no toda la doctrina estuvo de acuerdo con los cambios realizados por esta ley. Tal es así, que por un lado, quien fue parte de esas reformas, Borda (2008, p. 159), escribe al respecto: *“El conjunto de todas estas reformas es de una trascendencia tal – particularmente por el cambio de filosofía y por su adecuación a la dinámica moderna – que no es aventurado afirmar que hoy tenemos un nuevo Código Civil o, por lo menos, un Código Civil profundamente renovado y distinto del que redactara Vélez Sarsfield”*.

Por otra parte, Llambías (2003, p. 153), en contraposición a la opinión de Borda, señala que: *“... en una reforma de esa extensión era dificultoso compaginar todas las nuevas normas con el viejo articulado y que era preferible que en lugar de acudir a «remiendos» se hubiese encarado la tarea de hacer un código totalmente nuevo”*.

Y es de este modo que desde principios del Siglo XX, ya se instala con gran curiosidad en la sociedad, la discusión sobre el tema, despertando un creciente interés que luego se verá reflejado en arduas, fundadas y contrapuestas posturas doctrinarias.

Ante lo expuesto, se puede afirmar que el divorcio vincular, es una de las instituciones más cuestionadas en el Derecho de Familia. En 1969, existe una posición dividida entre juristas dogmáticos y juristas católicos. Algunos, en contra del divorcio vincular, como Llambías (1971, p.154), sostienen:

“Es inconciliable la rescisión matrimonial, con la defensa de la indisolubilidad del vínculo: la solución híbrida que ahora se ensaya, es de temer que pueda quedar prontamente superada, por la dialéctica de la idea de la autonomía de la voluntad individual, en el plano de la regulación matrimonial que ahora se adopta. No es necesario apuntar la fuerza que tienen las ideas latentes en una legislación, para promover las soluciones que están latentes en estas ideas. Es lo que le da a las

recientes reformas, un sentido dramático por la proclividad al divorcio vincular que ella engendra, con abstracción de la convicción adversa a él, que puede tener tal o cual gobernante actual”.

En contraposición a lo expuesto, los juristas católicos, sostienen la postura a favor de la separación de mutuo acuerdo. En este sentido, Borda (1969, p. 205), señala que: *“cuando los cónyuges están de acuerdo con separarse de mutuo acuerdo, es inútil que la ley pretenda obligarlos a seguir conviviendo, pues de cualquier modo se separarán”.*

A pesar de las ideas encontradas, y con la reforma al Código Civil, realizada hasta este momento, la legislación vigente en esa época, no brinda una definitiva solución al problema generado por la gran cantidad de parejas separadas que mantenían uniones ilegítimas, optando por matrimonios fraudulentos en el extranjero ante la prohibición de contraer nuevas nupcias. Ante esta situación, Belluscio (1979, p. 85), sostiene que:

“...la reforma ha seguido la línea de quiénes se niegan a comprender la realidad que los rodea, y, encasillados en preconceptos de cada vez más reducida vigencia, no advierten que el verdadero problema de honda trascendencia social, es la ausencia del divorcio absoluto (en la ley pero no en la vida cotidiana), que relega a la ilegalidad, a un grande y creciente número de parejas unidas al amparo de legislaciones más humanas, a pesar de que la sociedad las considera tan bien casadas como las que contraen matrimonio en el país...”

Finalmente, es en el año 1987, que el Congreso pondrá fin a la discusión con la definitiva sanción de la Ley de Divorcio Vincular N° 23.515 (1987), introduciendo las modificaciones respectivas en la Sección Segunda del Libro Primero del Código Civil “De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia”, adecuando así la norma a la realidad social de ese momento. Por lo que, coexistían en la nueva norma las figuras de: divorcio vincular, que además de disolver la sociedad conyugal producía la disolución del matrimonio habilitando a contraer nuevas nupcias; y la figura de la separación personal, que disolvía la sociedad conyugal pero no permitía contraer nuevas nupcias. Esta ley permaneció vigente hasta el 31 de Julio de 2015.

En el mencionado cuerpo normativo, el vínculo matrimonial se disuelve (entre otras causas) por sentencia de divorcio vincular; el mismo es concebido como un divorcio sanción o remedio, invocando ante autoridad competente las causales que hacen imposible la vida en común, permitiendo la conversión de la separación personal en divorcio, respetando plazos y audiencias para finalmente lograr la sentencia de divorcio, la que una

vez obtenida permite a los cónyuges que recuperen su aptitud nupcial por lo que podrán volver a casarse.

A su vez, coexistían los dos institutos antes mencionados, que tenían por fin dar por terminada la relación matrimonial, por un lado la hoy derogada separación personal y por el otro el divorcio; pero entre ambos existía una diferencia fundamental que radica en la disolución o no del vínculo matrimonial. Nos dice el art. 201 (Texto s/ley 23515) del Código Civil: *“La separación personal no disuelve el vínculo matrimonial.”*, mientras que el art. 213, inc. 3. dice que el vínculo matrimonial se disuelve: *“por sentencia de divorcio vincular”*.

De esta manera, el divorcio a través de la historia argentina, es un instituto al que ineludiblemente la doctrina y los legisladores debieron ir adecuando a los cambios sustanciales que la sociedad en cada contexto histórico requiere.

I. 2. Concepto

El divorcio es la forma legal prevista por el ordenamiento jurídico que resuelve la disolución del vínculo matrimonial, dentro de un proceso judicial y ante autoridad competente. Se disuelve de ese modo el vínculo en vida de los cónyuges y consecuentemente se recupera la aptitud nupcial.

I. 3. Evolución

Desde la incorporación del divorcio vincular en nuestro país, sumado a las transformaciones en la sociedad y en la vida familiar, aún se influyó en la necesidad de readecuar la norma, ya que al cambiar el mundo, cambia la familia y ello trae como consecuencia cambios en la legislación.

Esta evolución, se refleja en la extensa doctrina y jurisprudencia, ya que Genoud (2012, p. 6), señala: *“que no es ni más ni menos que reconocer que las relaciones de familia se sostienen por el afecto y una vez desaparecido este la coerción al cumplimiento de deberes bajo el temor de una sanción no es el mejor camino”*.

Con el fin de adecuar el sistema legal a los actuales conflictos surgidos en los matrimonios, al evolucionar la norma, se planteaba la inconstitucionalidad de los plazos y audiencias. Por lo que, se admitía a la vez, la solicitud de separación personal o la de divorcio vincular, respetando el tiempo mínimo de matrimonio requerido por ley, para el

trámite del divorcio por mutuo consentimiento, establecido en los arts. 215 y 236 del Código Civil:

Con relación a los plazos y formas, los artículos 215 y 236 del Código Civil (texto s/ley 23515/87), referían:

“Artículo 215. - 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”.

“Artículo 236. - En los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos:

- 1. Tenencia y régimen de visitas de los hijos.*
- 2. Atribución del hogar conyugal.*
- 3. Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces incluyendo los modos de actualización.*

También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria.

El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. Presentada la demanda, el juez llamara a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación. Si el resultado fuere negativo o el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen normalmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren.”

En relación a la separación personal, se resuelve que no corresponde imputar la causal de abandono del hogar, “...cuando existe una separación de hecho de común

acuerdo, aunque no sea convenida, sino aceptada tácitamente por los cónyuges durante un lapso”¹.

Ante esta situación, la Cámara Nacional Civil, Sala B, 20/05/2008, en autos “C. C. C. c/ R. B. L. s/ divorcio” ha interpretado que: *“el hecho del alejamiento del hogar conyugal no puede generar automáticamente la presunción hominis [...] relativa a la voluntariedad y al carácter malicioso de tal alejamiento”*. Tal presunción *“solo ha de funcionar en un ámbito sumamente restringido; esto es, que su eficacia quedará limitada a los supuestos en que de las actuaciones se desprenda sin hesitación que el retiro del hogar por el cónyuge aparezca a todas luces como irrazonable”*.

Por otra parte, se cuestiona el trámite de doble audiencia determinado para el caso del divorcio mencionado, el rol del juez como investigador de las causas y conciliador de las partes y la utilidad de mantener la doble figura: separación personal y divorcio vincular, ya que según Jelin (1998, p. 87): *“La extensión de los valores modernos de autonomía personal, de libre elección de la pareja sobre la base del amor romántico, la creciente expectativa social de dar cauce a sentimientos y afectos implican también la contracara: la libertad de cortar vínculos cuando el amor se acaba, cuando el costo personal de la convivencia conflictiva supera cierto umbral”*.

De esta manera, la evolución de la doctrina y jurisprudencia respecto al divorcio vincular, en relación al art. 19 de la Constitución Nacional, avanzó respetando la intimidad y la libertad de las personas, al establecer límites precisos a la injerencia estatal, estableciendo, según Mizrahi (2011, p. 112):

“...existe dificultad probatoria que en el ámbito de un proceso judicial tiene el juez para desentrañar los verdaderos motivos del quiebre matrimonial. No es posible conocer realmente qué es lo que ha ocurrido en la intimidad del hogar, y si se decreta la culpabilidad de uno, nunca se sabrá si fue ese solo el verdadero culpable o se han sucedido otros conflictos que no han podido acreditarse en el pleito...”

Por su parte, Díez Picazo y Gullón, en Sistema de Derecho Civil (1986, p. 47), al respecto, afirman: *“... la ubicación de un culpable en el divorcio demandará una tarea de*

¹ CNCiv, Sala L, 11/3/2008; CNCiv, Sala K, 26/11/2009: “Reiteradamente en la jurisprudencia se ha sostenido que precisamente el acuerdo de los esposos para vivir separados [que se presume como consecuencia del tiempo transcurrido sin que ninguno de los cónyuges promoviese juicio de divorcio], excluye la existencia de la causal en examen. (CNCiv, Sala J, feb. 18-1999, [...])” Lexis N° 70058026 [énfasis agregado].

búsqueda nada convincente, y a veces escandalosa, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal”.

Y coincidiendo con los mencionados autores, Bossert y Zannoni, (2005, p. 333), expresan, *“La realidad es, en síntesis, que el juez no podrá conocer lo que ha sucedido en la intimidad del hogar”.*

Es de este modo como la figura jurídica del divorcio, es una de las que más se ha modificado y actualizado por la reciente reforma del Código Civil; mencionando brevemente algunos de los aspectos: se conserva de manera únicamente judicial el divorcio; se deroga la figura de separación personal; el divorcio es incausado, como remedio, no adjudicando responsabilidad o culpa a uno u otro cónyuge; no hay causal subjetiva alguna; ya no es necesario contar con la decisión del otro, sólo con la decisión de uno es viable; es inadmisibles la solicitud si no va acompañada de un convenio regulador de los bienes y demás efectos del divorcio; innecesario es esperar que el tiempo transcurra para iniciar el trámite, no hay plazos; se puede por voluntad de ambas partes acordar en muchos aspectos, ej. lo atinente a régimen de visitas, vivienda familiar, compensaciones económicas.

De esta manera, en dicha evolución, se observa una proyección tendiente a lograr una ruptura matrimonial pacífica, privilegiando la integridad de todos los miembros de la familia (pareja-hijos), por medio de un equilibrio entre el orden público y la autonomía voluntad, con el objeto de acercar la norma a la realidad, determinando un solo tipo de divorcio incausado, suprimiendo el doble sistema de separación personal/ divorcio vincular y suprimiendo las causales que tanto daño hace a la familia en conjunto, suprimiendo también el trámite de la doble audiencia.

Es así, que las reformas realizadas en el ámbito del Derecho de Familia, se correspondieron con los cambios que se fueron dando en el seno de la familia misma, en relación a su conformación y a las formas de resolver los conflictos ante una ruptura matrimonial, en base a las consecuencias y no a las causas. Ante esta postura, Chechile y Herrera (2008, p. 40), señalan: *“Y no solo se advierten las consecuencias perjudiciales de los divorcios destructivos en la relación padres e hijos, sino que también se expanden a otras relaciones familiares como es el vínculo entre abuelos y nietos”.*

Por lo tanto, en dicha evolución, se tuvo en cuenta los cambios culturales en base fundamentalmente a la consagración de los Derechos Humanos, al interés de cada uno de los integrantes de la familia, constituyéndose dicha familia en una entidad proyectada y elegida por cada uno de sus miembros y legitimada por un sentimiento de amor y afecto.

Conclusiones Parciales

El divorcio vincular, es una de las instituciones más cuestionadas en el Derecho de Familia.

En la historia argentina, el divorcio es un instituto al cual, la doctrina y los legisladores fueron adecuando los cambios dados en la sociedad. Esta evolución, se refleja cuando se observa que en un primer momento, estuvo regulado por la Ley Canónica, para posteriormente, con la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield (1871) ser regulado por los jueces civiles, quienes decidían sobre los efectos del divorcio.

Años más tarde, en 1888, se dicta la Ley 2393 (1888), donde el divorcio se fundaba en la culpa de los cónyuges, estaba regido por el Estado, y se determinaba que un nuevo matrimonio entre los divorciados no era posible.

Posteriormente, con la Ley 14.394 (1954), surge un nuevo cambio, estableciéndose que los divorciados pueden volver a casarse, aspecto que era impedido en la ley anterior.

Pero años más tarde, con la Ley 17.711 (1968), aparece el primer antecedente del divorcio vincular, quedando nuevamente sin efecto la posibilidad de recuperar la aptitud nupcial por parte de los divorciados, pero a la vez se humaniza el proceso, al autorizar el divorcio por mutuo acuerdo, sin tener que demostrarse la culpabilidad de una de las partes.

Es así, que a través de los años, se observa una constante posición dividida entre juristas dogmáticos y juristas católicos. Pero a pesar de ello, la legislación vigente, continuaba sin brindar una solución definitiva al problema generado por la gran cantidad de parejas separadas que mantenían uniones ilegítimas, optando por matrimonios fraudulentos en el extranjero ante la prohibición de contraer nuevas nupcias en su país.

Finalmente, en 1987, con la definitiva sanción de la Ley de Divorcio Vincular N° 23.515 (1987), se introdujeron modificaciones en la Sección Segunda del Libro Primero del Código Civil “De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia”, adecuando así la norma a la realidad social de ese momento, y estuvo vigente hasta el 31 de Julio de 2015. En el mencionado cuerpo normativo, el vínculo matrimonial se disuelve por sentencia de divorcio vincular; el mismo es concebido como un divorcio sanción o remedio, invocando ante autoridad competente las causales que hacen imposible la vida en común, permitiendo la conversión de la separación personal en divorcio, respetando plazos y audiencias para finalmente lograr la sentencia de divorcio, la que una vez obtenida permite a los cónyuges que recuperen su aptitud nupcial por lo que podrán volver a casarse.

De esa manera, la evolución de la doctrina y jurisprudencia respecto al divorcio vincular, y en relación al art. 19 de la Constitución Nacional, avanzó respetando la intimidad y la libertad de las personas, al establecer límites precisos a la injerencia estatal.

En dicha evolución, se observa una proyección tendiente a lograr una ruptura matrimonial pacífica, privilegiando la integridad de todos los miembros de la familia (pareja-hijos), por medio de un equilibrio entre el orden público y la autonomía de la voluntad, con el objeto de acercar la norma a la realidad, determinando un solo tipo de divorcio incausado, suprimiendo el doble sistema de separación personal/ divorcio vincular y suprimiendo las causales que tanto daño producen a la familia en su conjunto, suprimiendo también el trámite de la doble audiencia.

Es así, que las reformas realizadas en el ámbito del Derecho de Familia, se correspondieron con los cambios que se fueron dando en el seno de la familia misma, en relación a su conformación y a las formas de resolver los conflictos ante una ruptura matrimonial, en base a las consecuencias y no a las causas.

CAPÍTULO II: FUNDAMENTOS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN RELACIÓN AL DIVORCIO

Introducción

El presente capítulo, se inicia con el desarrollo del concepto de Derecho de Familia, relacionando el mismo con los derechos fundamentales de las personas, para luego hacer hincapié en los principios en los cuales se basó la nueva reforma realizada en el Código Civil y Comercial respecto del divorcio, dando lugar así a la autonomía de la voluntad, que es la que otorga mayor capacidad de autoregulación en las relaciones familiares, reconociendo ampliamente los acuerdos de voluntad en la organización de dichas relaciones.

Además, se explica, cómo en la reforma, el orden público marca aquellos temas que involucran a la sociedad, como en este caso el divorcio, y que si comprometen los derechos de terceros no pueden quedar sometidos libremente a la autonomía de los particulares, protegiendo de ese modo a las personas de determinados abusos que puedan generarse durante su ejercicio.

II. 1. Derecho de familia

Mazeaud, (1968, p 4), señala que: *“El Derecho de Familia es el conjunto de normas que rigen la constitución, organización, y disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial”*.

Ante los cambios emergentes en la realidad social, la familia al ser una institución dinámica, ha cambiado. Como consecuencia de ello, el Derecho de Familia debió actualizarse a fin de poder responder a los problemas familiares actuales, mediante un marco regulatorio que atienda la realidad de las mismas, ya que entre esos cambios sociales por ejemplo existen las uniones de hecho, y ante eso se da la carencia de una regulación de modelos familiares que convivan con la sociedad del siglo XXI. Surgiendo así la imperiosa necesidad de la reforma, y siguiendo con el ejemplo, que contemple la realidad de las uniones convivenciales que antes no estaban contempladas en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el nuevo encuadre del Derecho de Familia, incorpora institutos para todas las nuevas formas de familia surgidas en la realidad actual, regulando las distintas conformaciones, como son: la familia monoparental, la familia matrimonial, la familia

ensamblada o recompuesta, la familia extramatrimonial, la familia nuclear, la familia homosexual.

Al respecto, Kemelmajer (2014, p. 3), señala:

“Sin dudas uno de los grandes logros del nuevo Código Civil y Comercial argentino radica en la adecuación del ordenamiento jurídico interno a los postulados provenientes del derecho convencional, y así, finalmente, ofrecer un derecho privado constitucionalizado. Ello es más que evidente en el ámbito de las relaciones familiares, reconociendo el paso de una familia institucionalizada a aquella constitucionalizada; de un derecho de familia rígido y enclavado en el orden público, al reconocimiento del derecho de las personas a la vida familiar”.

La reforma, en el Derecho de Familia, se fundamenta sobre una sociedad que contempla la diversidad, ya que coincidiendo con Krasnow (2012, pp. 371-391), se puede afirmar que:

“En armonía con los aspectos valorativos expuestos en los Fundamentos del Proyecto, entre los cuales pesa en este tema la declaración de tratarse de un Código para una sociedad multicultural, se capta en la norma este fenómeno social de fuerte impacto en la realidad nacional”.

Dicha reforma, adopta el principio de pluralidad, ya que como se mencionó precedentemente, reconoce una pluralidad de formas de familia, captando la compleja realidad de las mismas en el ordenamiento civil, contemplando a las personas en la dimensión social al tender a protegerlas en su unicidad y en sus relaciones familiares.

II. 2. Derechos fundamentales de las personas

Para Galiano (1983, pp. 139- 140), los derechos fundamentales son *“... aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”*.

Por su parte, para Castán Tobeñas (1976, p. 240), la definición de los mismos es la siguiente:

“...son aquellos derechos fundamentales de la persona humana considerada tanto en su aspecto individual como comunitario - que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo Poder o autoridad y toda norma

jurídico positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común”.

En el momento de definir los Derechos Humanos, algunos autores agregan que el ejercicio de los mismos, no puede ser cohibido por el poder. Por lo tanto, el Estado está obligado a reconocerlos y garantizarlos.

En ese sentido dos ideas encontradas al respecto, nos señala por un lado Truyol y Serra (1968, p. 102), quien dice que los derechos fundamentales son aquellos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad. Agrega además este autor, que: “... *le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser consagrados y garantizados”.*

Por otro lado, Galiano, señala sobre la idea de Truyol y Serra (1983, p. 145), que “... *la exigencia de respeto a los derechos fundamentales por parte del poder, es más que una nota esencial de los mismos, una inevitable consecuencia de su carácter fundamental”.*

Estos derechos, según Marín (2014, p. 13) son en sí mismos, derechos subjetivos y por su condición de fundamentales, poseen una especial importancia que los hace sobresalir sobre los demás derechos, ya que poseen las siguientes condiciones:

- 1. Los derechos fundamentales son imprescriptibles, es decir, no les afecta el instituto de la prescripción, sin que, por tanto, se adquieran ni pierdan por el simple transcurso del tiempo.*
- 2. Son también inalienables, esto es, no transferibles a otro titular, a diferencia de lo que sucede con los demás derechos, en los que la regla general es la alienabilidad, aunque se den ciertas excepciones a la misma.*
- 3. Son asimismo irrenunciables, o lo que es lo mismo, el sujeto no puede renunciar a la titularidad de los derechos fundamentales, a diferencia, como en los casos anteriores, de lo que ocurre con los derechos en general, que son renunciables en las condiciones que las leyes establecen.*
- 4. Los derechos fundamentales son, por último, universales, entendiendo el término en el sentido de que todos ellos son poseídos por todos los hombres, lo cual quiere decir, que entre las personas se da una estricta igualdad jurídica básica, referida a los derechos fundamentales. No podía ser de otro modo, dado que todos los hombres participan de igual modo de la misma naturaleza: un ser es lo que es de manera total; no caben gradaciones a la hora de poseer una naturaleza.*

Respecto a los límites de los derechos fundamentales, la doctrina en un primer momento, se inspira en el pensamiento liberal individualista, el cual tiene su precedente en el Derecho Romano, con la idea de que el ejercicio de cualquier derecho no reconoce límite alguno (*“qui suo iure utitur neminem laedit”*).

Pero en la actualidad, la doctrina niega que dichos derechos tengan un carácter absoluto. Admite en cambio, que el ejercicio de los mismos posee limitaciones, justificadas estas por posturas de carácter filosófico y sociológico.

La idea de carácter filosófico, parte del hecho de que los derechos son proyecciones de las personas, insertos en su personalidad, pero al ser dicha persona, esencialmente limitada, esta limitación tiene consecuentemente que afectar a los derechos de que el hombre sea titular.

Desde el punto de vista sociológico, la sociedad está regida por leyes y por la moral. Por lo tanto, poseen un límite subordinado el mismo a lo jurídico y a lo moral.

Los derechos fundamentales, pasaron por diferentes fases, según Artola (1986). En un momento inicial, a comienzos de la Revolución Francesa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, se desatacan los derechos individuales, junto a la libertad, la propiedad, y se reconoce la igualdad ante la ley, de todos los ciudadanos: son los llamados derechos fundamentales de primera generación.

Posteriormente, las reivindicaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Siglo XIX, son sólo reconocidas a partir de la segunda década del siglo XX, junto a los mencionados derechos individuales y políticos. Surgiendo los derechos de segunda generación.

Finalmente, luego de la Segunda Guerra Mundial y la caída de los fascismos, los Estados se obligan a hacer efectivos aquellos derechos en constituciones tales como la francesa de 1958, la italiana de 1947 y la alemana de 1949, apareciendo además, dada la crueldad de las dos guerras mundiales, proclamaciones de protección de los derechos fundamentales de carácter supranacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio de Roma de 1952, la Carta Social Europea de 1961, etc.

A partir de los años setenta, con la desaparición de algunos regímenes autoritarios en Europa (Portugal y España), los nuevos textos constitucionales que se crean en estos países incorporan, como es lógico, los derechos ya mencionados, junto a otros nuevos, conocidos como de "tercera generación", tales como la protección del medioambiente, la protección de los datos informáticos para evitar injerencias en la intimidad individual, acceso a los medios de comunicación de titularidad pública de los grupos sociales, etc.

Asimismo, se protegen ciertos sectores de la población que se encuentran en una situación de desigualdad, como es la infancia, la juventud, la mujer y la tercera edad, los minusválidos y propagan el respeto a las minorías.

Estos derechos, actualmente, de acuerdo a los ordenamientos jurídicos modernos, son garantizados en sede jurisdiccional. En este sentido, Guastini (1999, p. 185), admite que ello supone:

- a) *Que el derecho en cuestión tenga un contenido preciso; y*
- b) *Que a su vez pueda ser ejercido o reivindicado frente a un sujeto no menos preciso.*

Es decir, el derecho de un determinado sujeto es susceptible de tutela jurisdiccional si, y solo si, le corresponde un deber de otro sujeto determinado o determinable, y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado. Sobre esta base se puede distinguir entre derechos verdaderos y derechos ficticios o derechos sobre el papel.

Como se expuso, el derecho fue evolucionando a medida de las necesidades sociales, fue cambiando la mirada filosófica, política y social sobre la persona, especialmente al concluir la Segunda Guerra Mundial, cuando se firmaron Tratados y Concordatos Internacionales plasmando así en la Declaración de los Derechos Humanos, que posteriormente fueran incorporados en la reforma de la Constitución Nacional en 1994, como derechos supranacionales.

Esta evolución, se refleja en la reforma del Código Civil y Comercial, sancionado por Ley N° 26.994 en octubre de 2014, y en vigencia desde el 1° de Agosto de 2015, al asumir las nuevas tecnologías, y centrando su protección en la persona humana, de allí que postula como máxima que *“la persona humana es inviolable”*. Ello significa, según Cifuentes (1974, p. 267), que se decide mirar *“la persona”* e interpretar su rol en el universo, quizá como respuesta a ese mundo técnicamente complejo y en permanente evolución:

“Ante las nuevas condiciones del progreso y la técnica, el refinamiento de las ideas sobre la condición humana y social del hombre, aflora la revalorización de las doctrinas jurídicas que pugnan por resguardar la dignidad, el imperio personal y la vida interior y privada: esto es la protección de los derechos de la persona”.

En ese sentido, el nuevo cuerpo normativo coloca los Derechos y actos personalísimos, donde se inscriben los derechos al honor, la reputación, el secreto, la libertad, la igualdad, en el Capítulo 3, Libro primero, en su Artículo 51:

“51. Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

De esta manera, se observa cómo las doctrinas jurídicas, con una profunda impronta humanista, pugnan por el resguardo de la dignidad y la vida privada, protegiendo así los derechos fundamentales de las personas.

Así, el derecho se configura como un protagonista de los cambios sociales, acentuando su mirada, en el daño sufrido por la persona, en sus derechos y en su integridad, tal como dice el Artículo 52 del antes mencionado cuerpo legal:

“52. Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título 5, Capítulo 1.”

A modo de síntesis de todo lo antes expuesto, Duprat (2012), señala: *“El eje central de la reforma es el cambio cultural sobre la base de la consagración de los derechos humanos y la incorporación de los instrumentos del derecho internacional, que tienen su destinatario principal en la persona.”*

II. 3. Principios

Kemelmajer (2014, p. 3), atribuye al nuevo Código Civil y Comercial, la correspondencia con el derecho convencional:

“Sin dudas uno de los grandes logros del nuevo Código Civil y Comercial argentino radica en la adecuación del ordenamiento jurídico interno a los postulados provenientes del derecho convencional, y así, finalmente, ofrecer un derecho privado constitucionalizado. Ello es más que evidente en el ámbito de las relaciones familiares, reconociendo el paso de una familia institucionalizada a aquella constitucionalizada; de un derecho de familia rígido y enclavado en el orden público, al reconocimiento del derecho de las personas a la vida familiar.”

La reforma normativa incorpora claramente los principios fundamentales que derivan de los Derechos Humanos (tema ampliado en el siguiente capítulo), y en circunstancia de conformar una familia, significa el poder gozar y disfrutar con respeto de tales derechos. En consecuencia, se consideran los siguientes principios constitucionales e internacionales en las relaciones familiares:

- a. Autonomía de la voluntad
- b. Libertad
- c. Intimidad
- d. Igualdad y
- e. Responsabilidad en función de la solidaridad familiar.

II. 4. Autonomía de la voluntad

Nino (1989, p. 16), señala sobre este concepto, que:

“La autonomía personal es la capacidad que tenemos los seres humanos de decidir qué queremos hacer con nuestras vidas, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan vital, tal como los sostenía Emmanuel Kant. Sin embargo, para que esa autonomía pueda ser efectiva, para que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado”.

La autonomía de la voluntad, estaba consagrada ya, en el Art. 1197 del Código Civil derogado, y respondía a una concepción de la absoluta confianza en la libertad del hombre y sus posibilidades de decidir por sí mismo, sin participación de alguna autoridad estatal y si bien la doctrina hablaba de "*autonomía de la voluntad*", la ley ha empleado este término, recién a principios del siglo XXI, como se ha encargado de señalarlo la jurista, Kemelmajer de Carlucci.

Así, se otorga, de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad, mayor capacidad de auto regulación en las relaciones familiares, reconociendo ampliamente los acuerdos de voluntad en la organización de dichas relaciones.

Si nos detenemos en el derecho comparado, Moreno (2014), señala que el derecho comunitario europeo, por ejemplo, la potencialidad de la autonomía de la voluntad alcanza cuestiones que parecían inaccesibles para el acuerdo de partes, como por ejemplo el reconocimiento de la llamada “autonomía de la voluntad conflictual” –conf. Reglamento de la Unión Europea (UE) núm. 1259/2010 (Roma III) - con el fin de que los cónyuges elijan, en igualdad, la ley estatal aplicable al divorcio o la separación judicial, cuando se presenta algún elemento internacional (y con algunas limitaciones: sólo se aplica a determinadas materias –de disolución del vínculo matrimonial- y sobre algunos aspectos de esas materias).

De esta manera, se evidencia, un retroceso de las imposiciones estatales a las relaciones familiares y el mayor respeto a la multiplicidad de opciones para desarrollar el plan de vida familiar elegido.

Demostración de ello, es el convenio regulador incorporado en el Libro segundo, Capítulo 8, Sección 3, que regula los Efectos del divorcio, así el Artículo 439 del nuevo Código Civil y Comercial, dice:

“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 7 de este Libro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.”

El convenio regular, en cierta manera, surge con el fin de llenar el vacío en el ordenamiento jurídico, respecto de la autonomía de voluntad en las relaciones familiares al momento del divorcio vincular. Ante esta idea, Medina (2012, p. 274), dice que: “... Resulta muy importante el establecimiento de una parte general en cada una de las instituciones porque ella determina los principios y las finalidades de la institución, que son pilares imprescindibles a la hora de la interpretación y de llenar lagunas del ordenamiento positivo”.

Atendiendo al antes mencionado artículo, se desprende que quienes componen el matrimonio, al momento de petitionar el divorcio, son los que por medio de la autonomía de la voluntad, van a determinar los acuerdos por medio de las cuales, se regirán los efectos de su disolución. Y a partir de ese momento, se podrán celebrar propuestas y acuerdos, y en caso de que las partes están en desacuerdo sobre los efectos del divorcio o en el convenio regulador serán los jueces los que resuelvan conforme al procedimiento que prevé la ley. Tan importante es acompañar la petición de divorcio con la propuesta reguladora, que ante la falta de ese requisito no se logrará el inicio del trámite. Así lo impone la reforma en relación a la procedencia del trámite de divorcio.

Por lo tanto, como lo expresa Tófaló (2014, p. 247), la pareja es la que decidirá “como” se darán las relaciones familiares a partir del divorcio, mediante la presentación de un convenio:

“El reparto de bienes, la atribución de la vivienda conyugal y la fijación de un canon por alimentos entre cónyuges son aspectos centrales en las relaciones patrimoniales entre quienes se divorcian. Según los datos relevados, es prácticamente nula la práctica de establecer una cuota alimentaria para la manutención de alguno de los cónyuges: sólo en un 2% de los procesos se observó esta asignación, siempre a favor de la mujer, ya que en ningún caso el beneficiario fue el marido. Si bien es un valor muy poco significativo, cabe mencionar que esta proporción se triplica entre los divorcios efectuados por la vía contenciosa, alcanzando el 6%. En relación con los bienes de la sociedad conyugal, solamente el 19% de los expedientes analizados reveló que hubo separación y reparto de los bienes. Esta cifra, a su vez, se compone de un 15% de casos en que los cónyuges acordaron en la misma instancia judicial qué bienes se repartían (en la mayoría de los casos, inmuebles, automóviles, dinero en efectivo y mobiliario) y un 4% de expedientes en que se dejó constancia de que el acuerdo se llevaría a cabo en forma privada. Sólo en una pequeña porción de los expedientes relevados las partes expresaron ausencia de bienes para repartir —4%— y se trata, en general, de procesos sustentados en la previa separación de hecho de los cónyuges. En lo tocante a la atribución de la vivienda conyugal —en aquellos expedientes en que pudo constatarse— se ha efectuado, en la mayoría de los casos, a favor de la mujer —78%—. Es importante señalar que esta tendencia debe considerarse juntamente con la presencia o no de hijos y con la condición de minoridad de éstos. Como puede observarse en el gráfico siguiente, los valores de atribución de vivienda a favor de la mujer se elevan cuando hay menores implicados —84%— y disminuyen cuando los hijos son mayores de edad —74%—. Asimismo, en los casos en que no ha habido descendencia, la probabilidad de que la mujer se quede en posesión de la vivienda conyugal presenta niveles mucho menores, 54%.”

Así queda reflejado con la reforma al código, la manera en que se organiza la nueva vida familiar, teniendo en cuenta, uno de los principios constitucionales que funcionan como pilares de una estructura constitucional – convencional, como lo es la autonomía de voluntad, reforma sustentada específicamente en la “*persona*”, como lo señala Herrera (2014, p.39), cuando aduce:

“Si bien era acertado lo que dijo el recordado constitucionalista Bidart Campos acerca de que “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico”, lo cierto es que si la propia ley recepta y está en total consonancia con los principios que sostienen la

doctrina internacional de los Derechos Humanos, la interpretación y aplicación de la ley se vuelve más sencilla y en definitiva, previsible y operativa, con la consecuente seguridad jurídica que se deriva de todas estas virtudes, todo en beneficio de los principales destinatarios de las normas: las personas.”

En igual sentido a lo expresado por Tófaló, Pellegrini (2014, p. 178), afirma:

“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 generó un fuerte impacto en la vida cotidiana de la ciudadanía es, sin dudas, el modo en que se regula la formalización jurídica del quiebre de la vida matrimonial; es decir, el divorcio vincular.”

En conclusión, frente a la decisión de poner fin a un matrimonio que no se desea prolongar en el tiempo, surgen una serie de alternativas de negociación y consenso respecto a los efectos que el mismo provocará en los miembros de la familia. Y en reconocimiento a la capacidad de negociación de los cónyuges, el convenio regulador se erige en la opción más ventajosa para establecer las alternativas más ajustadas a las necesidades de cada relación matrimonial y familiar, tomando como base al principio de autonomía de voluntad.

II. 5. Orden público

El orden público, es definido por Dalla Via (1998, p. 190), cuando señala que: *“El orden público, comprende el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios generales de una sociedad o a las garantías precisas y de su existencia”*. De ese modo, dicho orden público se configura como un límite que no puede traspasar la voluntad individual, debiendo esa autonomía personal respetar siempre cada proyecto de vida, sólo en tanto y en cuanto no afecte los derechos fundamentales de otra persona. De todas maneras, coexisten opiniones contrapuestas entre orden público familiar y autonomía de la voluntad.

Es así, que coincidiendo con Dalla Via, Lloveras y Salomón (2009, p.71), afirman que el orden público, limita la autonomía de la voluntad:

“En la búsqueda del bien común, a través del proceso reglamentario, el Parlamento puede hacer uso de un instrumento clave para asegurar determinados mínimos que deben ser cumplidos por la comunidad. Ese instrumento es la calificación de orden público que se hace sobre una ley. Al elevar a la categoría de

orden público una norma, se busca asegurar el cumplimiento de los fines propuestos respecto de una institución o conducta trascendente para la sociedad. Las consecuencias del orden público en la reglamentación de derechos son: limitar la autonomía de la voluntad, por cuanto importa la imperatividad de la norma de orden público; producir la irrenunciabilidad de los derechos incluidos en la norma de orden público y declarar la ineficacia de los actos contrarios a la normativa de orden público”.

Ante lo expuesto, se deduce que entre los conceptos mencionados, de orden público y autonomía de la voluntad, suele darse una relación inversamente proporcional, ya que cuando el contenido y el alcance del orden público aumentan, inversamente disminuye la capacidad para decidir voluntariamente y con autonomía. Contrariamente a ello, cuando disminuye el contenido de los principios de orden público, el campo de la autonomía de la voluntad aumenta.

Por tal motivo, Escobar (2012), en *“La autonomía de la voluntad y el orden público, en los convenios regulados por el art. 236 del Código Civil”*, deja expresado que el orden público aparece en el Derecho de Familia como una institución tendiente a limitar la autonomía individual, en determinados aspectos de la realidad jurídica en los cuales el derecho estatal considera esenciales y los que cree indispensable prescribir un contenido específico que se impone desde un poder heterónomo, mediante una norma que se reputa como derecho imperativo (*ius cogens*).

En la reforma, el orden público marca aquellos temas que involucran a la sociedad, como en este caso el divorcio, y que si comprometen sus bases no pueden quedar sometidos a la autonomía de los particulares, protegiendo de ese modo a las personas de determinados abusos que puedan generarse durante el proceso.

Pero irremediablemente, existe una pugna entre el orden público y la autonomía de la voluntad, en relación a cual debe prevalecer sobre la otra. Tal cuestión, queda dirimida al vincular la cosa pública o política al concepto de orden público, ya que es imposible despojarla de esta connotación. Ello significa, que si la norma jurídica, en algún momento limita la voluntad autónoma, lo hace en función de la realidad social del momento, ya que de no ser así, comprometería el modelo de sociedad democrática o vulneraría el derecho de un tercero. Así, se han expresado Dutto y Feldman (2003, p. 186 en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario:

“La formulación internacional y conceptual reseñada rechaza la idea de limitación a la extensión y ejercicio de un derecho humano sin una estricta necesidad de ello,

y esta necesidad recién aparece cuando la configuración de ese derecho compromete o pone en vilo el modelo de sociedad democrática. La mera afectación de algún interés particular que no implique la perturbación o conculcación de un derecho humano de un tercero no da lugar a ejercer la limitación al ejercicio de otro derecho humano”.

Conclusiones Parciales

Los continuos cambios surgidos en la sociedad, impactaron profundamente en la institución familiar, y es así que el Derecho de Familia debió actualizarse para responder a los problemas familiares emergentes, siendo imperiosa la necesidad de una reforma que contemple la realidad de las uniones convivenciales, y que regule así las distintas conformaciones surgidas e intereses personales de sus miembros.

Se observa así, que la reforma, en el Derecho de Familia, se fundamenta en la diversidad y adopta el principio de pluralidad, teniendo en cuenta las actuales necesidades sociales, mediante una mirada filosófica, profunda, política y social sobre la elección de cada persona en su proyecto de vida, surgido especialmente al concluir la Segunda Guerra Mundial, cuando se firmaron Tratados y Concordatos Internacionales plasmando así en la Declaración de los Derechos Humanos, y que posteriormente fueron incorporados en nuestra ley básica en la reforma de la Constitución Nacional en 1994, como derechos supranacionales.

Esta evolución, se refleja en la reforma del Código Civil y Comercial, siendo el centro la protección de la persona humana, de allí que se postula como máxima que “la persona humana es inviolable”, lo que se considera un avance para la sociedad.

A partir de este momento, las doctrinas jurídicas, con una profunda impronta humanista, pugnan por el resguardo de la dignidad y la vida privada, protegiendo así los derechos fundamentales de las personas situación que compartimos. Así, el derecho se configura como un protagonista de los cambios sociales, acentuando su mirada, en el daño sufrido por la persona, en sus derechos y en su integridad. Pero irremediamente, existe una pugna entre el orden público y la autonomía de la voluntad, en relación a cual debe prevalecer sobre la otra. Tal cuestión, quedaría dirimida al vincular la cosa pública o política al concepto de orden público, ya que es imposible despojarla de esta connotación.

Ello significa, que si la norma jurídica, en algún momento limita la voluntad autónoma, lo hace en función de la realidad social del momento, ya que de no ser así,

comprometería el modelo de sociedad democrática o vulneraría el derecho de un tercero, situación que no puede ser desconsiderada en el mundo del derecho.

Se puede afirmar por lo tanto, que el eje central de la reforma es el cambio cultural sobre la base de la consagración de los derechos humanos y la incorporación de los instrumentos del derecho internacional, que tienen su destinatario principal en la persona.

CAPÍTULO III: BASES SOBRE LAS QUE SE ASIENTAN LOS FUNDAMENTOS QUE INCORPORA LA REFORMA

Introducción

En el presente capítulo, se analizan las normas que han encauzado y direccionado los cambios suscitados en la reforma del código en torno al divorcio, y que encuentran raigambre en la Constitución Nacional, especialmente en los arts. 19, 31, 33 y 75 inc. 22 y 23, como así también en los distintos Tratados Internacionales, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al finalizar el capítulo, se hará mención al rol del juez en el control de constitucionalidad y convencionalidad, que es necesario para salvaguardar los derechos fundamentales analizados en torno a las personas que se ven involucradas en un proceso de divorcio.

III. 1. Constitución Nacional

III. 1. 1. Artículo 19

La Constitución Nacional, en su Parte Primera, Capítulo I, Declaraciones, derechos y garantías, sienta el principio de legalidad y garantiza la libertad, tal como dice el art. 19:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Analizando el mencionado artículo, se presupone que la moral pública, es intersubjetiva, puesto que se refiere a las acciones que perjudican a terceros, ya que como lo señala Mill (1840), dichas acciones son consideradas inmorales, cuando sus consecuencias frustran los intereses de una gran cantidad de personas, y caso contrario, el liberalista, señala que si las mismas no afectan los intereses de terceros, hay libertad jurídica para realizar acciones, ateniéndose a las posteriores consecuencias.

Ello significa, que el derecho no será abusivo, si no se perjudica a terceros. Y ante tal afirmación, Nino (1989, p. 235), señala que: *“Una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como*

relevante a su plan de vida libremente elegido, y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios que afecten intereses legítimos relativos a terceros”.

Por su parte, en el Código Civil, el art. 1071 bis (agregado por la ley 21.173), determina que se protege específicamente el derecho a la intimidad, estableciendo:

“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

Así, este artículo sustituía al art. 32 bis del mismo ordenamiento que en sentido similar, había agregado la ley 20.889.

Las acciones privadas, son definidas por Ravignani y Saenz (1925, p. 5), como: *“...aquellas cuyos efectos de algún modo atañen al orden, a la moral pública y a terceros”.*

En el año 1984, en alusión a las acciones privadas, se presenta un caso relevante de la esposa de Ricardo Balbín, contra la editorial de la revista Gente, por haber publicado en la portada de la edición del 10 de septiembre de 1981, una fotografía del político, en víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva, ya que se consideraba que esta acción, violaba el derecho a la intimidad.

En este caso, en alusión a que Balbín era un personaje público, siendo titular del derecho a la intimidad, la doctrina emanada de la decisión de la Corte Suprema fue la siguiente:

“En el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión”.

Así, se puede señalar, que el criterio para determinar el límite de protección de la intimidad de los personajes públicos, es su propia conducta sobre su vida privada y que si

bien existe un orden moral, dentro del mismo, también existe un orden jurídico establecido por el Estado.

Para explicar la relación entre orden moral y orden jurídico, se recurre a Derisi (1989, pp. 38- 70), quien señala:

“...desde que hay una diferencia intrínseca entre el bien y el mal de las acciones humanas, existe una moralidad objetiva. Esta moralidad reconoce como regla suprema y remota a las leyes eternas de Dios, porque, en cuanto Creador de todos los seres, también lo es de las leyes que impulsan a esos seres a sus respectivos fines. La regla próxima de esta moralidad es el recto juicio de la razón, mediante el cual el hombre no sólo descubre en su alma los principios universales que di-rigen la conducta y la obligación de cumplirlos, sino también aplica estos principios generales a los casos particulares”.

De tal manera, se observa que en el artículo 19 de nuestra Constitución, consigna una moralidad intrínseca de las acciones libres de los hombres, la cual, debe ser coincidente con la legalidad dictada por el poder político respecto a esos mismos actos, ya que Hobbes, según lo señala Derisi (1989, pp. 39, 70) afirma: *“la regla del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo honesto y deshonesto, son las leyes civiles y, por tanto, debe estimarse como bueno aquello que el legislador ha ordenado.”*

El mencionado principio de legalidad, es citado por el Tribunal Colegiado de Familia 7ma. Nominación de Rosario, en el Fallo “F. M. y L. S. s/ divorcio por presentación conjunta” del 7 de marzo de 2012. Refiere así:

Al principio de legalidad lo encontramos en el artículo 19 de la C.N., el que en rigor de verdad, contiene dos principios: el de privacidad -que incluye el de intimidad- y el de legalidad. El mismo dispone: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudican a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados". Esta disposición es la clave del principio de la libertad. El mismo fue especificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a su alcance, ya que la definió como "libertad de elegir el propio plan de vida, no sólo frente al Estado sino también ante las preferencias y pese a las reacciones de terceros".

Si bien la primera parte del artículo 19 establece el principio de privacidad y reconoce la autonomía personal, no dispone la neutralidad del Estado cuando se afecta al orden público, a la moral pública o se cause daños a terceros. Es en estos

casos necesaria la intervención del Estado a través de la reglamentación normativa de los derechos y la contención judicial de las conductas humanas. En consecuencia, la presencia del Estado resulta limitada, no debe imponer "una moral privada, ni un modelo de vida, ni un ideal de perfección personal", lo cual constituye el eje de la libertad jurídica (Nino, Carlos Santiago; Fundamentos del Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional; Editorial Astrea; Buenos Aires 1992; pág. 304 y siguientes).

En el ámbito de las relaciones familiares se observa la preponderancia del orden público en desmedro de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, debe siempre buscarse el equilibrio que permita una armonización dentro de la protección de la familia y las autonomías propias de cada uno de sus integrantes.

III. 1. 2. Artículo 31

La Constitución Nacional, en su Primera Parte, Capítulo Primero, Declaraciones, derechos y garantías, determina en su artículo 31:

“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

El presente artículo, se refiere a la supremacía de la Constitución Nacional, como norma fundamental, la cual se encuentra en la pirámide jurídica.

Señala entonces, un principio de supremacía, que pone barreras a su modificación, por parte de una ley de menor jerarquía. La eficacia de tal principio requiere que el sistema disponga de medios y procedimientos para controlar que aquél sea respetado. Esos mecanismos institucionales deben tener por objetivo: revisar la forma de los actos o normas y los contenidos.

Por disposición del art 75, inc. 22, los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La prelación normativa tiende a armonizar el ordenamiento jurídico y establece la supremacía del orden federal respecto del provincial. Fundada en la subsunción, donde las normas inferiores, encuentran su razón de validez formal y material en las superiores, implicando así, el respeto a la jerarquía de las normas jurídicas del

Estado, pues estatuye una pirámide de consistencias normativas cuyo vértice es la Constitución de la Nación.

En orden decreciente siguen las leyes reglamentarias, que no podrán alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución, (art. 28) y los tratados con las potencias extranjeras en tanto estén en conformidad con los principios de derecho público establecido también en la Constitución (art.27).

Al respecto, Badeni (2006, pp. 244- 246), señala:

“...el Art. 31 solo impone la supremacía del derecho federal siempre que el mismo tenga sustento constitucional sobre el derecho provincial. Debe de realizarse una interpretación sistemática de la Constitución toda para poder comprender lo establecido por el Art.31, ya que no cabe duda alguna que consagra genéricamente la supremacía de la Ley Fundamental ante cualquier otra norma. En su articulado la Constitución Nacional establece su supremacía absoluta de sus disposiciones sobre toda: Ley Nacional, Tratado Internacional y Constitución o ley provincial. Es por eso que del análisis sistemático de la misma podemos señalar que por ejemplo el Art. 27 establece la supremacía de la Constitución Nacional sobre los Tratados Internacionales y el Art. 28 lo hace con relación a las leyes dictadas por el Congreso de la Nación. Los cuales paso a citar, Art. 27: “El Gobierno Federal está obligado afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Como así podemos ver lo establecido en el Art. 28 de la Constitución Nacional que expresa”: Los principios, garantías y derechos reconocidos en los artículos anteriores no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”

Así también lo expresa Bidart Campos (2004, p. 373): *“la Constitución es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un Estado, tal como se lo puede inferir del análisis que hemos realizado en relación con los artículos recién mencionados, de lo cual se deja establecida la supremacía de la Constitución Nacional”*.

De esta manera se observa, que el control de constitucionalidad, no está literalmente expresado por la Constitución Nacional, pero del estudio sistemático de todo su articulado, se deduce que la misma debe de ser respetada ante toda legislación u acto proveniente de autoridad pública.

Y tal así lo señala el fallo del Tribunal Colegiado de Familia 7ma. Nominación de Rosario, en el autos caratulados “M. R. M. y F. C. M. s/ Divorcio por presentación conjunta” de fecha 9 de febrero de 2015, y dice:

“En función de la supremacía de la Constitución Nacional (artículo 31), ésta resulta la norma fundamental que regula la creación del derecho, de modo que el ordenamiento jurídico debe subordinarse a ella”.

En dicho fallo, también se expresa en torno a la supremacía que:

“...todos los jueces estamos obligados a sostener la supremacía constitucional (artículos 27, 28, 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). El reconocimiento de esta atribución es el resultado inexorable de la obligación judicial de aplicar y conocer el derecho -iura novit curiae- desechando el derecho infraconstitucional lesivo de la Constitución Nacional. No caben dudas de la existencia de un desajuste entre las normas en cuestión y la realidad social. Es por ello que en la sentencia antes referida, reflexionábamos respecto a los cambios suscitados en la sociedad desde que se sancionó la ley de divorcio en la Argentina en el año 1987 y hasta la actualidad”.

III. 1. 3. Artículo 33

La Constitución Nacional, en su Primera Parte, Capítulo Primero, Declaraciones, derechos y garantías, determina en su artículo 33:

“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Al analizar el presente artículo, se deduce, que no solo los derechos enumerados taxativamente en la Constitución serán tutelados por el Estado, cuando estos sean de gran trascendencia para la Nación y Estabilidad del País y que además estos no limitan el ejercicio de otros derechos, logrando así, que ciertos derechos considerados fundamentales, no incluidos en el texto de la Constitución Nacional, puedan adquirir nivel Constitucional y sean respetados por todos. Por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad del hombre.

En una publicación en diario Clarín, bajo el título “Carta Abierta no lee bien la Constitución”, Midón M. (2012), expresa su crítica y disconformidad ante el pedido de una

nueva reforma constitucional, aduciendo que todos los derechos están consagrados en nuestro ordenamiento, manifestando que:

“La Constitución Nacional tiene dos partes: una primera, donde estampa los derechos y las garantías de los moradores de este suelo y una segunda, a través de la cual establece quiénes y con qué facultades nos gobiernan.

Descalificando cualquier tentativa de reformar la primera parte, recordamos que luego de la jerarquización de tratados que valen lo mismo que la Constitución (art. 75 inc. 22) es muy difícil que algún derecho no esté admitido en el catálogo nacional.

Si alguna duda cupiera, ella es despejada por el artículo 33 de la misma Constitución en cuya virtud “las declaraciones, derechos y garantías no enumerados no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana ... ” Por eso en la Argentina no puede decirse con tanta liviandad que necesitamos reformar la ley de leyes porque ella no da cabida a algún derecho, puesto que todos –aun los implícitos- tienen reconocimiento constitucional.

No obstante, leemos el reclamo de los intelectuales de Carta Abierta que propician cambios normativos para “el reconocimiento de la multiculturalidad”, “la inclusión de nuevas formas de propiedad”, “la protección del ambiente”, “reconocimiento de la salud como derecho”, “allegando respuestas integrales a las poblaciones con eje en los servicios públicos”.

Si lo dicho es demostrativo de lo innecesario de reformar la parte de los derechos, igual suerte debe correr la referida al poder, a menos que el de la reforma sea un embozo para conseguir objetivos no declarados”.

A modo de ejemplo, en el ya citado fallo, del Tribunal Colegiado de Familia 7ma. Nominación de Rosario, en los autos caratulados “F. M. y L. S. s/ divorcio por presentación conjunta” de marzo de 2012, se observa cómo en un divorcio vincular, a fin de hacer respetar sus derechos, se invocan los artículos 19 y 33 de la Constitución Nacional, enumerando los derechos y garantías conculcados, tales como el derecho a la libertad, la libertad de asociación, la protección de la familia, el respeto a la vida privada, a la autonomía de la voluntad y los derechos del hombre y su alcance. Dice al respecto:

“Los peticionantes analizan el derecho personalísimo a la libertad, el derecho a la privacidad y libertad de conciencia. Consideran que no es justo mantener un estado civil solo registralmente cuando la relación desapareció y la cohabitación

cesó irremediablemente. Señalan que, respecto de la autonomía de la voluntad en la construcción del proyecto de vida, la misma está directamente vinculada a la libertad y a la intimidad en tanto una y otra imponen un límite al Estado, a los terceros y a la ley. Afirman que en el caso de autos no hay otros intereses afectados, no hay hijos menores, no existe reclamo alimentario entre cónyuges previo ni concomitante, no se demandó uso o atribución del hogar conyugal, no hay bienes gananciales ni hay afectación de derechos de un tercero. Consideran que el orden público es un concepto de carácter cambiante y que no se encuentra comprometido en el caso particular”.

III. 1. 4. Artículo 75, inciso 22 y 23

La Constitución Nacional en su Parte Segunda, Título Primero (Gobierno Federal), Sección Primera (Del Poder Legislativo), Capítulo IV: Atribuciones del Congreso, establece en el Art. 75, en sus incisos 22 y 23, que:

“22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

“23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

Se deduce entonces, que el artículo bajo análisis, sienta como principio general, el de la suprallegalidad de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, con una sola excepción, la cual viene dada para los tratados de derechos humanos, de la siguiente manera:

a) El mismo art. 75, inc. 22, inviste directamente de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente;

b) y además prevé que, mediante un procedimiento especial, otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también dicha jerarquía constitucional.

En ambos casos, tales tratados no entran a formar parte del texto de la Constitución Nacional y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con ella, su misma supremacía. O sea, no son infraconstitucionales como los otros.

En base al art. 75 inc. 23, se puede señalar que la reforma del año 1994 amplió en forma expresa el ideal de igualdad que contemplaba la Constitución nacional al introducir en diferentes partes de su texto, normas que refieren a la igualdad real de oportunidades y que conllevan la consiguiente obligación por parte del Estado de promoverla, fundamentalmente a través de la implementación de acciones positivas. Este redefinido contorno del ideal y, por lo tanto, del derecho a la igualdad, ahora inequívocamente sustentado en la literalidad del texto jurídico supremo, exige buscar una definición que incluya al continente de posibles favorecidos por esas acciones positivas. Resulta ser un mandato constitucional que las acciones positivas, como otras políticas públicas, deberán ser implementadas por el Estado en la búsqueda de la mentada igualdad real, pero... ¿a favor de quiénes?, ¿qué grupos de personas serán consideradas para definir esas acciones

positivas? Porque a partir de este momento las acciones positivas deben estar dirigidas a grupos, establecerse a favor de determinados grupos, sobre los cuales, la Constitución Nacional, enumera algunos, ya que concretamente, el artículo 75 inciso 23 habla de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

En el plano de la Jurisprudencia, la importancia de los tratados hace tiempo se ve reflejada, tal es el caso del fallo de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, de fecha 23 de abril de 2013, en donde en acuerdo ordinario se dicta sentencia en los autos "N. E. N. y C. O. M. s/ Divorcio Vincular":

"A partir de la reforma constitucional de 1994 se incorporaron, en el Artículo 75 inc. 22, los tratados internacionales.

Dichos tratados enumerados en la Constitución son: "...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; La Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia..."

En el Artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional se incorpora el bloque de constitucionalidad constituyendo una equiparación entre la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos (argto. doct. Bidart Campos, Germán "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo I - A, pág. 401).

III. 2. Tratados Internacionales

III. 2. 1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, la misma que dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Históricamente, fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipando la Declaración

Universal de los Derechos Humanos, sancionada meses después. El valor jurídico de la Declaración ha sido muy discutido, debido a que no forma parte de la Carta de la OEA y tampoco ha sido considerada como tratado. No obstante, la OEA la incluye entre sus documentos básicos de derechos humanos. Más aún, algunos países miembros de la OEA, como es el caso de la Argentina, la han incluido en la constitución, otorgándole jerarquía constitucional.

Los considerandos no forman parte de la misma, pero la anteceden, y reproducen con la misma e indican los motivos tenidos en cuenta para sancionarla. Básicamente los considerandos apuntan a la necesidad de que los derechos humanos no queden solo como normas sometidas al derecho interno de cada país, sino que se conformen como sistema de protección internacional.

La IX Conferencia Internacional Americana, en su considerando, reza:

“Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.”

La base de datos de Jurisprudencia de Derecho de Familia y sucesiones, sienta Jurisprudencia en el fallo “S. M. V. y OTRO S/ Divorcio Vincular”, al hacer referencia a los derechos y valores consagrados en la Constitución Nacional, los cuales se hallan impregnados por el derecho humanitario al cual hace referencia la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, indicando lo siguiente:

“El espíritu de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, al introducir con igual jerarquía que esta, a los tratados de derecho humanos, no solo se hace eco de estas transformaciones sociales en el campo del derecho, sino que también inyecta en su nueva textura valores y principios de derecho humanitario que deben ser respetados. Estos derechos y valores se encuentran consagrados en el Preámbulo de la Constitución Nacional y en la parte dogmática de ésta última, como así también en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en los artículos I, VII, en la Declaración Universal de Derechos Humanos en los artículos 3, 12 y 20, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 7.1, 11.1 y 17”.

De esta manera, en la Jurisprudencia, se cuestiona la interpretación sobre el alcance de los derechos constitucionales, expresando que otra normativa, también de igual

jerarquía, protege a la familia y establece el derecho fundamental a su protección (art. 23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 17 Convención Americana de los Derechos del Hombre).

Se enuncia además, y en relación a los valores y derechos expresados en dicha Convención, que los derechos a la autodeterminación y a la libertad no son absolutos y el plazo mínimo de tres años no es arbitrario ni inconstitucional ni constituye una reglamentación abusiva del derecho a separarse porque el legislador lo impuso para evitar decisiones apresuradas o impulsivas:

“Se arriba a esa conclusión a partir del emplazamiento jurídico de la cuestión en debate, o sea la razonabilidad y legitimidad de los requisitos exigidos para reclamar el divorcio vincular por separación de hecho previstos por el art. 214 inc. 2do. del Código Civil, en el marco de la denominada constitucionalización del derecho civil y especialmente de la constitucionalización del derecho de familia (Kemelmajer de Carlucci Aída Sup. Corte de Mendoza Sala 1ª, 13/05/2002 “Atuel Fideicomisos S.A. v. Ábrego J.C.”, Lexis N° 30010716 y JA 1993-IV-676; esta Sala Causa N° 42882, 28/8/2001; “Leveroni, Virginia Gladys c/a. Olazábal, Ramón Darío y otros s/ Cobro Ejecutivo”).”

Al respecto, Salvioli (1997, p. 79), señala que:

“El texto de la Declaración Americana consagra los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas; al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho de igualdad ante la ley y a no ser discriminado en el goce de los derechos humanos consagrados; el derecho de libertad religiosa y de culto; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la libertad de investigación, de opinión y expresión; el derecho a la protección de la honra, la reputación personal, la vida privada, y a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia; a constituir y a recibir protección para la familia; el derecho a la propiedad; el derecho a la protección de la maternidad y la infancia; el derecho de residencia y tránsito; el derecho de asilo y el derecho a peticionar a las autoridades”.

Así, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ha permitido a los Estados acordar, cuáles eran los derechos a que hacía referencia la Carta de la OEA, y servir como base jurídica de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus diferentes funciones de protección dentro de los mecanismos del sistema, puesto que como señala Gros Espiell (1988, p. 88): *“... No puede haber duda que la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre se inscribe en un*

proceso histórico americano en el que la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles... ha sido una constante invariable de nuestra evolución política y jurídica...”

En concordancia con lo expuesto ut supra, la Resolución XXX, IX de la Conferencia Interamericana, realizada en Bogotá, Colombia, en el año 1948, ya expresaba que la propia resolución que da nacimiento a la Declaración Americana refuerza este concepto: “... en repetidas ocasiones, los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”

Y como veremos a continuación, y según señala Ayala (1998, p. 152), la Declaración Americana no es el único instrumento internacional de derechos humanos que contienen una afirmación de este tipo, pero es el primero en formularla en el derecho internacional contemporáneo:

“... varias convenciones internacionales referentes a los derechos humanos califican a estos como inherentes a la persona humana. Tal es el caso del Preámbulo (común) a los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, del Preámbulo de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, del Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes; y del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”

III. 2. 2. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, en ésta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos.

La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos comprende lo que se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos. Mientras que la Declaración constituye, generalmente, un documento orientativo, los Pactos son tratados internacionales que obligan a los Estados firmantes a cumplirlos.

Se podría afirmar, que los principios básicos de derechos humanos enunciados por primera vez en ésta declaración, se reiteran en diferentes declaraciones, convenciones y resoluciones internacionales, como son su universalidad, interdependencia e indivisibilidad, la igualdad y la no discriminación, y el hecho de que los derechos humanos vienen acompañados de derechos y obligaciones por parte de los responsables y los titulares de éstos. En consecuencia, muchos de estos derechos, en diferentes formas, en la actualidad son parte de las leyes constitucionales de las naciones democráticas.

En dicho texto,

La Asamblea General proclama: “La presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

Asimismo, se consagra en el Artículo 1º: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.*

Esta Declaración, es relevante en el citado Fallo “F. M. y L. S. s/ divorcio por presentación conjunta” de marzo de 2012 del Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, donde desde la petición de las partes fundamentan sus derechos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 3, 12, 29 (inc. 1, 2, 3) y 30, específicamente el derecho personalísimo a la libertad, a la privacidad, a respetar los deberes para con la comunidad en donde ejercen sus derechos. Tal así lo establece la declaración en el el inc. 2 del art. 29: *“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.*

Se desprende del mismo fallo, como de esa manera se observa que “los nuevos perfiles constitucionales del Derecho de Familia imponen repensar la normativa existente a la luz de los criterios axiológicos incorporados por los tratados de derechos humanos, los

cuales permiten el pleno desarrollo de la persona humana a fin de concretar el propio proyecto de vida autorreferencial.”

III. 2. 3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, fue aprobada por el congreso nacional y forma parte de la Ley N° 23.054 de marzo de 1984.

Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

Los Estados partes en esta Convención se *"comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna"*.

Si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

Además, establece la obligación, para los Estados partes, del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como medios de protección de los derechos y libertades, establece dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos es un Tratado de carácter Regional, ya que sólo resulta aplicable a los Estados Americanos signatarios de la misma, siendo órgano aplicador la Organización de Estados Americanos (O.E.A.). A la fecha, veinticinco naciones se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Este hecho por sí solo revela que la gran mayoría de los países en el continente se han comprometido en ser parte de un instrumento regional de protección de los derechos

humanos, de adecuar su conducta y desplegar su aparato gubernamental en dar eficacia a los objetivos y valores consagrados en la Convención.

En su Parte I, la Convención establece los Deberes de los Estados y los Derechos Protegidos a través de la misma.

Los deberes a que se encuentran obligados los Estados signatarios son, fundamentalmente, dos (2):

1) Respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (art. 1);

2) Adoptar las medidas legislativas o de otra índole de carácter interno que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2).

Entre los derechos protegidos a través de la Convención resultan de especial interés a los fines del presente análisis, los siguientes:

1) Derecho a la Vida (art. 4): Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, a partir del momento de la concepción.

2) Derecho a la Integridad Personal (art. 5): Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

3) Derecho a la Libertad (art. 6): Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, encontrándose éstas prohibidas en todas sus formas, tanto como la trata de esclavos y la trata de mujeres.

4) Derecho a la Seguridad Personal (art. 7): Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales.

5) Derecho a Ser Escuchado (art. 8): Toda persona tiene derecho a ser oída por juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

6) Derecho a la Protección de la Honra y de la Dignidad (art. 11): Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

7) Derecho a la Protección de la Familia (art. 17): La familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado, el cual debe asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges durante el matrimonio y en caso de disolución (se parte del concepto tradicional de la familia fundada en el matrimonio).

8) Derechos del Niño (art. 19): Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

9) Derecho de Igualdad ante la Ley (art. 24): Todas las personas son iguales ante la ley, teniendo derecho, sin discriminación, a igual protección por parte de la misma.

10) Derecho a la Protección Judicial (art. 25): Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.

Los Órganos Competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención son:

- A) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y
- B) La Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 33).

La Convención debe ser interpretada de conformidad con las reglas generales de interpretación que la Convención de Viena señala para los tratados internacionales en general, y con las reglas especiales que surgen de su naturaleza misma de ser un tratado sobre derechos humanos.

Con el patrocinio letrado de los Dres. Natalia Soledad Herrera y Daniel Germán Giuliano en la causa “M y B s/Divorcio (Art. 215 C.C.)”, y ante el planteo de inconstitucionalidad del art. 215 del Código Civil efectuado por los mismos, el Juzgado de Familia No 1 departamental, en leading case, declaró la inconstitucionalidad del plazo mínimo de matrimonio establecido por el artículo 215 del Código Civil por afectar los arts. 19, 28 de la C. Nac. Arg; arts. 3 y 12 de la D.U.D.H.; arts. 1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

III. 2. 4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía.

Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y ha sido ratificado por 167 Estados y tiene sus raíces en el mismo proceso que condujo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

Los Derechos Civiles y Políticos son derechos humanos, considerados también como “*derechos de libertad*”. Asimismo, estos derechos implican una abstención de la intervención del Estado en la libertad de todo ser humano. Históricamente, estos derechos permitieron el reconocimiento del ser humano y sus libertades, especialmente con los

derechos a la ciudadanía y a la protección de la integridad física. Además existen la libertad individual, la libertad de expresión y pensamiento, la prohibición de la tortura y la esclavitud, el derecho a votar.

Desde el 10 de diciembre de 1948, con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Asamblea General pidió al Comité de Derechos Humanos preparar un proyecto de pacto. El objetivo era escribir un texto que tuviera fuerza jurídica para completar y reforzar la Declaración, que sólo tenía un valor declaratorio. Este texto debería reunir todos los derechos humanos (económicos, civiles, políticos, sociales y culturales) y la igualdad de género para el usufructo de estos derechos.

Estos pactos conforman, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la “Carta de los Derechos Humanos”. Estos son los tres textos fundamentales que protegen los derechos humanos.

El principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos sería solemnemente establecido en la Declaración y en el Programa de Acción de Viena, adoptados el 25 de junio de 1993 en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege especialmente:

- 1) El derecho a la vida (artículo 6);
- 2) La prohibición de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7);
- 3) La prohibición de la esclavitud (artículo 8);
- 4) El derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, en la forma de protección contra el arresto y la detención arbitraria (artículo 9);
- 5) La equidad procesal ante la ley, en la forma de los derechos al debido proceso (artículo 14);
- 6) La libertad individual, en la forma de libertad de movimiento, pensamiento, expresión, conciencia y religión (artículo 18);
- 7) El derecho a elegir y ser elegido por sufragio universal directo (artículo 25).

De esta manera, se observa que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, desde hace tiempo se aplica, tal como se presenta en el fallo “S. J. B. v. Z. de S. A.M.” del 27 de noviembre 1986:

“Entiendo que resuelta muy limitada la eficacia del derecho -que solo puede imponer obligaciones jurídicas- para evitar las rupturas matrimoniales. En efecto: “Los fracasos matrimoniales son un hecho doloroso que no desaparece porque se lo ignore. Son múltiples las causas por las que dos personas, que con vocación de

permanencia han decidido unirse y aunar sus esfuerzos en la búsqueda de una vida satisfactoria en lo afectivo compartiendo la ardua tarea de enfrentar los desafíos que la empresa entraña, pueden ver frustrado ese proyecto”.

El divorcio no puede prevenir todas esas causas ni conjurar sus efectos, sólo está a su alcance abrir la posibilidad de que dicho fracaso no sea definitivo para cada uno de los miembros de la pareja que no puede continuar unida. Pero, es obvio que los descalabros matrimoniales no pueden prohibirse por vía legal, ni crearse la imagen de que una tal interdicción pudiere eliminar todas las razones que lleva, en algunos períodos con mayor agudeza que en otros, a que se produzcan desuniones matrimoniales: *“Nadie continuaría razonablemente su convivencia con otra persona si no están dadas las condiciones de amor y proyectos comunes que la sustentan, diga lo que diga la ley” (del voto del Dr. Petracchi en autos “S., J. B. v. Z. de S., A. M. ” del 27 de noviembre 1986)*

III. 3. El rol del Juez en el control de constitucionalidad y convencionalidad en materia de divorcio

Es relevante incluir este punto, dada la trascendencia que tiene el rol del juez en un proceso de divorcio a la luz del cumplimiento de los derechos que fueran mencionados en los distintos tratados y que cobran relevancia jurídica.

Es así que el control de convencionalidad ha venido a cambiar la forma en la que trabajan jueces y abogados en Argentina y en todos los países de la región. La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional y los efectos de las sentencias internacionales obligan a todos los juristas y operadores judiciales a actualizarse en materia de derechos humanos y a conocer los nuevos criterios de interpretación de normas que existen en la actualidad.

El Control de Convencionalidad es una concordancia que realizan los jueces de las normas de derecho interno vigentes de cada país subscriptos a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el mismo instrumento supranacional, buscando establecer si la norma que está siendo objeto de revisión se adecua a lo determinado por dicha convención, es decir, si la misma resulta convencional o no.

El mismo se debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la CADH, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en sus sentencias y opiniones consultivas, ya que según Sagüés (2009, p. 1):

“El control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, represivo, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención americana sobre los derechos del hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, constructivo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.”

La terminología “control de convencionalidad” presenta su antecedente a modo de aproximación conceptual, en el caso “Myrna Mack Chang”, en el año 2003, en sede interamericana, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez², y aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” en 2006. Esto no quiere decir que sólo a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, sino que desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que a partir de ese momento se comienza a utilizar el término.

En relación a lo antes expuesto, y a modo de resumen, se toma lo siguiente del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH, N° 7, respecto de una fuerte definición en pro de los tratados de derechos humanos, sobre la constitución, extraído del fallo de la CSJN en el caso “Mazzeo Julio Lilo y otros” de 2007:

“Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las

² Corte IDH en “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Tomado del caso “Giroldi , Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n. 32/93, Sentencia de la CSJN en Abril de 1995, se tiene que, el control de convencionalidad, convierte al juez nacional en un juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.

Tan es así que aunque las partes no lo soliciten, los jueces lo deben declarar de oficio cuando califiquen a la norma como palmariamente contraria a la Constitución o las Convenciones, pues su superioridad sobre las restantes disposiciones es una cuestión de orden público que es extraño y va más allá del deseo de las partes.

En tal sentido entonces, los jueces deben realizar interpretaciones constitucionales que sean compatibles con los estándares internacionales llegando incluso a la aplicación directa de la jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos. La necesaria compatibilidad entre la interpretación constitucional y convencional obliga también a desalojar del sistema interno no solo las normas contradictorias, sino la jurisprudencia local provoque el mismo conflicto. Quizás sea el mayor desafío para los jueces nacionales de todas las instancias porque la Convención Americana de Derechos Humanos, marca un deber genérico para todos ellos que los coloca muchas veces en una situación incómoda frente a sus propias obligaciones constitucionales y a la vez, si las hacen prevalecer por sobre los estándares internacionales que elabora la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, dejando expuesto al Estado a la responsabilidad internacional.

González de Vicel M. (2015), señala que en la actualidad el juez de familia del Código Civil y Comercial de la Nación, independientemente de su competencia territorial, estará ahora expresamente autorizado por una norma procesal para impulsar los procesos, y también para ordenar la producción de pruebas. De igual modo, y en estrecha vinculación con el principio de acceso a la justicia y eficiencia del servicio, se introdujeron distintas

reglas jurídicas relativas a la etapa de ejecución de las sentencias, ampliando específicamente los poderes de la judicatura en este segmento.

Señala también González de Vicel M. (2015), que el rol del Juez de Familia reviste una especial modalidad de desarrollo, y con independencia de la organización unipersonal o colegiada, con regímenes procedimentales especiales o sin ellos, los derechos que se debaten ante estos órganos son, junto con la libertad, la materia sensible de la ciudadanía; característica de la justicia de acompañamiento es ser más expeditiva, desacralizada sin perder la formalidad necesaria para avanzar hacia la solución del conflicto, posibilitadora de un marco dialogal y con un rol casi docente. En efecto, es usual que en las entrevistas que se desarrollan en los procesos por audiencias se proporcione a las partes información acerca de sus derechos, obligaciones, deberes y cargas, advertencias sobre las consecuencias posibles de sus actos (omisivos, activos o negligentes), etc.

Del análisis de varias de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación emerge la figura del Juez de Familia como un gran protagonista. Sin duda se han ampliado sus facultades, dotándolo de mayores potestades que le confieren una actuación diferenciada respecto de los magistrados de otros fueros. Pero también se ha previsto el recurso interdisciplinario y se ha prevenido su injerencia indebida o la actuación arbitraria, impidiéndosele avanzar sobre conductas autorreferenciales o exigiendo motivación razonable en sus sentencias.

Es el derecho privado quien dispone que asuma el comando o dirección del trámite, su impulso hacia la solución del conflicto por vía del acuerdo o de la sentencia, reconociéndole poderes respecto de la instrucción de las causas, las pruebas, dictado de medidas cautelares o tutelas anticipadas, o para asegurar la efectividad de sus decisiones (art. 440 CCyC, exigibilidad de otorgar garantías al obligado por convenio regulador presentado en el divorcio; arts. 550 a 552 CCyC, medidas cautelares, solidaridad entre obligados, intereses u otra disposición para asegurar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias; art. 557, que permite imponer medidas razonables para revertir el incumplimiento del sistema comunicacional fijado por acuerdo o sentencia).

La actividad jurisdiccional será producto de la aplicación de la ley y las demás fuentes señaladas en el art. 2 del nuevo código; pero no será una labor realizada en soledad, sino que contará con la opinión fundada de otras ciencias que coadyuvarán al resultado común: la solución del conflicto con el menor costo posible. Para ello se requiere de profesionales con formación adecuada que puedan comprender las implicancias del

Derecho de Familia, especializados en la materia, y con características personales que permitan permeabilidad en los razonamientos.

Conclusiones Parciales

Analizando el artículo 19 de la Constitución Nacional, se presupone que la moral pública, es intersubjetiva, puesto que se refiere a las acciones que perjudican a terceros, la cual está determinada por dicha Constitución, siendo la misma, de acuerdo al art. 31, la norma fundamental, la cual se encuentra en la pirámide jurídica, y si bien se observa el control de constitucionalidad, no está literalmente expresado por la Constitución Nacional, pero del estudio sistemático de todo su articulado, se deduce que la misma debe de ser respetada ante toda legislación u acto proveniente de autoridad pública. Y a partir del art. 33, se deduce, que no solo los derechos enumerados taxativamente en la Constitución serán tutelados por el Estado, cuando estos sean de gran trascendencia para la nación y estabilidad del país y que además estos no limitan el ejercicio de otros derechos, logrando así, que ciertos derechos considerados fundamentales, no incluidos en el texto de la Constitución Nacional, puedan adquirir nivel Constitucional y sean respetados por todos. Por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad del hombre.

Todos estos derechos contemplados en los tratados internacionales, son contemplados de acuerdo al art. 75, inc. 22, el cual sienta como principio general, el de la supralegalidad de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, con una sola excepción, la cual viene dada para los tratados de derechos humanos, señalándose posteriormente, quiénes son los beneficiarios contemplados, en su inc. 23., siendo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la que ha permitido a los Estados acordar, cuáles eran los derechos a que hacía referencia la Carta de la OEA y la misma sirve como base jurídica de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, en concordancia con los artículos antes mencionados, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ve a la ley como una expresión de la voluntad general, destinada a promocionar esta equidad de derechos y prohibir sólo acciones dañinas para la sociedad, acciones que deben hacerse respetar, de acuerdo a la Convención Americana de los Derechos Humanos, por parte de los Estados partes en esta Convención, quiénes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda las personas que estén sujetas a su jurisdicción,

sin discriminación alguna, siendo los mismos, protegidos y garantizados a partir de lo establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es así, que con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional y los efectos de las sentencias internacionales obligan a todos los juristas y operadores judiciales a actualizarse en materia de derechos humanos y a conocer los nuevos criterios de interpretación de normas que existen en la actualidad.

Se señala finalmente, que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. Además, los jueces deben realizar interpretaciones constitucionales que sean compatibles con los estándares internacionales llegando incluso a la aplicación directa de la jurisprudencia de la Corte IDH. La necesaria compatibilidad entre la interpretación constitucional y convencional obliga también a desalojar del sistema interno no solo las normas contradictorias, sino la jurisprudencia local.

Quizás sea el mayor desafío para los jueces nacionales de todas las instancias porque la Convención Americana de Derechos Humanos, marca un deber genérico para todos ellos que los coloca muchas veces en una situación incómoda frente a sus propias obligaciones constitucionales y a la vez, si las hacen prevalecer por sobre los estándares internacionales que elabora la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, dejando expuesto al Estado a la responsabilidad internacional.

CAPÍTULO IV: MARCO REGULATORIO DEL DIVORCIO EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

Introducción

En el presente capítulo, se desarrollan y analizan las normas que regulan en el sistema jurídico argentino las cuestiones atinentes al divorcio. Puntualmente se analiza el Código Civil derogado y el nuevo Código con respecto a los derechos y obligaciones entre los cónyuges, tales como la fidelidad, la asistencia y cooperación, cohabitación, alimentos, entre otros, para poder conocer luego cuales han sido los cambios implementados en la reforma del nuevo Código Civil y Comercial en esos mismos puntos. Luego analizamos el derogado código en lo atinente a la disolución del vínculo, tal como fue hasta hace poco tiempo implementado. En ambos casos, se recurre a la doctrina y a la jurisprudencia existente sobre los mencionados aspectos.

IV. 1. Derechos y deberes de los cónyuges

IV. 1. 1. Código Civil derogado

Vélez Sarsfield, en el Código Civil de la Nación originario, determina los deberes personales de los cónyuges: fidelidad, cohabitación y asistencia.

Los efectos señalados, respecto del matrimonio, fueron mantenidos en la Ley 2393 de Matrimonio Civil, sancionada el 2 de noviembre de 1888 y que habría de regir desde el 1° de diciembre de 1889, la cual modificó y sustituyó directamente el Título Primero de la Sección Segunda del Libro Primero del corpus original, regulando en ese momento, los efectos del matrimonio, según los estándares occidentales de la época.

De esta manera, el Art. 184 (texto originario s/Ley 340 de 1869), señalaba:

“Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo. El que faltare a esta obligación puede ser demandado por el otro, o civilmente por acción de divorcio, o criminalmente por acusación de adulterio”.

El mencionado deber jurídico de fidelidad acarrea una serie de consecuencias jurídicas muy importantes, y ya era reconocido en el Code Napoléon (art. 212) y en el Esboço de Freitas (art. 1304), así como en el pensamiento de Aubry y Rau (1856) y Demolombe (1876), siendo dichos pensamientos fuente de inspiración para Vélez Sarsfield.

Años más tarde, Lafaille (1930, p.100), afirma al respecto: *“el precepto es una consecuencia del régimen monogámico adoptado por todos los países civilizados, que para su desenvolvimiento normal requiere esencialmente la exclusividad de la unión. La inobservancia de esta norma es causal suficiente de divorcio”*.

Esta concepción, determina que el deber de fidelidad hace a la esencia del matrimonio. Inclusive, se ha llegado a sostener que la fidelidad es un deber subsistente aun después del divorcio (Cám. Nac. Civ. Cap., 30-04-1953, JA 1954-I-325; Cám. Nac. Civ. A., 16-12- 1958, LL 94-20), y que a condición de que ello no represente un vejamen o humillación del otro cónyuge, es legítimo el control recíproco de los cónyuges (Cám. Nac. Civ., 25-06- 1958, LL 91-270).

Es así, que Borda (1977, p. 52), afirma: *“Es un deber conyugal fundamental, recíproco, que supone que los esposos “se pertenecen del uno al otro”*, esto se acentúa por el hecho de que la infidelidad de uno de ellos no autoriza la del otro. Por lo tanto, su incumplimiento autoriza, como se advierte, a demandas civiles de divorcio o criminales por acusación de adulterio.

Además, como se sabe, el divorcio en un primer momento, fue no vincular, es decir, inepto para disolver el vínculo matrimonial que se concebía como esencialmente eterno e inquebrantable; la institución consistía pues, únicamente, en la separación personal de los esposos, que como ya lo expresamos precedentemente se modificó radicalmente con la Ley de Divorcio Vincular en el año 1987.

Continuando en análisis, se cuenta con otros deberes que el Código de Vélez establecía, convivencia y asistencia entre los esposos, y así se toma el Art. 185 (texto originario s/Ley 340 de 1869):

“El marido está obligado a vivir en una casa con su mujer, y a prestarle todos los recursos que le fuesen necesarios, a ejercer todos los actos y acciones que a ella le correspondieren, haciendo los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar los derechos de su mujer, como también los que fuesen precisos si la mujer fuese acusada criminalmente. Faltando el marido a estas obligaciones, la mujer tiene derecho a pedir judicialmente que su marido le dé los alimentos necesarios, y las expensas que le fuesen indispensables en los juicios”.

En igual extremo dice el Art. 187 (texto originario s/Ley 340 de 1869):

“La mujer está obligada a habitar con el marido, donde quiera que este fije su residencia. Si faltase a esta obligación, el marido puede pedir las medidas policiales necesarias, y tendrá derecho a negarle los alimentos. Los tribunales, con

conocimiento de causa, pueden eximir a la mujer de esta obligación, cuando de su ejecución haya peligro de su vida”.

Se puede deducir que los arts. 185 y 187, son coincidentes con la ley de Matrimonio, en sus arts. 51 y 53. Pero es necesario aclarar, que antes de la derogación de esta última, la ley 17711, que reforma la mencionada ley, eliminó la mención al deber del hombre a ejercer los actos y acciones por su mujer, así como de hacer “los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar sus derechos”. Ello es así en consecuencia a un proceso que se iniciara por la Ley n° 11.357, del año 1926, que por un lado, esta norma dotó de mayor capacidad civil a la mujer casada.

Por otra parte, Lafaille (1930, p.100), en los preceptos antes mencionados, señala que se reúnen las obligaciones de cohabitación y de asistencia, estrechamente vinculadas entre sí; a su vez, se confiere al marido la potestad de fijar el domicilio común, tal que su residencia habitual determina la radicación jurídica de la mujer, no siendo posible admitir la dualidad de domicilios, ni la dislocación del grupo familiar, ni la paridad de condiciones entre ambos esposos para tales efectos. De esta manera, se observa que en ambos preceptos se establece claramente que la cohabitación es un deber recíproco, que cada uno de los cónyuges tiene para con el otro.

En tanto, LLambías (2003, p. 575), acota al respecto que: *“la Ley N° 23.515 (1987), en cierta manera da fin a un proceso evolutivo iniciado con la Leyes N° 11.357 y 23.264, del año 1985, que acuerda a ambos padres, el ejercicio de la patria potestad (hoy responsabilidad parental) de los hijos menores”.*

En tanto, el Código Civil, en el Art. 198, señala que los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos, y de esta manera impone un sesgo de igualdad entre los cónyuges, puesto que los deberes entre esposos son los mismos y equivalentes, tanto los de fidelidad y asistencia, como la prestación alimentaria, que puede estar a cargo de la mujer y a favor del hombre.

Ante el incumplimiento de lo señalado, cabe la posibilidad de demandar la separación personal o el divorcio vincular por una causal subjetiva o culpable, cuales son las de adulterio e injurias graves (art. 202, incs. 1° y 4° y art. 214, inc. 1° del Código Civil), lo que a su vez tiene consecuencias favorables para el cónyuge “inocente”.

Respecto del deber de cohabitación, se advierte en los siguientes artículos:

Art. 199: *“Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de*

convivencia cuando esta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos.

Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.”

Art. 200: “*Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia”.*

De esta manera, se visualiza la igualdad entre los cónyuges, sin que sea el marido quien tenga la potestad exclusiva y excluyente de fijar el domicilio, y que la mujer deba adherirse a su esposo, con prescindencia de su voluntad.

Posteriormente, con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que luego se analizará, se observa una visión pluralista, liberal y la primacía de la autonomía personal en desarrollar un proyecto de vida en común, basado en la cooperación, en la elección de asistirse, de convivir y de elegir ser fiel.

Si se realiza un análisis doctrinario de la norma, se observa que este precepto, es el que rige en la actualidad en la vida civil de quiénes componen la sociedad argentina. Se debe aclarar al respecto, que si bien se encuentra implícita una postura liberal, cabe decir, que la injerencia estatal no desaparece totalmente. La misma está presente en el dictado de las normas de orden público respecto al interés de la familia.

En este sentido, con relación al nuevo artículo 431, Brodsky (2015), señala que existen dos deberes jurídicos en los que se considera que se traspasaron los límites de la autonomía de la voluntad, coartando el desarrollo libre de un proyecto de vida.

Señala así Brodsky (2015, pp. 283- 292) que:

“Comenzamos, primero, por el deber cuya recepción propiciamos: el de asistencia o cooperación (los entendemos aquí como sinónimos). Tal efecto es esencial e ineludible en cualquier unión matrimonial (o, incluso, convivencial): es impensable que cada uno de los cónyuges pueda desentenderse de la vida del otro, o no esté obligado a asistirlo, cuidarlo o ayudarlo”.

Señala además, que:

“Distinta opinión nos merece la inclusión de la convivencia como deber jurídico entre los cónyuges. Es notable que el Proyecto del “nuevo Código” (es decir, la versión enviada al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo, a partir del Anteproyecto elevado a este último por la Comisión de Reformas) no contemplaba en absoluto la cohabitación como exigencia. En los Fundamentos del Proyecto, se

reconocía el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”.

Al respecto, surge un interrogante: ¿Por qué no podrían dos personas libres, adultas y plenas de discernimiento, intención y libertad, decidir unirse en matrimonio y vivir por separado?

Al respecto, se puede señalar que casarse, en sí, implica la voluntad de desarrollar un proyecto de vida en común junto a otro sujeto, pero no en sentido geográfico sino espiritual, compartir lo bueno y lo malo de la vida con esa persona, en los distintos momentos, etapas, ciclos, etcétera. Es lógico que al derecho no le sea irrelevante esa finalidad en tanto exigencia (de allí la razonabilidad del deber jurídico de asistencia o cooperación recíproca), pero... ¿al Estado debe importarle si los cónyuges conviven bajo el mismo techo?

Ante ello, el arriba citado autor, ejemplifica de la siguiente manera: Dos amigos suyos, casados entre sí, duermen en habitaciones separadas (por comodidad): ¿a qué persona o principio o máxima ofenden con ello? Si vivieran, digamos, en departamentos distintos de un mismo edificio: ¿no podrían acaso desarrollar con igual plenitud un proyecto de vida en conjunto?

Incluye estos ejemplos a modo de argumentación por reducción al absurdo y sostiene que esto sería posible incluso si no viviesen en el mismo edificio, o cuadra, o manzana, o barrio.

Con relación a la modificación del deber de fidelidad de jurídico a moral, es necesario mencionar su incorporación expresa en el nuevo art. 431, respecto del cual, Basterra (2003, p. 506) señala que adolece de un doble vicio:

“El primero es que lisa y llanamente constituye un defecto serio de técnica legislativa, por cuanto un código de leyes debe establecer deberes jurídicos, y no deberes morales.

Y el segundo es que el Estado –en este caso, a través del Poder Legislativo, del que emanan las normas jurídicas– no debe inmiscuirse en el plan de vida de cada persona mayor de edad, plena de discernimiento y libertad, indicándole de modo paternalista cuáles hechos o conductas son mejores, más rectas o más valiosas (en este caso, no mantener relaciones sexuales con personas distintas al propio cónyuge) que otras supuestamente desviadas o incorrectas”.

Retomando a Brodsky (2015, pp. 283-292), el mismo señala que dicha cuestión, está supeditada a la autonomía de la voluntad de cada persona y a su moral, correspondiendo al Estado, no traspasar los límites de tal privacidad.

En adelante, se focaliza el análisis de los artículos 198, 199 y 200 del Código Civil, vigentes hasta hace poco tiempo.

Art. 198: “Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”.

Se puede apreciar, que el derecho positivo desde siempre, dispone un conjunto de derechos y deberes entre los cónyuges, sentando así, las bases a seguir por ellos en su vida en comunidad, a la cual sólo se accede a través de la celebración del matrimonio, como un acto jurídico cumplimentando todos sus requisitos y formalidades.

A continuación, se señalan los rasgos más característicos de los derechos emergentes del matrimonio:

- Reciprocidad: El sujeto de ellos tiene junto a sí, al titular de un derecho subjetivo idéntico al suyo, lo que se expresa comúnmente con la calificación de recíproco, de manera que al derecho de uno de los esposos se corresponde al deber correspondiente del otro cónyuge.
- Orden público: Las normas sobre derechos y deberes de los cónyuges son de orden público, ajenas, por lo tanto, a la voluntad de los esposos dada la trascendencia del matrimonio para la sociedad. Las modificaciones que se admitan a su régimen legal tienen siempre sustento normativo y requieren alguna forma de intervención judicial.
- Permanencia: Los derechos y deberes matrimoniales participan de la permanencia del matrimonio e, incluso, la sobrepasan en vida de los ex cónyuges en supuestos legalmente previstos.
- Contenido: Pueden ser personales o patrimoniales. Los derechos y deberes de fidelidad, asistencia y alimentos son personales, si bien el alimentario comparte naturaleza patrimonial. Los patrimoniales en cambio son los que surgen de la conformación de la sociedad conyugal.

Retomando el art. 199, con relación al deber de cohabitación allí establecido, se deja en claro que los esposos deben convivir en una misma casa, que de no ser posible cumplir con dicha obligación podrán ser relevados judicialmente, y que ante la interrupción de la misma, cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudarla.

Ante este art., se debe señalar que cohabitación, no es sinónimo de convivencia. Así queda exployada esta idea, en la siguiente Jurisprudencia:

“En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los días del mes de diciembre de 2011, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de entender en el recurso de apelación interpuesto en los autos: “A., G. E. y P., V. J. sobre Divorcio art. 214 inc. 2° Código Civil. Proceso especial”, habiendo acordado seguir la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio la Dra. Lidia Beatriz Hernández dijo:

I.- La cuestión a resolver en esta alzada.

Los cónyuges G. E. A. y V. J. P. se presentan conjuntamente solicitando su divorcio por la causal prevista en el art. 214, inc. 2° del Código Civil. Dicen que contrajeron matrimonio el 11 de noviembre de 1997 y de esa unión nacieron sus dos hijos L. R. y A. I. Aducen que tornándose imposible la vida en común se separaron de hecho desde hace más de tres años a partir de octubre de 2004, a pesar de seguir viviendo en el mismo domicilio.”

El art. 214 inc. 2 del Código Civil, referido a las causas que dan lugar al divorcio, alude a la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo mayor de tres años, mientras que el art. 204 al establecer la causa de separación personal dispone: ...cuando los cónyuges hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor a dos años. Como se advierte a pesar de referirse a cohabitación y a separación de hecho ambos conceptos encierran el mismo supuesto normativo.

Se observa así, que desde su sanción, la norma legal presentó distintos problemas de interpretación doctrinaria y jurisprudencial, desde la posibilidad o no de la presentación conjunta antes de la modificación del art. 336 del Código Procesal por la 25.488; el cómputo del plazo; la atribución de responsabilidad cuando con mala técnica legislativa el artículo permite a los cónyuges alegar y probar no haber dado causa a la separación de hecho, la forma de su alegación por vía reconventional, que a su vez dio lugar al plenario que permitió la reconvencción de la reconvencción son algunos de los problemas interpretativos que la norma presentó.

Entre las cuestiones controvertidas se encuentra el mismo hecho constitutivo de la causal, es decir, el alcance de las expresiones separación de hecho e interrupción de la cohabitación, conceptos que siguen cada una de las normas ya citadas.

Por su parte, Hernández (2011, p. 446) explicando lo anterior, aclara:

“La separación de hecho de los cónyuges se caracteriza distinguiendo un elemento objetivo o material y un elemento subjetivo. El elemento objetivo se refiere a la circunstancia fáctica y por ende de prueba inequívoca de la supresión de la vida en común. Se alude a la cesación de la cohabitación en forma permanente. El elemento subjetivo, de más difícil caracterización por los matices que puede ofrecer, se refiere a la voluntariedad, ya que sin éste la separación no tiene relevancia jurídica. En nuestro derecho el elemento psíquico se tipifica como la “falta de voluntad de unirse”.

Además, Guastavino (1968), señala dos especies netamente diferenciadas, la separación amistosa y la separación forzada, y muestra en su análisis tres modalidades importantes de la separación extrajudicial, desde el punto de vista subjetivo:

1) Separación de hecho por voluntad unilateral de un cónyuge, tolerada por su consorte sin iniciar juicio de divorcio. Asimila a éste el supuesto en el cual un cónyuge con sus actitudes ofensivas obliga al otro a alejarse del domicilio conyugal, ya que la conducta del primero impone unilateralmente la necesidad de separarse. En esta modalidad, y cuando no existen causas justificantes la separación de hecho puede coincidir con la figura del abandono del hogar;

2) Separación de hecho por doble abandono unilateral. En el caso de doble ausencia unilateral, falta de acuerdo para establecer la separación y ella resulta de la voluntad unilateral aislada de cada cónyuge. Los efectos de esta modalidad se regirían por el principio de no compensación de culpas;

3) Separación de hecho consensual que deriva del convenio de los cónyuges. El consentimiento puede ser expreso cuando los esposos manifiestan su deseo de vivir separadamente, o tácito cuando uno da su conformidad a la iniciativa de separarse tomada por su consorte.

Como se expuso anteriormente, el concepto de cohabitación siempre ha producido divergencias de interpretación; así, por ejemplo con respecto a la cohabitación requerida por la ley para que funcione la caducidad de la acción de nulidad de matrimonio prevista en el art. 220 incs. 1 y 2.

En la trama de discusión de cohabitación y convivencia, algunos autores, sostienen que se requiere unión carnal, no interesando el hecho meramente físico de la vivienda común. Sin embargo, para Belluscio (1976), *“cohabitación implica convivencia en el mismo hogar como marido y mujer, siendo indiferente la abstención de relaciones sexuales si los esposos viven y actúan públicamente como tales, igualmente sería*

intrascendente la unión sexual sin convivencia". Pero en contraposición a aquel autor, Zannoni (1978, p. 300) también considera que: *"la cohabitación a que alude la ley es vida en común o vida marital, que hace presumir la cópula entre los cónyuges. Ante esta presunción, cuando se continúa la cohabitación, corresponde a quien alegara la nulidad de matrimonio acreditar que hubo separación marital entre los cónyuges."*

En definitiva, analizando la postura de los autores mencionados, cabe considerar que cuando se habla de cohabitación se alude a la convivencia en un mismo hogar como marido y mujer. Así, la interrupción de la cohabitación, es entendida como el cese de la convivencia en el mismo domicilio, entendiéndose que de acuerdo al art. 199 del Código Civil, el deber de cohabitación exige a los esposos convivir en una misma casa, por lo que la quiebra matrimonial se efectiviza objetivamente, y con ello el elemento para que se tipifique la causal, es el cese de esa cohabitación, puesto que Belluscio (1976, p. 468), considera que:

"...se incurre en un error al creer que la cohabitación es la ocupación de un mismo lecho y no la vivienda común. Y agrega, la única separación de hecho calificable como tal, al menos en nuestro régimen legal, aun cuando otros que especifiquen lo contrario, es la que se produce cuando uno de los esposos deja el hogar común o cada uno de ellos lo forma por separado".

Ante ello, Zannoni (1978), presenta una postura más amplia, señalando que *"en todos los casos previstos por la norma lo que caracteriza la vida separada es la ruptura y ha de ser la ruptura la que calificará objetivamente el fracaso matrimonial, aun cuando los cónyuges siguen viviendo en una misma casa, siempre que se acredite el fracaso"*. Por ello agrega que, *"aunque los cónyuges sigan habitando en un mismo inmueble si lo hacen abdicando total y absolutamente de los deberes matrimoniales se cumplen los requisitos exigidos por la causal."*

Finalmente, y en relación con lo antes expuesto, se toma el Art. 200 del Código Civil, que refiere al lugar de residencia, y señala:

"Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia".

De la interpretación dada a dicho artículo, se deduce la determinación de la igualdad entre los cónyuges (a diferencia de tiempos anteriores), sin que sea sólo potestad del marido dicha elección al momento de fijar domicilio, sino atendiendo la voluntad de la mujer.

Esta reformulación, es evidente a la luz de los cambios concretados con la Ley de Matrimonio Civil en el año 2010, donde el matrimonio tiene los mismos requisitos y efectos se trate de contrayentes del mismo o de diferente sexo.

IV. 1. 2. Código Civil y Comercial vigente

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, implica cambios en diversos temas e institutos de nuestro Derecho de Familia, especialmente en materia matrimonial. Entre ellas, se destaca el nuevo espectro de derechos y deberes que regirán las relaciones de aquellas personas que decidan iniciar o terminar, la vida en pareja, ya sea bajo la figura del matrimonio civil, o bien en algunos casos las hoy denominadas “uniones convivenciales”.

Se puede observar que, las nuevas disposiciones, regularán tales relaciones no solo durante su vigencia, sino que también preverán efectos para los casos en que los interesados decidan poner fin al matrimonio o proyecto de vida en común.

Se destaca, que el nuevo Código innova incorporando un Título enteramente dedicado a las “Uniones convivenciales”.

El nuevo Código Civil y Comercial, adaptándose a los cambios y evoluciones dadas en la sociedad, incorpora una concepción de familia muy distinta de la que pensó Vélez Sarsfield en el siglo XIX, puesto que sienta sus bases, sobre los principios de libertad e igualdad entre las personas que luego del matrimonio decidan disolver esa unión.

Esto quedó expresamente indicado en el artículo 402, que alude a la interpretación y aplicación de las normas en este sentido, ya que según Chechile (2015), el texto ha tratado de tomar la doctrina y la jurisprudencia (fallos judiciales) respetando la diversidad de modelos de familia que cada uno elige para su proyecto de vida.

En materia de matrimonio, sin dudas sobresale entre las innovaciones del nuevo cuerpo normativo la admisión de la figura del matrimonio igualitario y la consiguiente eliminación de la diversidad de sexos de los contrayentes como requisito intrínseco para la existencia de la unión matrimonial.

En tal orden de ideas, en materia de interpretación y aplicación de las normas, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 402, dispone que:

“Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los

integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.”

Asimismo, adopta la diversidad como característica principal a la hora de la formación del estado de familia, abordando el divorcio como un remedio a una crisis matrimonial, dejando de lado el análisis de culpas y la celebración de audiencias conciliatorias, tal como sucedía hasta hace poco tiempo.

Respecto al divorcio, la reforma gira en torno a cuatro puntos fundamentales, según Lloveras (2009), ya que aduce que la crisis matrimonial se aborda sólo con el divorcio, ya que se elimina la separación personal que regía actualmente. Sólo se puede realizar por vía judicial. Es incausado, es decir, no debe probarse ninguna causa específica durante su trámite y puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges.

En relación a los derechos y deberes de los cónyuges, el nuevo Código mantiene algunos de los que hoy se encuentran enumerados en los arts. 198, 199 y 200 del CC. Así vemos que los arts. 431 y 432 del nuevo cuerpo legal contemplan a la cooperación, la convivencia, la fidelidad, la asistencia mutua y los alimentos.

Se prevé que los cónyuges se deben asistencia recíproca y alimentos entre sí durante la convivencia y la separación de hecho. Sin embargo, estas obligaciones quedaron relegadas a un plano meramente moral (asistencia), ya que la disolución del vínculo no está condicionada a su cumplimiento, como se dijo anteriormente, el divorcio no necesita una causa específica para que opere.

Focalizando en el estudio de los nuevos Derechos y Deberes, se toman en cuenta los artículos 431, 432, 433 y 434 del nuevo Código Civil y Comercial, hoy vigente, los que versan correlativamente en torno a asistencia, alimentos durante y post divorcio

Se ve el art. 431, sobre Asistencia, que señala:

“Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

Se suprimió la fidelidad como un deber jurídico con consecuencias del mismo tipo, modificando el artículo 198 del CC donde sí *“...los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”*, pero los artículos 431 y 432, nada dicen al respecto. Así, la fidelidad se configura hoy como un deber moral.

Se observa en el artículo en estudio, su adecuación a cambios y evoluciones dadas en la sociedad y por ende en la familia, explicitando cambios significativos acordes a la

realidad y a la aceptación en la sociedad del sinceramiento de las relaciones jurídicas matrimoniales.

Se deja en claro, que el matrimonio implica tener en cuenta las aspiraciones individuales y conjuntas de ambos cónyuges, tendientes a una construcción compartida, una relación donde se respeten los intereses, teniendo como meta, la responsabilidad familiar.

De esta manera, el matrimonio se contempla como una comunidad de vida basada en la contención, el bienestar de quienes lo componen, el mutuo apoyo, donde los cónyuges se desarrollen y se proyecten a los otros integrantes de la familia, al amparo de lazos afectivos. Así, se desprende lo mencionado en la Jurisprudencia.

Partes del fallo que se transcribe a continuación, produce doctrina judicial en relación con el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial, donde no se debate el incumplimiento de los deberes matrimoniales de los cónyuges -deber moral de fidelidad, cohabitación, asistencia mutua, etc. según lo indica el art. 431 CCC-, ni si existió culpa de algunos de los esposos, sino que:

“...el eje central del reclamo son los daños que el actor le habría provocado a su cónyuge durante la convivencia en común, y luego de la separación. He aquí una acumulación objetiva de acciones, de las cuales una ya se decidió y quedó firme; por lo que resta entonces analizar el reclamo indemnizatorio que viene apelado a esta Alzada”.

Así, se denota que el nuevo Código Civil y Comercial, modifica el alcance de los deberes matrimoniales, potenciando la asistencia y la cooperación.

Respecto a este último concepto, implica el deber de colaborar con el otro para la consecución de un mismo fin, y la obligación de compartir esfuerzos y sacrificios en pos del objetivo buscado. Encuentra su fundamento en el principio de solidaridad que se proyecta en el ejercicio de la responsabilidad familiar. Tiene desarrollo jurídico expreso, en relación a la obligación de contribuir a los gastos del hogar, prevista en el régimen patrimonial primario.

En relación a la convivencia, se suprime el deber de cohabitación de los cónyuges, que no fue incorporado siquiera como deber moral por estimarse contradictorio con el respeto por la libertad y la consecuente prohibición de injerencias arbitrarias del Estado en la vida de las personas.

Herrera (2014, p. 275), señala al respecto: *“La fidelidad como deber moral, es referida ahora, mediante el desarrollo de la libertad de intimidad, de conciencia, y el desarrollo de la libertad religiosa, teniendo en cuenta las bases de una sociedad democrática. La misma se incluye en el propio proyecto acordado por los cónyuges, y que no puede ser impuesta por el ordenamiento jurídico, porque trasciende su ámbito de incumbencia”*.

Finalmente, se puede señalar, que la asistencia mutua, es el único deber jurídico exigible y determinado, es la obligación de prestarse asistencia mutua: cuidado que deben dispensarse ambos cónyuges, ayuda, mutuo respeto, como así también, la prestación alimentaria en sentido estricto, regulada en los artículos 432 al 434 del CCyC.

En tanto el artículo 432. Alimentos, señala lo siguiente:

“Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes”.

De la interpretación realizada al mencionado artículo, se deduce que “con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención entre partes”.

En base a lo señalado, el nuevo Código modifica de modo sustancial el régimen de divorcio, por lo tanto necesariamente se va a encontrar afectado también el régimen de derecho alimentario post divorcio y ello se debe, a que se regula en el mismo un tipo de divorcio incausado de petición unilateral o bilateral, donde se prevé la existencia de un convenio regulador, establecido en art.439 que, según la interpretación que puede hacerse del mencionado art.432 permitiría el establecimiento de algún tipo de prestación alimentaria acordada entre los cónyuges.

Solari (2014), por su parte, señala que ha entendido que: *“El derecho al reclamo de dicha prestación compensatoria nace como consecuencia de la ruptura del proyecto de vida en sí, porque tal acción puede ser entablada aunque el quiebre de la unión haya sido de común acuerdo o consensuado por ambos. De ahí que lógicamente su fuente no recae en la circunstancia de que el otro haya provocado tal ruptura sino que emana objetivamente del cese de la comunidad de vida.”*

En base a lo expuesto, la doctrina ha caracterizado como un derecho para reclamar una compensación, por parte del cónyuge que ha sufrido un menoscabo, como consecuencia de la ruptura de la unión, es decir, del quiebre en el proyecto de vida en sí, estableciendo el mismo derecho para los concubinos y en cuanto a su naturaleza jurídica,

doctrinariamente se ha entendido que, en rasgos generales, *"se trata de una pensión de carácter pecuniaria y asistencial pero no alimentaria a favor de uno de los cónyuges, basada en el desequilibrio económico como consecuencia, y no a causa, del divorcio."*

Si bien, en la nueva legislación se le otorga mayor espacio a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, se incluyen estas compensaciones vinculadas al orden público al momento de disolución del vínculo, fundado en "el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro". Y en cuanto al modo de efectuar el pago, se debe destacar que existe una diferencia respecto si se trata de cónyuges o convivientes, atento que en el caso de los cónyuges, de manera excepcional, podría establecerse por un tiempo indeterminado, pero no es aplicable entre convivientes.

En definitiva, estas compensaciones económicas, vienen a reemplazar, en general, a los alimentos posteriores al divorcio.

Un ejemplo de ellos es el fallo de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 2012, el cual confirma lo resuelto en primera instancia respecto de que el accionado debe abonar a su esposa una cuota alimentaria que le permita mantener el mismo status quo que antes de la separación. Específicamente ha dicho:

"El cónyuge debe pasar a su esposa una cuota alimentaria durante la separación, que atienda a las posibilidades del alimentante y su relación con el nivel de vida sostenido con anterioridad a la separación, el que se procura preservar de la mejor manera posible, pues no se alteran los principios de asistencia material".

Además se ha entendido que: *"la cuestión no pasa por la acreditación de la escasez, penuria o miseria... sino por una diferencia cualitativa entre el nivel de vida anterior y el actual, o entre éste y el posible"*.

Con todo lo hasta aquí expresado, en relación a los Derechos y Deberes de los cónyuges, se puede afirmar que las disposiciones como las que contenía el Código Civil hasta hace poco vigente, vistas desde el tipo de sociedad al que asistimos, son ya obsoletas, en algunos aspectos hasta discriminatorias, y contrarias a los derechos humanos fundamentales que tanta trascendencia han cobrado.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contiene esas innovaciones y modificaciones que repercuten de manera sustancial en la vida cotidiana de las personas. Que, como se señalara, a implementado diversas disposiciones, que orientadas a lograr la agilidad de los procesos de divorcio y la previsión de ciertos aspectos de la vida matrimonial hasta hoy no considerados, dándole una clara primacía al principio de la

autonomía de la voluntad en relación a puntos hoy impuestos legalmente y sobre los cuales los particulares carecen de potestades para su modificación o adecuación a su situación personal.

Así queda plasmado, que el Código derogado, disponía que los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. Sin embargo en el Código Unificado desaparece el deber de cohabitación y el de fidelidad y se reduce a deber moral; y si bien los cónyuges al casarse quedan obligados jurídicamente al deber de cohabitación y de fidelidad, conforme los artículos 198 y 199 del Código Civil, no dejan de estarlo con la entrada en vigencia del nuevo régimen pero no imperativamente. Y por lo cual, los efectos por tal incumplimiento en dichos deberes serán diferentes, ya no serán causales para declarar el divorcio por culpa, dado que el divorcio sanción como consecuencia de la infidelidad no puede ser aplicado a ningún matrimonio.

IV. 2. Disolución del vínculo matrimonial

IV. 2. 1. Código Civil derogado

En adelante, se trata sobre las maneras de alcanzar la disolución del vínculo matrimonial, y se analiza el Código Civil. Para lo cual, el art. 213 establece:

“El vínculo matrimonial se disuelve:

- 1. Por la muerte de uno de los esposos.*
- 2. Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento.*
- 3. Por sentencia de divorcio vincular.”*

Como es de destacar, antes de alcanzar el análisis sobre el tercer punto del artículo referido, cabe traer a estudio el instituto de la separación personal, dado que durante años fue una de las maneras utilizadas para alcanzar el fin último, el divorcio. Siendo el mismo de notable uso y relevancia en el Código Civil, lo que es refleja en la cantidad de artículos que contienen disposiciones al respecto, dejando expresamente aclarado, que la separación personal, no disuelve el vínculo matrimonial ni habilita a contraer nuevas nupcias.

En los artículos 201 a 205, se mencionan las causas que dan lugar a la separación personal, y señala que la misma se decretare, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Y en los subsiguientes artículos, de 206 a 212, se refiere a los efectos de dicha separación.

Por otra parte, expresa la diferencia existente entre separación personal y divorcio vincular, estableciendo en sus artículos 214 a 218, las causas de este último y sus efectos. Así es que, 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 236, estableciendo además, que transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán pedir el divorcio vincular, debido a causas que imposibilitan la vida en común.

En relación a la Separación Personal, El art. 201, del Código derogado, señala:

“La separación personal no disuelve el vínculo matrimonial”.

Por su parte, en el art. 202, se menciona:

“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.”*

Luego, en el art. 203, señala otros motivos de separación personal por la imposibilidad de una vida en común:

“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”.

Posteriormente, en su art. 204, norma sobre la cohabitación, señalando que:

“Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente”.

Finalmente, en el art. 205, establece plazo para solicitarla, determinando que:

“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”.

Por lo tanto, el Código Civil anterior, establecía que la separación personal se podía generar por el adulterio, esto es las relaciones sexuales establecidas con otra persona que no es el cónyuge o las injurias graves, por la tentativa de homicidio contra el otro cónyuge, contra la vida de los hijos, por instigación a cometer delitos, o por el abandono voluntario y malicioso vinculado con lo que era el deber de cohabitación.

Además, como causas objetivas para pedir el divorcio, se permitía pedir la separación personal del otro cónyuge, cuando este padecía trastornos de alteraciones graves de carácter permanente, alcoholismo o droga dependencia. Todos ellos, eran motivos que generaban el impedimento de la convivencia entre los cónyuges o los hijos de estos o de alguno de ellos.

Así, en base a la presente jurisprudencia, causa N° 27.845/1031/12/2F, caratulada: "G., S. A. C/ M.S. G. P/ SEPARACIÓN PERSONA Y SU ACUMULADO N° 194/13/2F, CARATULADO: “G., M.S. C/ S. A. G. P/ DIVORCIO VINCULAR CONTENCIOSO”, una de las partes, solicita la separación personal, en base a injurias graves:

“El Sr. S. A. G., promovió demanda de separación personal en contra de la Sra. M.S. G., fundando la misma en que abandonó el hogar conyugal provocado por el maltrato hacia su persona mediante ofensas, insultos, escenas, y actitudes de boicot”.

Así, en una sentencia de primera instancia, la jueza que admitió la demanda de separación personal articulada por S. A. G., por la causal contenida en el inc. 4, del art. 202, por culpa de la demandada, y rechazó la acción de divorcio promovida por M. S. G., por no haberse acreditado la causal subjetiva alegada.

Luego de analizar el concepto y las características de las injurias graves, consideró acreditadas las vertidas por M. S. G. hacia su esposo, en relación a que se autoexcluía del dormitorio conyugal, a las descalificaciones por ser mayor aportante en los gastos del hogar, y a las largas ausencias o vida desorganizada como consecuencia de la práctica del budismo.

En relación al abandono voluntario y malicioso invocado por G., entendió que no se consideraba configurado porque el matrimonio se encontraba en crisis y ya no era posible su sostenimiento, tal como lo reconoció la propia actora. Agregó que el retiro del hogar por parte del esposo no fue intempestivo, ni sorpresivo.

A continuación, y en análisis del Código Civil, se trata sobre el Capítulo XII, Del Divorcio Vincular, en sus artículos 214, 215 y 216, donde se establecen sus causas, el plazo de presentación, y la conversión de sentencia de separación en divorcio. De esta manera se señala:

“CAPITULO XII- Del Divorcio Vincular

Art. 214.- Son causas de divorcio vincular:

- 1. Las establecidas en el artículo 202;*
- 2. 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. 215.- 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. 216.- El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238.”

Se expone a continuación, a modo de ejemplo, el tratamiento del art. 214, en el siguiente fallo: Divorcio. Causal objetiva. Separación de hecho sin voluntad de unirse. Art. 214, inc. 2º del Código Civil. Inconstitucionalidad, "Z. S. S. vs. P. E. H. s. Divorcio vincular". C. Apel. Civ. y Com., Sala II, Azul, 5/6/12.

"El derecho constitucional de todos los habitantes de casarse o no casarse 'conforme a las leyes' (arts. 14 y 20, Constitución Nacional) conlleva, por añadidura, el derecho a no permanecer casado cuando, también 'conforme a las leyes', se produjo la ruptura definitiva e irremediable del matrimonio quebrando la comunidad de vida de los esposos. En el caso, cabe confirmar la sentencia que decretó el divorcio vincular por la causal prevista en el inc. 2, art. 214, Código Civil y declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo, no obstante negarse el esposo a la procedencia de la demanda, por cuanto resulta irrazonable y conculca los derechos de la actora a la libre autodeterminación e intimidad, a la igualdad y no discriminación y a la elección del proyecto de vida individual y familiar, la subsistencia del matrimonio pese a la quiebra de la convivencia desde el año 2009 y por consiguiente de la ausencia de hogar común, frente a la clara voluntad de la

esposa de divorciarse y al fracaso de las dos audiencias de conciliación intentadas a lo largo del proceso, todo lo cual denota la insuperable imposibilidad de que subsista el vínculo matrimonial con los caracteres de fidelidad, asistencia y convivencia en la casa común".

La doctrina tradicional ha considerado que el solo alejamiento de uno de los cónyuges del hogar conyugal genera la presunción de voluntariedad y malicia. En consecuencia, el cónyuge que se aleja es culpable de haber incurrido en la causal de abandono del hogar, salvo que pruebe que existieron motivos que justifican el alejamiento.

Debe existir, un «motivo justificante» del alejamiento desde la consideración de que el mismo debe ser un motivo muy grave, que configure una de las causales de divorcio previstas en el art.202 del Código Civil, hasta la consideración de otras causas como la separación de hecho o el desquicio matrimonial.

Por otra parte, en el Código derogado, el adulterio se configura con la sola acreditación de que uno de los esposos ha mantenido una o más relaciones sexuales con persona distinta de su cónyuge.

Chechile (2008), presenta el siguiente caso:

“Una pareja solicita su divorcio vincular por la causal prevista en el art. 215 del C.C., es decir, formalizan su petición mediante una ‘presentación conjunta’, admitiendo que se encontraban separados de hecho desde hacía más de 25 años. No obstante, la esposa, en el incidente de liquidación de la sociedad conyugal, alega su derecho a participar de los bienes adquiridos por su marido durante la separación de hecho”.

Al analizar el fallo, se observa que en primera instancia se hace lugar a la petición de la consorte, decisión que es revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Nicolás con los siguientes argumentos:

*“1-Se aplica al supuesto en análisis el art. 1306 del C.C. que niega el derecho de participación al cónyuge culpable en los gananciales adquiridos por el otro;
2-Dado que como los cónyuges peticionaron su divorcio por la causal de presentación conjunta, en la que reconocieron una interrupción de la vida en común por un lapso más que prolongado, ambos eran culpables de la situación;
3-Cuando se invoca la causal del art. 215 los efectos son los mismos que cuando se declara el divorcio por culpa de ambos;
4-Como en la presentación conjunta no hay declaración de culpabilidad ni de inocencia, no corresponde reconocerle a ninguno de los esposos la posibilidad de*

participar en los bienes gananciales adquiridos por el otro durante la vida separada.”

Posteriormente, la Corte de la provincia de Buenos Aires confirma la sentencia de Cámara con los siguientes fundamentos:

“Se trata de un divorcio sin atribución de culpabilidad”

“En nuestro sistema el art. 1306 mantiene la vigencia de la sociedad conyugal a pesar de la separación de hecho, aunque sanciona al culpable”

Resulta palmariamente abusiva la conducta “del cónyuge que pretende participar en los bienes adquiridos después de la separación de hecho sin voluntad de unirse, cuando es lo cierto que el comparte con el otro la responsabilidad de la decisión de poner fin a la convivencia, que, itero, es la razón de esencia del efecto típico de la ganancialidad impuesta por la sociedad conyugal (art. 1071, Cód. Civ.). La prohibición del abuso de derecho es un principio cardinal en nuestro derecho positivo, se proyecta hacia todos sus ámbitos y se encuentra consagrado en la ley, precisamente, para poner coto a conductas desvaliosas como la del recurrente”.

En relación a la disolución de la sociedad conyugal, la Corte reafirma un criterio que es unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: *“La separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal”*. Esta solución, tal vez incuestionable de lege lata, es desde hace mucho tiempo criticada. Obligar a los consortes a mantener el régimen patrimonial matrimonial cuando ya no hay colaboración ni convivencia carece de fundamento. La ley 23.515 al modificar el art. 1294 del C.C. dio el primer paso en un camino que, se cree, debiera continuar permitiendo la acción de separación judicial de bienes frente a esta situación fáctica, a petición de cualquiera de los cónyuges independientemente de la culpa.

Se han realizado numerosas propuestas en este sentido, a título de ejemplo en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche –1989) se sugirió que: *“debiera sustituirse la causal de abandono de hecho de la convivencia matrimonial por la de separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de unirse, como supuesto objetivo”*.

Esta opción fue también propiciada en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín en septiembre de 1996.

Es, por otro lado, la solución formulada en el Proyecto de Reforma al Código Civil que en su art. 532 dispone que la separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los esposos cuando “estén separados de hecho sin voluntad de unirse” (inc. 3) .

Esta disposición es reproducida en el art. 471 inc. c, del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio.

Si nos abocamos al derecho comparado, es también la alternativa otorgada por algunas de las legislaciones que aceptan la posibilidad de elegir uno, entre dos o más regímenes matrimoniales. Por ejemplo, el Código Civil español, cuando regula el régimen de comunidad de ganancias, que es el legal supletorio (es decir aquél por el cual se rigen los cónyuges si no hacen uso de su derecho a elegir), establece que una de las causas por las cuales se puede solicitar la separación judicial de bienes es, justamente, por la separación de hecho (art. 1393), mientras que el Código de Familia de la República de El Salvador también escoge esta solución en su art. 72 que establece: *“La comunidad diferida se disuelve por resolución judicial, a solicitud de alguno de los cónyuges, en cualquiera de los casos siguientes: ... Si el otro cónyuge lo hubiera abandonado, o estuvieran separados durante seis meses consecutivos por lo menos” (inc. 3).*

Ya no quedan dudas que ante una separación de hecho y encontrándose ausentes los fundamentos de la ganancialidad lo saludable sería recepcionar legislativamente lo que fuera propuesto en las Jornadas y proyectos citados e incluir a la separación de hecho como causal que permite solicitar la separación judicial de bienes.

Consagrado en nuestra legislación el divorcio remedio, suscita la aplicación del citado artículo, una serie de cuestiones. Así, si es o no aplicable en los casos en que la sociedad conyugal se disuelve por divorcio o separación personal por las causales de los arts. 203, 204, 205, 214 inc. 2 y 215 del Código Civil.

Es de resaltar que cuando la ley 17.711 agregó, al art. 1306, el párrafo en análisis, toda vez que se decretaba un divorcio había, por lo menos, un culpable. A partir de la mencionada ley se podía acceder a la separación de dos maneras, una de ellas regulada por el art. 67 de la ley 2393 exigía la alegación y prueba de hechos imputables a uno o a ambos esposos, y la otra, incorporada por la ley 17.711 en el art. 67 bis, si bien suponía una presentación conjunta, el propio precepto se encargaba de aclarar que el divorcio así ordenado tenía los mismos efectos de la separación por culpa de ambos cónyuges. En este marco, en cualquiera de los dos supuestos por los cuales se llegaba al divorcio no vincular, si este había sido precedido por una interrupción de la vida en común, el culpable no participaba de los bienes adquiridos por el inocente a partir del inicio de la situación fáctica, y si ambos eran culpables ninguno tenía derecho sobre los bienes que ingresaban al patrimonio del otro luego del cese de la cohabitación y, como ya dijimos, siempre, en el

esquema pensado por la ley 17.711, había por lo menos un culpable, razón por la cual la aplicación del art. 1306 no generaba dificultades .

Al respecto, existen distintos supuestos. Para la aplicación de este artículo cuando la sociedad conyugal se disuelve por divorcio o separación personal, deben distinguirse varios supuestos:

a- Causales subjetivas.

- Culpa de uno de los cónyuges.
- Culpa de ambos esposos.

b- Causales objetivas:

- Supuesto de los artículos 204 y 214 inc. 2 del Código Civil (ley 23.515).
- Supuesto de los arts. 205 y 215 del C.C. (ley 23.515).

Este supuesto tiene lugar cuando uno de los cónyuges demanda al otro por alguna de las causales del art. 202, éste reconviene (por alguna de ellas) y se decreta una sentencia que establece que la culpa es de ambos, razón por la cual ninguno participa de los bienes adquiridos por el otro después de la separación de hecho.

A igual conclusión se llega cuando se subjetiviza la causal de los arts. 204 y 214 inc. 2 del C.C. por los dos esposos y se acredita y prueba la culpabilidad de ambos.

La ley 23.515 erigió a la separación de hecho en causal autónoma que habilita a pedir la separación personal si hubieran transcurrido dos años de la misma (art. 204 C.C.), o el divorcio vincular cuando esta situación fáctica haya cumplido por lo menos tres años (art. 214 inc. 2). Si bien esta causal se encuentra entre las denominadas "objetivas" pues no hay en ellas indagación de culpas sino solamente la constatación de un hecho fáctico, la ley ha permitido subjetivizarla. Es decir, que uno de los consortes puede alegar y probar no haber dado causa a la separación en cuyo caso conservará los derechos que la ley otorga al cónyuge inocente, entre los cuales se encuentra la posibilidad de participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del culpable.

Como se ha expresado, "esta causal de separación personal o de divorcio vincular es objetiva en el sentido de que no implica juzgar sobre las causas de la interrupción de la cohabitación, es decir, de la ruptura. La ley considera que el hecho de que los esposos hayan llevado, cada cual, vida separada durante el término previsto muestra el fracaso del matrimonio, sin que sea menester atribuir responsabilidad por la ruptura a uno o al otro.

Por otra parte, los artículos 205 y 215 (ley 23.515) habilitan a los consortes a presentarse conjuntamente solicitando su separación personal, si hubieran transcurrido dos

años desde la celebración del matrimonio, o su divorcio si dicho lapso alcanzase los tres años.

En estos supuestos (separación o divorcio por presentación conjunta) "el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves", en cuyo caso, "la sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren".

Se debe aclarar, que en una separación de hecho, se pueden presentar las siguientes alternativas:

1- que hayan transcurrido los tres años de separación de hecho que habilitan a pedir derechamente el divorcio vincular por la causal del art. 214 inc. 2.

2-que hayan pasado dos años de la separación de hecho, por lo cual podrían solicitar la separación personal por la causal del art. 204 mas no el divorcio, y que los cónyuges deseen divorciarse (y obviamente hayan pasado los tres años de antigüedad del matrimonio que exige el art. 215)

3-que no se hayan cumplido ni los plazos del art. 204 ni los del 214 inc. 2 pero si los años de celebración del matrimonio que exigen los arts. 205-215 del C.C.

En este fallo presentado a modo de ejemplo, resuelve la Corte provincial, de acuerdo al primer supuesto mencionado, a pesar de que los esposos estaban separados de hecho desde hacía más de 25 años, es decir, que se encontraban perfectamente habilitados para invocar el art. 214 inc. 2. Escogieron la vía de la presentación conjunta (es decir, invocaron el art. 215) indicando que se encontraban en la situación fáctica descripta.

En esta opción, a diferencia de cuando se inicia el divorcio por la causal del art. 214 inc. 2, no puede ninguno de los cónyuges dejar a salvo su inocencia.

Pero se puede expresar, según la Chechile (2008), que: *“no son inocentes ni culpables, sino sencillamente dos personas que así como un día concurrieron al Registro Civil a casarse, hoy concurren a los Tribunales a divorciarse”*.

Al respecto, el Dr. Hitters (2008), en su voto expone que:

“Si ambos cónyuges, compartiendo su decisión se separan de facto, obteniendo con posterioridad el divorcio con fundamento en alguna causal objetiva, deben asumir las consecuencias que se derivan del régimen elegido. En tal caso, tal régimen conlleva a la imposibilidad de indagar sobre cuál de las partes ha sido culpable en la disolución del vínculo matrimonial...”

Por lo cual, como no hay calificación de culpas ni otorgamiento de recompensas, ninguno de los esposos se beneficia pero tampoco carga con las consecuencias de la inocencia del otro. Porque toda calificación de inocencia lleva como resultado ineludible la existencia de un culpable que soporta los gravámenes que debe cumplir para satisfacer los beneficios que aquella irroga.

Chehile (2008), argumenta que la previsión de ambos tipos de divorcio fue un paso intermedio que, tal vez, había que transitar cuando corría el año 1987, época en la que todavía era objeto de debate la conveniencia o no, para la sociedad argentina, de regular el divorcio vincular y, entonces, fue necesario mantener las causales subjetivas para aminorar el impacto que, en algún sector de nuestra población, podía provocar el paso de un sistema rígido, culpable, con una nula intervención de la autonomía de la voluntad a un sistema puramente objetivo. Por ello, el criterio fue intermedio, mantener las causales subjetivas e introducir las objetivas permitiendo que el tiempo dejara ver, a los opositores más enérgicos, los cambios y los beneficios que la incorporación de estas causales daba a los habitantes de nuestro país, otorgándoles la posibilidad no sólo disolver su vínculo, sino y más importante de reconstruir su futuro con un menor desgaste emocional.

En relación a los plazos y formas, el art. 216, remite al art. 238:

“Transcurrido un año de la sentencia firme de separación personal, ambos cónyuges podrán solicitar su conversión en divorcio vincular en los casos de los arts. 202, 204 y 205. Transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular en las hipótesis de los arts. 202, 203, 204 y 205”.

De lo expuesto, se señala que la forma de presentación del divorcio en el régimen jurídico anterior se desprendía de los artículos 214, 215 y 216. Recordemos que el artículo 214 inc. 2 establecía como requisito la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, el artículo 215 autorizaba la presentación conjunta transcurridos tres años de celebrado el matrimonio, alegando causas graves que hicieran moralmente imposible la vida en común y el artículo 216 prescribía la conversión de la sentencia firme de separación personal en divorcio vincular.

Fourcade (1999), señala que las vicisitudes que se presentan durante el matrimonio pueden desatar crisis que lleven a darle fin través de la “separación personal” o el “divorcio vincular”, pues el sistema argentino mantiene la dualidad de instituciones.

En ambos casos se necesita el dictado de una sentencia (214, 215, 216, 217, del Código Civil); por lo tanto, la única vía idónea para terminar con el matrimonio es el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes cuya resolución definitiva crea el nuevo estado civil de “separada/o” o “divorciada/o”.

En relación al art. 214, las mencionadas Dras., señalan que analizando los 227 expedientes de divorcio/separación en la ciudad de Córdoba, contenciosos relevados, se puede observar que:

- en un 64% se invocaron causales objetivas (del total de 147 causales objetivas invocadas, el 13% corresponde a objetivas con reserva de inocencia),
- en un 28% se invocaron causales subjetivas,
- en un 4% se invocaron causales objetivas y subjetivas y, por último,
- en un 4% no se explicitó norma legal.

Entre las causales Subjetivas invocadas señalan:

- en un 43% injurias graves,
- en un 36% abandono voluntario y malicioso,
- en un 13% adulterio,
- en un 4% tentativa contra la vida y
- en un 4% no se explicitó la causal subjetiva.

Seguidamente, aún en el Código Civil, y a través de los artículos 217 y 218, se analizan “los efectos del divorcio vincular”. Tal y así lo dispone el Código:

“CAPITULO XIII- De los efectos del divorcio vincular

Art. 217.- La sentencia de divorcio vincular producirá los mismos efectos establecidos para la separación personal en los artículos 206, 207, 208, 209, 210, 211 y 212.

Los cónyuges recuperarán su aptitud nupcial y cesará la vocación hereditaria recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 3574, último párrafo.

Art. 218.- La prestación alimentaria y el derecho de asistencia previsto en los artículos 207, 208 y 209 cesarán en los supuestos en que el beneficiario contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o incurriese en injurias graves contra el otro cónyuge.”

Los mencionados artículos, son citados en el siguiente fallo: “con fecha 15 de julio de 1966, se decreta el divorcio vincular de los cónyuges R-M. ante el Juzgado Mixto de Primera Instancia de la ciudad de Huamantla, Estado de Tlaxala, República de México; y,

finalmente el 9 de agosto de 1994 se dicta respecto de estos, sentencia de divorcio vincular en proceso de conversión en base a lo normado por los arts. 217, 218 y 3574 del Código Civil, causa que tramitó por ante el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Pergamino a cargo entonces del Dr. Pelayo Ariel Labrada.

Según Boggiano (1991, p. 964), se observa en el fallo mencionado, los efectos específicamente relacionados a los aspectos económicos:

“Se debe destacar que, situaciones como las del presente caso, segundo matrimonio celebrado en el extranjero con posterioridad a la disolución en el extranjero de un matrimonio Argentino (comunes durante la vigencia de la ley 2393), dividió a la doctrina y a la jurisprudencia. La ley 23.515, no introdujo normas especiales de derecho transitorio aumentando la complejidad misma que el conflicto presenta, a lo que se suma la no uniforme jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Federal”.

A modo de simplificar, y finalizando el análisis de la cuestión, tres son las corrientes doctrinarias principales sobre el tema en debate. A saber, la que por aplicación de los Arts. 160 y 219 del Código Civil considera al segundo matrimonio extranjero nulo, encontrando entre sus adeptos a Boggiano, Zannoni y a Kaller de Orchansky, mientras que Borda (1994) propicia que estas uniones eran inexistentes, por su parte, Bidart Campos (2005), menciona que : *“La convalidación de matrimonios nulos por supresión en una ley posterior del impedimento originante de la nulidad”*; y por último, la que entiende que el problema se centra en la denominada *"carencia de efectos territoriales"* por ser violatorio del Orden Público Interno, señalada por Belluscio (1976).

Conclusiones Parciales

Vélez Sarsfield, en el Código Civil de la Nación originario, determina los deberes personales de los cónyuges: fidelidad, cohabitación (o convivencia) y asistencia.

La fidelidad, es conceptualizada como un deber conyugal fundamental, recíproco, que supone que los esposos se pertenecen el uno al otro: esto se acentúa por el hecho de que la infidelidad de uno de ellos no autoriza la del otro. Por lo tanto, su incumplimiento autoriza, como se advierte, demandas civiles o criminales por adulterio decía la norma.

Se tiene, en los art. 185 y 187, donde se señalan los deberes de ambos cónyuges respecto de la cohabitación. Al respecto, en ellos se reúnen las obligaciones de cohabitación y de asistencia, estrechamente vinculadas entre sí; a su vez, se confiere al

marido la potestad de fijar el domicilio común, tal que su residencia habitual determina la radicación jurídica de la mujer, no siendo posible admitir la dualidad de domicilios, ni la dislocación del grupo familiar, ni la paridad de condiciones entre ambos esposos para tales efectos.

También, se observa que en ambos preceptos se establece claramente, que la cohabitación es un deber también recíproco, que cada uno de los cónyuges tiene para con el otro, así como el de asistencia.

Es así, que el derecho positivo, dispone un conjunto de derechos y deberes entre los cónyuges, sentando así, las bases a seguir por ellos, en su vida, comunidad de vida, a la cual se accede a través de la celebración del matrimonio, como un acto jurídico.

Ante el incumplimiento de lo señalado, cabe la posibilidad de demandar la separación personal o el divorcio por una causal subjetiva o culpable cuales son las de adulterio e injurias graves (arts. 202, incs. 1° y 4° y art. 214, inc. 1° del Código Civil), lo que a su vez tiene consecuencias favorables para el cónyuge “inocente”.

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, implica cambios y adecuaciones sociales sobre el espectro de derechos y deberes que regirán las relaciones de aquellas personas que decidan iniciar o terminar la vida en pareja.

Se puede observar que, las nuevas disposiciones, regularán como desde siempre las relaciones maritales, no solo durante su vigencia, sino que también preverán efectos para los casos en que los interesados decidan poner fin al matrimonio, pero con mayor énfasis en el desarrollo personal de cada miembro de la familia.

El nuevo Código innova incorporando un Título enteramente dedicado a las “Uniones convivenciales”.

Respecto al divorcio, la reforma gira en torno a cuatro puntos fundamentales, según Lloveras (2009), ya que aduce que la crisis matrimonial se aborda sólo con el divorcio, ya que se elimina la separación personal que rige actualmente. Sólo se puede realizar por vía judicial.

En relación a los derechos y deberes de los cónyuges, el CCCN se mantienen algunos de los que se encuentran enumerados en los arts. 198, 199 y 200 CC. Así vemos que los arts. 431 y 432 del nuevo cuerpo legal contemplan a la cooperación, la convivencia, la fidelidad, la asistencia mutua y los alimentos, modificando el sentido y alcance hacia el desarrollo de la pareja.

Es de vital importancia, el hecho de suprimir el deber jurídico de fidelidad y los efectos de su incumplimiento, ya que se configura como un deber moral y se deja para el fuero interno de la pareja, preservando la libertad de decisión de los individuos.

CAPÍTULO V: SITUACION ACTUAL DEL DIVORCIO

Introducción

Finalmente en el presente capítulo, se arriba a la normativa actual tomando el nuevo Código Civil y Comercial, en lo atinente a la disolución del matrimonio por medio del divorcio (ya no mas denominación vincular) y se analizan las causales, el procedimiento, y los efectos que se producen y se acarrear como consecuencia del divorcio.

Con respecto a los causales, se observan las modificaciones introducidas que luego de un importante transcurso de tiempo, fueran modificándose esencialmente, desde la subordinación de la mujer, la subjetividad en las culpas, la imperativa fidelidad y cohabitación, para dar lugar hoy al desarrollo de la persona humana dentro de un matrimonio, pudiendo cumplir con la norma sin que por ello se vea afectada su libertad su autonomía, su intimidad.

Por otra parte, se analiza el proceso judicial a seguir para acceder a un divorcio dinámico, acordado, que equilibre las diferencias que de él puedan derivar, dando lugar a que cada persona pueda vivir dignamente y ser protagonista de sus propias decisiones.

En igual sentido se estudian los efectos del divorcio, considerando la familia como prioritaria, de modo tal que no se afecten derechos de terceras personas involucradas al término de una relación matrimonial.

Al final del capítulo, se hace un análisis breve que atañe los puntos que resulten más importantes.

V. 1. Disolución del Matrimonio en el Nuevo Código Civil y Comercial vigente

Ubicación del tema: Código Civil y Comercial, sancionado por Ley N° 26994, en octubre de 2014, y con vigencia desde el 1° de agosto de 2015.

Libro segundo, Relaciones de familia

Título 1: Matrimonio

Capítulo 8: Disolución del matrimonio

Sección 1: Causales

Sección 2: Proceso de divorcio

Sección 3: Efectos del divorcio

V. 1. 1. Causales

Machicado (2012), señala que la Disolución del Matrimonio es la conclusión del vínculo personal y económico de los cónyuges.

En el nuevo código desaparecen las causales subjetivas (de separación personal) previstas legalmente que habilitaban la instancia de divorcio, ello significa que la decisión personal libre, voluntaria y consciente, de poner fin a una vida en común, resulta suficiente para petitionar un divorcio en la Justicia.

Valga la salvedad, que cuando se realiza el análisis, no se toma sólo el antiguo art. 213 del código civil (coincidente casi con el art. 435 nuevo) en sus causales objetivas, sino que se hace la relación con las causales que daban lugar anteriormente en el art. 202 y siguientes del derogado cuerpo normativo, y que se las titulaba “de la separación personal”, y que en el capítulo anterior hemos analizado.

El artículo 435, dice:

“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, realizando una comparación con el anterior art. 213, se observa que se modifica el régimen anterior del código, donde se disponía que el fallecimiento presunto producía la disolución matrimonial, sólo cuando el cónyuge supérstite contraía nuevas nupcias por un sistema más simple, de acuerdo al cual la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento produce la disolución del matrimonio, contraiga o no el supérstite nuevo matrimonio. Los otros dos supuestos se mantienen, siendo obvias causas objetivas que motivan la disolución inevitablemente.

Berizonce (2008), señala al respecto, que la norma mantiene las tres causales previstas en el ordenamiento anterior (art. 213). En caso de muerte la disolución del vínculo se produce de pleno derecho; de igual modo, el vínculo se disuelve por esta causal aun cuando se encontraren los cónyuges en proceso de divorcio, el que se extingue por ello.

Agrega a su vez, que producida la muerte de uno de los cónyuges, se actualiza la vocación sucesoria del supérstite. De acuerdo con lo establecido por nuestro ordenamiento sustantivo el cónyuge sobreviviente es llamado a la sucesión de su consorte y tiene reservada una porción legítima de su haber sucesorio.

A su vez, Medina (2011), menciona que la disolución del matrimonio se produce también con la sentencia que declare la ausencia con presunción de fallecimiento, ello implica un cambio, se establecía la disolución con *"el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción fallecimiento"*. Ahora la sola sentencia de ausencia con presunción de fallecimiento extingue el vínculo.

De suma importancia es el hecho, que desde ahora, y sin separación personal existente, el divorcio siempre disuelve el vínculo matrimonial, lo que habilita a los divorciados a volver a casarse, o lo que es mejor a recuperar la aptitud nupcial.

Retomando el análisis de casuales, con la reforma se tiene que el deber de fidelidad queda restringido entonces a lo moral, ante lo cual, Alterini (2014), señala que los deberes morales no son exigibles, son deberes éticos, los exigibles son los jurídicos y generan una sanción.

Pero tomando a Kemelmajer de Carlucci (2014), la jurista agrega que, hay una supresión de la fidelidad como deber jurídico, porque lo que se intenta es pacificar en materia de conflictos. Muchas veces, el juez no es pacificador y se profundiza el conflicto sobre las causas. Por ese motivo, ella considera que existe un nuevo rol del abogado que tiene que trabajar, el de la pacificación.

Completando la idea de los juristas mencionados, Ortemberg (2014), agrega que jurídicamente no habrá obligación ni de fidelidad ni de convivencia en el matrimonio. Por ejemplo, a partir de la reforma, la infidelidad puede llevar a una demanda por daños morales. Pero por fuera del trámite de divorcio, a lo que Kemelmajer de Carlucci (2014) señala que se puede llevar a un juicio por infidelidad ante daños de integridad física o psíquica, pero no por ser infiel. Y Ante ello, Ortemberg (2014), señala que la infidelidad se puede hacer de tal manera que implique un agravio psicológico y de ahí que la víctima haga una demanda por daño moral, pero no dentro del proceso de divorcio.

Retomando, también entre las causales de la disolución de la sociedad conyugal se elimina a la separación personal, regulada en el art. 1306 del CC. Por lo tanto, y de conformidad con el nuevo art. 435 del CCyC, tales causales quedarán reducidas a ya mencionadas: muerte de uno de los cónyuges, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento, divorcio declarado judicialmente.

Como se analizó,, se destaca la eliminación de la necesidad de invocar alguna de las causales taxativas para poder solicitar su declaración judicial (art. 438 del nuevo CCyC). También se suprimen las causales objetivas (como la separación de hecho de más de 3 años), sintéticamente, no hace falta expresión de causa alguna.

Si nos trasladamos al terreno de la Jurisprudencia, el juez César Hernán Ferreyra, titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, Corrientes, decretó el divorcio de una pareja con aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en una causa que se había iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo.

En el caso, una mujer había presentado una demanda de divorcio en abril de 2013, invocando las causales de separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años y adulterio, que estaban previstas en el Código anterior. Según la resolución, quien fuera su cónyuge no había contestado la demanda, declarándosele en rebeldía. Tampoco el demandado había producido prueba. Más de dos años después, en julio de 2015, se dispuso el llamado de autos para sentencia.

En el fallo, firmado el 3 de agosto de 2015, la jueza señaló que el 1° de ese mes había entrado en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la ley 26.994, y que en el caso la mujer había expresado su voluntad de disolver el vínculo matrimonial que lo unía con el demandado, invocando la causal objetiva de separación de hecho y la causal subjetiva de adulterio que le imputaba a quien fuera su esposo.

Para el magistrado, *“en este caso, la actora –en su demanda- solicita se decrete su divorcio vincular. Y eso basta para tornar precedente el divorcio pretendido”*. Es que en el nuevo Código se establece que el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges, y nada dice sobre la obligación de invocar alguna causa.

“No corresponde expedirse en esta sentencia sobre la configuración o no, tanto de la causal objetiva como de la subjetiva de adulterio invocada por la actora en su escrito de demanda. Sobre lo último se puede agregar que al momento de dictar la presente sentencia ya no rige el CC –Código Civil- y, por ende, el art. 235 del mismo que así lo exigía, sino el CCC –Código Civil y Comercial- de aplicación inmediata”, agrega.

En la resolución, el juez señala que conforme al artículo 7° del Código Civil y Comercial el nuevo cuerpo normativo se aplica a partir de su entrada en vigencia a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. *“En nuestro caso la situación jurídica que involucra a las partes es el matrimonio, debiendo decidir en esta sentencia sobre su extinción, lo que debe hacerse con base en la ley vigente al momento de dictarla, es decir, el nuevo CCC –Código Civil y Comercial-.”*

Grosman (2015), afirma que el nuevo CCC se aplica inmediatamente a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes; el matrimonio entre las partes de este

proceso es una situación jurídica existente al momento de entrada en vigencia del CCC, pero no así su extinción, que operará con el dictado de la presente sentencia bajo la vigencia del nuevo ordenamiento; de allí que la sentencia, dictada vigente el nuevo CCC, no deba contener atribución de culpas –ni análisis de los hechos (causales) en los que se la funda– pues el ordenamiento vigente no lo permite, además de quitarle toda relevancia y virtualidad de efectos. Lo mismo respecto del plazo de separación de hecho exigido por el derogado CC. Agrega este Jurista, que sólo hay que acreditar estar casado y manifestar su voluntad de divorciarse. Sumado a la importante jurisprudencia que había declarado, previo a la reforma, la inconstitucionalidad de dicha norma.

V. 1. 2. Proceso de divorcio

Continuando con el análisis, el art. 436, hace referencia específica al proceso de divorcio:

“436. Nulidad de la renuncia. Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito.”

Al respecto, Borda (2012), afirma que en el artículo 436 se establece la nulidad de la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio, disponiendo que el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tendrá por no escrito. Ello es acorde con el criterio adoptado oportunamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que rechazó la demanda de los contrayentes que impugnaban el artículo 230 del C.C, y pretendían acordar que el matrimonio que contraían sería indisoluble.

El presente artículo, estableciendo la nulidad de la renuncia a la facultad de pedir el divorcio, abre la normativa respecto del proceso de divorcio. Con la regulación de sólo el divorcio, se deroga la figura de la separación personal que según el Codificador responde a diversos motivos:

a) la separación tuvo su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual, siendo una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando éste se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de años de divorcio indisoluble;

b) Su escasa aplicación práctica; en los hechos, cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por carecer del plazo mínimo de celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho

sin voluntad de unirse para peticionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral.

Otra modificación, es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. Al respecto, Medina (2011), señala que la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso.

Se observa que se pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial, puesto que la eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. Es así, que de este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio, debido a que los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños.

Así se vislumbra, la magnitud de la transformación del proceso, que se propone en cuanto suprime en su nueva redacción, a la separación personal, en cualquiera de sus formas y también las causas que dan derecho a solicitar el divorcio.

Como consecuencia, desaparece aquella figura, y con ella el instituto de la conversión, y la prevista para los supuestos de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga si tales afecciones impiden la vida en común y de esta manera, el divorcio podrá obtenerse en forma directa.

Continuando con el análisis, el art. 437, señala lo siguiente:

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

Se observa que en la redacción anterior del Código, dos normas aludían a la forma de presentación del divorcio, una el art. 215 que autorizaba la presentación conjunta, transcurridos tres años del matrimonio y con la manifestación al juez de la existencia de causas graves que hacían imposible la vida en común; la otra el art. 229 que señalaba la vía judicial como la única posibilidad para obtener la sentencia que declare la separación personal o el divorcio vincular.

Sin embargo, el Código vigente, dispone que el divorcio se resuelve solo judicialmente, ya sea a petición de parte o de uno sólo de los cónyuges. Cabe señalar que el proyecto ha optado por regular el divorcio sólo por declaración judicial, dejando a un lado

los divorcios administrativos, que en países como, España o Colombia ya se encuentran contemplados.

Al respecto, Vellozo (2015, p. 51), señala:

“La vía judicial sigue siendo la idónea y la única para obtener la sentencia de divorcio, y por ser una acción de carácter personal, solo quienes conforman el matrimonio están legitimados para iniciarla. Se trata de un proceso dispositivo en los que se mantiene la regla de que el juez no puede disponer de oficio su iniciación (principio de demanda), sino la parte privada que cuente con legitimación para ello”.

Así, el divorcio exige cómo única vía la judicial, siempre incausado, y puede ser solicitado de manera conjunta o unilateral.

De esta manera, se puede determinar, que el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, en consecuencia, 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.

Entonces, la vía judicial sigue siendo la única posible para obtener el divorcio, y por ser una acción de carácter personal, sólo quienes conforman el matrimonio están legitimados para iniciarlo. Se trata de un proceso dispositivo en los que se mantiene la regla de que el juez no puede disponer de oficio su iniciación (principio de demanda), sino la parte privada que cuente con legitimación para ello.

Pero además, se da amplia trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, sin depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, ni de la separación previa, ni del cumplimiento de plazos, sólo bastará con la expresión exteriorizada mediante la solicitud respectiva, ya que alcanza con que uno de los esposos no desee continuar con el matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el contrario pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales.

Es importante recalcar, que cada cónyuge debe contar con su propio patrocinio letrado. El hecho de que ambos coincidan en la presentación de un único escrito, para

formular el planteo ante el juez, no significa que no existan intereses contrapuestos. La admisibilidad de un único letrado para la defensa o asesoramiento de ambas partes, pese a que en algunos tribunales es aceptada, resulta contraria a las normas que reglamentan el ejercicio de la profesión de abogado, a las normas procesales, y también a las de índole constitucional.

Por tal motivo, Medina (2011, p. 235), señala que: *“La sentencia de divorcio recaída como resultado de la acción entablada, constituye en sí misma el título de estado de familia que emplaza a los cónyuges en el estado de “divorciados” a partir de que aquella pasa en autoridad de cosa juzgada”*.

Continuando con el análisis, se introduce el art. 438, que dice:

“438. Requisitos y procedimientos 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 del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto por la ley local.”

Lorenzetti (2014), señala que más allá del carácter imperativo que surge de la palabra *“debe”* usada en la norma, la existencia de una propuesta resulta para el legislador de primerísima importancia. Y agrega, que la propuesta en sentido amplio, como manifestación de voluntad de cada cónyuge sobre lo que espera para el futuro en materia de efectos, constituye un elemento central para dar trámite a la petición, sea unilateral o bilateral.

Pero es dable destacar que la parte no solicitante del divorcio no está obligada a expedirse, tal como surge del vocablo *“puede”*, en contraposición con la palabra *“debe”* usada para el peticionante: *“si... por uno solo el otro puede ofrecer...”*.

Ante lo expuesto, Fernández (2012, pp. 1354- 1355), señala que: *“La función es facilitar a los cónyuges un vehículo para manifestar su voluntad en los casos en que exista acuerdo sobre los efectos, la autonomía de la voluntad tiene un papel limitado en estos convenios por las siguientes razones; deben presentarse obligatoriamente, deben atender a todas las materias específicamente señaladas y no pueden violentar los principios de igualdad y libertad que inspiran el régimen matrimonial, además de estar sujeto a control judicial, cuyo resultado final consistirá en su homologación si se ajustan a los mencionados principios o su denegación, si son contrarios a los mismos”*.

Se observa que el procedimiento de divorcio también fue modificado, debido a que exige que junto con la demanda respectiva, se adjunte una propuesta de “convenio regulador” de todos los efectos derivados del divorcio. Se trata de una propuesta de acuerdo relativo a varias de las cuestiones derivadas del divorcio, como ser, la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; el ejercicio de la responsabilidad parental, y la prestación alimentaria. Tal es la importancia de este requisito y la oportunidad procesal de su presentación, que su omisión impedirá dar trámite a la petición. A su vez, en clara defensa de la celeridad procesal, en caso de no existir coincidencia en los términos del convenio regulador, tal desacuerdo no suspenderá el dictado de la sentencia de divorcio.

Por su parte, Villagrasa (2011), señala los caracteres del convenio regulador:

- *Es condicional: Todo convenio regulador constituye un acto condicional, ya que su nacimiento depende de dos condiciones suspensivas, como lo son el que se produzca efectivamente el divorcio o separación y que el juez autorice el acto.*
- *Es Esencialmente precario: Este negocio jurídico es esencialmente precario. De esta forma puede ser solicitada su modificación en cualquier momento, sobre todo si su actual ejecución pudiere perjudicar al menor.*
- *Es revocable: Para un sector de la doctrina española el convenio es revocable mientras no haya sido homologado, para otros en cambio la capacidad de revocación es hasta la aceptación de la propuesta, después constituye un acuerdo de voluntades que solo puede modificarse si cambian las circunstancias.*
- *Es limitado: La autonomía de la voluntad para suscribir el convenio regulador se encuentra doblemente limitada. Por una parte se encuentra limitada por el principio de igualdad de los cónyuges y por las limitaciones que establece el propio código sobre los derechos intransmisibles, indisponibles, irrenunciables e*

indelegables como el derecho sobre alimentos futuros o como en lo que respecta a la autoridad parental. Al respecto, se debe aclarar que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada porque estos convenios deben regular obligatoriamente los aspectos establecidos por la ley y no se los puede ejecutar hasta que no se haya homologado judicialmente.

Retomando a Fernández (2012, pp. 1354-1355), el autor hace mención a la capacidad para celebrar el convenio regulador, señalando que en cuanto a la capacidad para suscribir el convenio regulador, la tendrán los cónyuges mayores de edad. Si se trata de un menor emancipado por matrimonio no puede hacer donación de los bienes que hubiese recibido a título gratuito ni afianzar obligaciones y aclara que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

En total consonancia con la necesidad de diferenciar, el vínculo matrimonial en sí de los efectos o consecuencias que se derivan de su ruptura, se dispone de manera expresa, que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio; en este caso, quedarán pendientes de resolución judicial en trámite incidental aquellas cuestiones sobre los cuales no se hayan arribado a un acuerdo con total independencia de la disolución del matrimonio por el divorcio.

Se elimina todo plazo de espera, desde la celebración de las nupcias, o de la separación de hecho para la tramitación del divorcio. Esta postura legislativa también se funda en la necesidad de evitar intromisiones estatales irrazonables en el ámbito de intimidad de los cónyuges.

De esta manera, se observa que las modificaciones de fondo mencionadas producen transformaciones en el plano procedimental. En efecto, se flexibiliza el proceso suprimiéndose varias de las reglas que prevé el Código Civil en el artículo 236, entre otras, las facultades judiciales de conciliación y la doble audiencia en un plazo de tiempo determinado. No se establecen reglas específicas de carácter procedimental, siendo esta materia propia de los códigos locales.

De esta manera, se establece un procedimiento de divorcio muy sencillo, a pedido de uno o de ambos cónyuges, con el único requisito de la presentación de un convenio regulador de los efectos del divorcio o de una propuesta de convenio cuando el pedido es unilateral. Si ambos están de acuerdo, presentarán directamente el convenio regulador; en caso contrario, deben presentar una propuesta de convenio. Podría ocurrir que acuerden algunos de los temas, pero no otros: en este caso, es posible formular un acuerdo regulador

respecto de los temas que han consensuado y una propuesta respecto de los demás. Se prioriza, de este modo, el convenio que realicen directamente los esposos como forma de solucionar los temas que los vinculan luego de la ruptura matrimonial.

El acuerdo tiene un elevadísimo significado y trascendencia, sobre todo en el ámbito del derecho de familia, ya que son solo las partes implicadas quienes conocen sus verdaderas necesidades, posibilidades y circunstancias. Y toda vez que serán mayormente los hijos y las familias extensas de ambas partes quienes vayan a sufrir las consecuencias del divorcio, será siempre mucho más fácil cumplir con las medidas que las partes implicadas hayan estipulado de mutuo acuerdo, que las impuestas de modo compulsivo por el juez.

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.

Por lo tanto, aun en caso de no llegar a consensuar todos los temas, no se podrá utilizar como herramienta de negociación el trámite del divorcio controvertido con la consiguiente obligación alimentaria para el culpable (art. 207 CC), así como tampoco la atribución del hogar ligada a la declaración de inocencia (art. 211 CC). Los abogados deberán utilizar herramientas provenientes de la mediación y la interdisciplina para procurar lograr acuerdos, ya que en lo que se pone especial énfasis en la nueva regulación es en el convenio que puedan libremente realizar los esposos.

También se ha readecuado el rol del juez en el proceso de divorcio. Ya no deberá valorar las causas que llevaron a las partes a divorciarse e intentar reconciliarlas; una función que últimamente, y como consecuencia de los cambios en la familia y el desarrollo de la autonomía de la voluntad, se le hacía muy dificultosa, además de resultar injustificada y violatoria de la intimidad y autonomía de las partes.

Es así, que su función ha quedado circunscripta al control de legalidad del pacto, o cuando los cónyuges no hayan acordado, a procurar una conciliación en la audiencia que se fija al respecto, con el fin de que arriben a un acuerdo; y en ese caso, lo homologará. Si aun así, es imposible que las partes acuerden, la función del juez será resolver las incidencias que planteen.

De esta manera, se aclara que la intervención judicial se reduce a la homologación o convalidación de lo acordado por las partes, en total respeto por la autonomía de la

voluntad, siempre que el acuerdo no sea lesivo a los intereses de los hijos menores o incapaces, o de uno de los cónyuges.

Podría darse el caso de que los cónyuges se encuentren separados de hecho y hayan solicitado la homologación de un acuerdo respecto de los efectos de esa separación en forma previa a la demanda de divorcio. En tal caso, junto con el pedido de divorcio, podrán ratificar las condiciones del acuerdo suscripto con anterioridad, si es que no ha existido una alteración de las circunstancias y quieren mantener enteramente su contenido, o bien pueden modificar las cláusulas que consideren convenientes. También en este último caso, y a falta de acuerdo entre los esposos, podrá uno de ellos presentar una propuesta de modificación del acuerdo, la que deberá ponerse en conocimiento del otro cónyuge. En estos casos, debe tenerse por cumplido el requisito de admisibilidad del pedido de divorcio.

También, en ese caso se establece que las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En el caso de que el divorcio sea solicitado por uno de los cónyuges, el mismo deberá presentar la propuesta de acuerdo regulador, teniendo la otra parte la posibilidad de presentar una propuesta distinta. El peticionante debe acompañar los elementos en los que se funda y como la norma no especifica que 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.

Así, el juez deberá dar traslado de la propuesta a los fines de que preste conformidad o presente otra propuesta de acuerdo. En este último caso, la otra parte también deberá adjuntar los elementos en que se funde. Puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros elementos que se estiman pertinentes. Ambas propuestas van a ser evaluadas por el mismo en la audiencia a la que deben concurrir los cónyuges.

La referida audiencia, debe ser convocada en todos los casos con el único y claro objetivo de tratar las cuestiones referidas a las propuestas, es decir, a las consecuencias que el divorcio traerá a la familia.

En el caso de que la propuesta haya sido consensuada por las partes, el juez sólo 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.

En el caso de que ambas partes realicen el pedido de divorcio, podrán acordar todos los temas y presentar conjuntamente el convenio regulador. Esta es la situación deseable:

aquella en la que el rol del juez sea únicamente verificar en la audiencia que no se perjudica el interés familiar en ninguna de las cláusulas del convenio. Pero podría suceder que las partes pidan el divorcio en forma conjunta pero que no acuerden en las consecuencias. 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. Solo cuando no fuera posible el pacto, se deberá dictar una resolución que imponga las medidas que se requieren para cada caso.

En el supuesto que los dos cónyuges estuvieran de acuerdo, pueden solicitar el divorcio en forma conjunta.

Medina (2011), señala que si del análisis de los intereses en juego, el juez considera que se encuentran vulnerados los derechos de uno de los cónyuges, o el de sus hijos, puede rechazar el pedido de homologación y las cuestiones pendientes deberán ser tramitadas de conformidad con el procedimiento previsto en la ley tal como indica el nuevo artículo 438.

No es posible dejar de estudiar y analizar la novedad que trae la reforma del Código Civil y Comercial en la materia del convenio regular y todas sus características y posibles situaciones que se presenten, siendo además su importancia tal, que no sólo es en relación al proceso de divorcio, sino también al punto siguiente del capítulo que son los efectos que derivan del divorcio.

Continuando en estudio, se toman algunos juristas, como Kemelmajer de Carlucci (2015, p. 5), que sostiene que: *“no hay una obligación de pactar, pero sí una carga de presentar una propuesta”*. Sin embargo para otros comentaristas, esta carga es igual para ambas partes. Así lo expresa Kielmanovich (2015), cuando se muestra partidario de que el traslado al requerido le impone la carga de pronunciarse sobre las propuestas: *“a nuestro juicio bajo expreso apercibimiento de que en caso de silencio se lo podrá tener por conforme con la presentada—, la cual podrá aceptar total o parcialmente u ofrecer a su turno una propia”*

Lo que por ahora resulta muy discutido es la forma en la que se llevará a cabo este procedimiento. Y, en particular, las dificultades que presenta la obligatoriedad de la propuesta por escrito. Se supone que si el divorcio fuera unilateral, la otra parte desconocerá la presentación hasta que tome vista o sea anoticiada del proceso. Y por ende, se supone también que el anoticiamiento de la existencia de una petición unilateral de divorcio, incluirá la toma de razón de la propuesta escrita obligatoria.

La ley no es muy específica respecto de los momentos en los que ocurrirá dicho anoticiamiento, ni sobre su forma que estimo será mediante notificación por cédula u otro medio fehaciente. El tema no es menor, como se verá más adelante, porque una de las cuestiones a dilucidar es si la petición de divorcio y la propuesta obligatoria puede considerarse una demanda, lo que ciertamente influirá en la forma de notificación y en la carga procesal de una respuesta. Ante esto, Kielmanovich (2015), señala que la notificación del traslado de la petición al otro cónyuge del pedido de divorcio y de la propuesta se efectuará por cédula o por medio equivalente, o en su caso, por edicto y en la forma que contempla el artículo 139 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es decir, bajo sobre cerrado en el que se detallará su contenido y las copias o documentos que se acompañan, observando además a nuestro criterio, los mismos recaudos que atañen a la notificación de la demanda, particularmente, en lo que respecta a la obligación de dejar el “*aviso*” del artículo 339 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, teniendo en cuenta las graves consecuencias que se derivan de la incomparecencia en cuanto a la disolución del vínculo y de todo cuanto hace al marco regulador de los efectos del divorcio.

Además, el art. 438, expresa que las propuestas deben ser evaluadas por el juez debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. Tampoco queda aclarado si la convocatoria a la audiencia es el paso que sigue a la presentación de la propuesta por parte de la requerida. O tan sólo con la presentación del actor es que se pone en marcha el proceso, y es en la misma audiencia donde la requerida se enterará de la existencia de la propuesta de la otra parte y por ende tendrá un plazo para analizarla y en su caso formular una contrapropuesta.

El uso en plural de la palabra “propuestas” podría estar indicando que la audiencia se convocará luego de presentada la propuesta de la parte requirente y en su caso también la de la parte requerida, lo que abre un interrogante serio en cuanto a la continuación del proceso, para el caso de que esta última no quiera presentarse ni contestar ni proponer. ¿El silencio de la parte requerida implica conformidad con la propuesta efectuada por el actor? ¿Habrá una suerte de “rebeldía” para quien no se presente? ¿Habrá algún tipo de apercibimiento?

A fin de dar una respuesta a los interrogantes planteados, algunos de los co autores de la reforma se han pronunciado por la hipótesis más razonable. Es decir, de que la audiencia tenga lugar luego de manifestadas por escrito ambas partes. Ante ello, Lloveras (2014, p. 394), señala:

“El juez dará traslado de la propuesta a la otra parte a los fines de que preste conformidad o presente otra propuesta... ambas propuestas van a ser evaluadas por el juez en la audiencia a la que deben concurrir los cónyuges”.

No se dice nada respecto a la posibilidad de concurrir a esa audiencia por apoderado. Aunque, dado el hincapié hecho en la exposición de motivos respecto del ideal de que sean las partes en primera instancia las que arriben al acuerdo, estimo que la exigencia de presencia personal de las partes será lo que finalmente se adoptará como norma. De la misma manera que la asistencia estrictamente personal a la primera de las dos audiencias era establecida por el art. 236 del Código Civil. Ello sin perder de vista que la audiencia a la que se refiere el nuevo art. 438 difiere completamente en su concepción del comparendo exigido por el 236 para la presentación conjunta, ya que, en ese caso, lo que se pretendía era indagar las razones por las cuales se solicitaba el divorcio y con el nuevo régimen no hará falta esgrimir ningún motivo.

Es así, que Kemelmajer, Herrera y Lloveras (2014, p. 393), afirman que:

“Coincido con el criterio de la exigencia de un comparendo personal, aunque la situación proponga a su vez otros inconvenientes, cuando alguna de las partes no vive en el país o cuando quien pretende el divorcio desconozca el paradero del otro. Pero ninguna de estas dificultades resulta novedosa respecto de la situación del divorcio anterior, por lo que las soluciones procesales a aplicar serán básicamente las mismas”.

Tampoco se aclara específicamente, pero parece bastante obvio siguiendo un razonamiento lógico, que si las partes se presentan juntamente con una propuesta consensuada y totalizadora de los tópicos que marca el art. 439, o bien corrido el traslado a la requerida ésta manifiesta su total acuerdo con la propuesta, no se fijará audiencia alguna y el juez previa verificación del alcance de lo convenido y afectación del interés familiar, procederá sin más trámite a dictar la sentencia de divorcio y homologación de los convenios.

La posibilidad de que el juez no homologue lo convenido por estar comprometido el interés familiar no es una novedad, ya que ello también podía ocurrir en el marco del art. 236 de la ley 23.515. Por ello, Lorenzetti (2015, p. 393), señala que:

“El juez deberá tener una perspectiva sistémica e integral para rechazar o no homologar un convenio o algunas estipulaciones en particular, como lo hacía el art. 236 anterior, y otro límites que los jueces deben verificar es el respeto de los

principios generales enunciados en los arts. 9, 10, 12 referidos a la buena fe, abuso de derecho y orden público”.

Esta operatoria de propuesta-traslado contrapropuesta, nos hace concluir que quien sea requerido contará con la ventaja en su caso de hacer la suya, conociendo el alcance y los términos del otro. La cuestión no es menor, ya que el solicitante del divorcio deberá poner por escrito un plan que será conocido y muchas veces cuestionado por el otro, quien trabajará sobre esa base, en la confección de una contrapropuesta. Se dirá que esto ni más ni menos es lo que ocurre en todo proceso contencioso donde hay una demanda que fija la posición del actor y una contestación de demanda de quien, si no reconviene, se quedará con la última palabra. Pero no puede equipararse la situación de una contienda jurídica declarada, con lo que pretende ser una instancia previa de mediación a la que invita la ley amablemente.

La experiencia indica, según Kemelmajer (2014), que quien propone dar algo, siempre lo presenta como un plan de máxima, y quien contesta o contra propone, toma por lo general lo ofrecido como una posición de mínima y exige a su vez una propuesta superadora. Esto es, en todo caso, la esencia de cualquier negociación y no tendría que sorprendernos demasiado que cada parte planee su estrategia buscando su mejor interés. Es así la naturaleza humana y se supone que el divorcio presupone un conflicto subyacente, lo que muchas veces hace que las negociaciones no resulten muy apacibles.

Añade la jurista, que lo que sí sorprende y dificulta el trámite de los futuros divorcios es esta obligatoriedad de realizar las propuestas por escrito. Aquí parecería que la nueva ley pretende imponer y aplicar un régimen en aras de una pretendida autonomía de la voluntad que no es tal. Y pecando de cierta inocencia al suponer que el cambio de terminología o la supresión de las culpas operará automáticamente como un bálsamo entre las partes en conflicto, lanza un procedimiento que, a mi criterio, conspirará contra la sana política que privilegia los acuerdos por sobre los pleitos.

Kemelmajer (2014), continúa, y señala que los fundamentos de la reforma, destacan el valor pedagógico de la ley y algunos autores han mencionado la labor de acercamiento que llevan adelante los abogados con gran insumo de tiempo para arribar a un acuerdo parcial o total. Y es un acto de justicia destacar esta labor que los abogados y operadores en el derecho de familia llevan a cabo, mucho antes de que se sancione esta ley. Como así también resulta indiscutible el valor o la preferencia de que sean los cónyuges o protagonistas de la ruptura matrimonial quienes puedan arribar a un acuerdo sobre los diferentes efectos que se derivaran de este cambio en sus vidas.

Estos temas a consensuar han sido y serán los mismos que antes de la nueva ley.

Lo que destacan entonces es que la nueva formulación que surge del art. 438 con la obligatoriedad de presentar “*ab initio*” la propuesta escrita, enrarecerá el ámbito de la mediación, dando lugar a un universo de propuestas insinceras con tal de cumplir formalmente con el requisito legal de ese artículo y hacer avanzar inexorablemente la petición del divorcio.

Por ello, Solari (2015), señala que la obligatoriedad llevaría al absurdo de que cada cónyuge efectúe una propuesta reguladora simbólica solamente para cumplir con un requisito legalmente impuesto.

Por otra parte, cuando se exige además de que las partes acompañen los elementos en los que fundan su propuesta, que el juez de oficio o a petición de parte pueda ordenar que se incorporen otros, se abren nuevos cuestionamientos referidos a si tal forma de proceder se asemeja a los planteos que se esgrimen en una demanda. O de si la frase “*acompañar los elementos en los que se funde*”, tiene o no el aspecto de un ofrecimiento de prueba. Así, Kielmanovich (2015), señala que viene al caso señalar que estos “elementos” son, a nuestro juicio, los documentos en los que los peticionantes fundan el contenido de la propuesta, v.gr. escrituras, constancias de depósitos bancarios, recibos de sueldos, etc., y no la prueba concerniente a los hechos en los que las partes habrán o habrían de sostener sus derechos para, o en el caso de, no mediar aceptación de aquélla, vale decir que no se trata de una peculiar carga de ofrecimiento de prueba “*in omnen eventum*”

Y de si la ampliación del juez de oficio o a pedido justificado en lo que procesalmente se denomina como medida para mejor proveer, previa a una sentencia, no significa un avance inconstitucional sobre los derechos de aquel a quien se le exigen determinadas acreditaciones en una fase de mediación. Se aclara al respecto, que este aspecto ya fue discutido en el marco de las mediaciones ante los Consejeros de Familia en la Provincia de Buenos Aires, y se han formulado diversos planteos de inconstitucionalidad, frente a la exigencia de que a la primera audiencia de etapa previa, el requerido por alimentos concurriera con su recibo de sueldo.

El artículo 438, termina diciendo que las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez, de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local. Entonces, la pregunta inmediata para hacerse sería: ¿resueltas dónde, en qué oportunidad y con qué elementos?

La frase “*deberán ser resueltos*”, con relación a los desacuerdos a los que alude el final del art 428, implica que la ley da por sentada la existencia de uno o más planteos ya efectuados y se está refiriendo a esos planteos controvertidos y no a otros. Por lo tanto, esta formulación leída literalmente daría la idea de que, para la ley, la propuesta se asemeja bastante a una demanda y continuando con esta línea hipotética, una primera posibilidad sería que el juez resolviera luego de la audiencia tomando en cuenta las propuestas de cada parte, la documentación que se hubiera acompañado o la que él mismo hubiera exigido.

En este último caso, ¿qué valor tendrán los hechos, argumentos y hasta las pruebas esgrimidas en la propuesta? Ante este interrogante, Medina y Rivero (2014, p. 77), afirman que:

“Cada uno deberá acompañar los elementos en que se funda, lo que significa el aporte de la prueba que haga a su derecho: documental en su poder o en poder de terceros, informativa, pericial etc. e incluso presunciones que si bien no son una prueba, constituyen elementos útiles para la apreciación de aquellas. Por ejemplo: el reconocimiento espontáneo de hechos o de bienes que pudiera hacer alguno de los cónyuges en el proceso que, aunque no pueda bastar como prueba suficiente, válidamente podrá corroborar otra”.

Por todo lo expuesto, se observa que en la normativa analizada hay ciertamente un desequilibrio entre la obligatoriedad para el actor de explicitar su propuesta y la vaguedad con la que se trata la posición del requerido que se encontraría mucho más libre para actuar. Por lo tanto, podría pensarse que este agravamiento de la posición del peticionante es una forma indirecta de evitar apresuramientos al tiempo de requerir el divorcio, una suerte de llamado a la responsabilidad del promotor de la ruptura familiar. Es decir que un divorcio acordado en todas sus cuestiones conexas mantiene la puerta abierta para nuevos planteos, lo que configura una novedad y una mayor flexibilidad que la que presentan los divorcios actualmente vigentes.

V. 1. 3. Efectos del divorcio

En este apartado, se analizan los efectos actuales, que como consecuencia del divorcio deberán acarrear las partes involucradas, siendo uno de los puntos más controvertidos para acordar, dado que los intereses de unos se contraponen a los intereses de los otros, aquí la justicia viene a marcar el equilibrio respectivo, y para lo cual se toma lo normado al respecto en el Nuevo Código Civil y Comercial.

La Sección 3, del Capítulo 8 que se viene tratando, y que se titula “Efectos del divorcio” consta de: dos artículos referidos al “convenio regulador y su contenido (439)” su “eficacia y modificación (440)”;

luego trata en otros dos artículos, sobre la importante y novedosa regulación de la “compensación económica (441)” y su “fijación judicial (442)”;

y finalmente en tres artículos de vital importancia, se refiere a la “atribución del uso de la vivienda familiar (443)” “efectos de la atribución (444)”, y concluye con el “cese de el derecho de atribución del uso de la vivienda familiar (445)”;

quedando de este modo cerrado el Título 1 del Libro Segundo del nuevo cuerpo normativo.

Seguidamente, se analizan los artículos mencionados. Así es que vamos el artículo:

“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 7 de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Presentada la demanda, según el código anteriormente vigente, el juez llamaba a una audiencia para oír a las partes y procurar conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes eran de carácter reservado y no constaban en el acta. Si los cónyuges no comparecían personalmente, el pedido no tenía efecto alguno, pero si la conciliación no era posible el juez convocaba a las partes a una segunda audiencia entre los dos y tres meses. Si tampoco allí había conciliación, el juez podía decretar la separación judicial o el divorcio, si los motivos aducidos por las partes eran suficientemente graves, y la sentencia se limitaba a expresar que dichos motivos hacían imposible la vida en común.

El hoy denominado convenio regulador, analizado ampliamente en puntos anteriores, se describe en este artículo, al sistematizarse los efectos del divorcio. De forma similar a como lo contemplaba el antiguo art. 236 del Código Civil, las cuestiones que se tratan son las relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, el ejercicio de la responsabilidad parental, y la prestación alimentaria.

Si la propuesta es presentada individualmente se correrá traslado a la contraria quien, a su vez, podrá esbozar una contrapropuesta.

Cada uno deberá acompañar los elementos en que se funda, lo que significa el aporte de la prueba que haga a su derecho: documental en su poder, o en poder de terceros, informativa, pericial, etc., e incluso presunciones, que si bien no son una prueba, constituyen elementos útiles para la apreciación de aquélla.

Por ejemplo, el reconocimiento espontáneo de hechos o de bienes que pudiere hacer uno de los cónyuges en el proceso, que, aunque pueda no bastar como prueba suficiente, válidamente podrá corroborar otras, o incluso, vigorizar presunciones que resultan de las circunstancias del caso.

El juez está facultado para ordenar, de oficio que se incorporen otros elementos que estime pertinentes. Por eso, Berizonce (2011), señala que es importante destacar que la posición "activa" del juez respecto de las pruebas no es incompatible con la preservación de su imparcialidad; ya que cuando se determina oficiosamente la realización de una prueba, no puede prever con seguridad a cuál de los litigantes le será favorable el éxito de la diligencia. Encuentra, además, justificación en el propio fin público del proceso; el pronunciamiento de una decisión intrínsecamente justa.

También se prevé, la posibilidad de que el juez exija al obligado que otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio (art. 440), y está contemplada, incluso, la eventual revisión del acuerdo si la situación se modifica sustancialmente.

En todos los supuestos, aun existiendo conformidad entre los cónyuges respecto a cada una de las cuestiones llevadas a la justicia, la audiencia ante el juez aparece como un requisito ineludible, y la presencia del magistrado como inexcusable, además de necesaria.

Recién luego de la celebración de la audiencia prevista por el art. 438 podrá ser decidida la contienda. Recordemos que el desacuerdo en el convenio, en ningún caso suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Uno de los aspectos que ha de tener en cuenta el magistrado en el análisis del convenio, presentado para su homologación, es que éste no perjudique, de modo manifiesto, los intereses de los integrantes del grupo familiar. Es decir que si del análisis de los intereses en juego el juez considera que se encuentran vulnerados los derechos de uno de los cónyuges, o el de sus hijos, podrá rechazar el pedido de homologación y resolver de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local. En caso de desacuerdo será él quien decida la contienda.

Con respecto a la audiencia señalada en el artículo, esta es la única que marca el nuevo procedimiento, su fin no es, en principio, el de procurar la conciliación entre los

cónyuges, cuyo propósito sí estaba contemplado en el art. 236 del anterior Código Civil, para los casos de separación personal o divorcio por presentación conjunta, sino el de generar el auspicio de soluciones autocompuestas por las propias partes, al efecto de lograr acuerdos relacionados con los temas conexos al divorcio, y que enmarcan la conflictiva familiar en su conjunto.

También se debe aclarar, que las cuestiones sobre las que no haya conformidad de las partes siempre se resolverán, con total independencia de la sentencia que decreta el divorcio.

Además de ésta audiencia, cada sistema procesal tiene a su vez previsiones específicas. Sin olvidar la presunción de coherencia que reina en el sistema normativo, la interpretación debe efectuarse de tal manera que las normas armonicen entre sí, y que no produzcan choques, o pugnas entre ellas.

A continuación, a modo de ejemplo se desarrolla un proceso, respecto de la audiencia:

“El proceso se caracteriza, esencialmente, por la existencia de dos etapas.

La etapa previa o conciliatoria, a cargo del Consejero de Familia y la etapa de conocimiento, que es la contenciosa, propiamente dicha, dirigida por el juez titular de la dependencia; por el presidente del tribunal o por el juez de trámite, según el caso.

Tanto la estructura colegiada como la unipersonal, comparten, en igualdad de condiciones, los principios de: oralidad e inmediación, concentración, celeridad y economía procesal; que se consagran en la etapa de conocimiento, especialmente a través de la celebración de las audiencias: preliminar, de vista de causa, y de concentración de prueba (prevista para los incidentes) donde la presencia del magistrado resulta de acentuada importancia.

Para iniciar la etapa previa solo debe acompañarse la planilla o "solicitud de trámite", completada con los datos pertinentes, y la documentación que acredite los vínculos invocados, debe estar firmada por el interesado y su letrado. (Si bien el art. 829 del CPCC autoriza en casos de urgencia la presentación de la solicitud sin patrocinio letrado, a la hora de celebrarse la audiencia, será menester contar con el debido asesoramiento legal, conforme lo contemplan los arts. 92, 93, 94 y 95 de la ley 5177).

Según el art. 828 2a parte del CPCC, serán radicados directamente ante el tribunal/ juez los asuntos que no admiten demora o aquellos que por su especial

naturaleza, resulte improcedente la etapa previa, en ambos casos deberá mediar resolución del juez de trámite en tal sentido.

A su vez indica el art. 838 del CPCC, salvo los procesos que tienen un trámite especial en cuanto a sus formas, los demás se regirán por las disposiciones del proceso plenario abreviado, sumario, el juez tiene facultades para cambiar el tipo de proceso.

Respecto al divorcio y separación personal, promovidos en los términos del art. 205 y 215 del Código Civil derogado, establece la norma que tramitan íntegramente ante uno de los jueces del tribunal que se designe por sorteo, quien dictará sentencia definitiva con reconsideración ante aquél.

Si se trata un juzgado, se radicará directamente ante el juez titular y tendrá apelación ante la Cámara, por el momento, Civil y Comercial, del Departamento Judicial que corresponda.

En relación a las audiencias, existe necesidad de asegurar la identidad entre el juez que asume la prueba, con aquél que decide la causa, con las ventajas derivadas de la mayor inmediación y concentración. También será él quien lleve las causas que de este juicio se deriven, por ejemplo: la ejecución de un acuerdo homologado en el divorcio, sea de carácter patrimonial o extrapatrimonial, su inscripción, o su ejecución; las incidencias que deriven de aquél, etc.

Dibujado a grandes trazos el mapa procesal de la Provincia de Buenos Aires, interesa analizar de qué manera se introduce el proceso de divorcio presentado unilateralmente y como lo hace aquél que se realiza en forma conjunta.

- *El divorcio presentado en forma conjunta y con acuerdo*

Siguiendo los lineamientos del art. 827 del CPCC, de haber conformidad de las partes en la presentación del divorcio y en el acuerdo que contemple sus efectos, debe darse directa intervención al magistrado correspondiente, quien convocará a los cónyuges a una audiencia, ahora, la que prevé el 438.

Esta única audiencia que marca el procedimiento será suficiente, en este caso, para el dictado de la sentencia y la homologación de los acuerdos, previo análisis que el magistrado realizará en los términos del último párrafo del artículo.

En cuanto al efecto retroactivo de la sentencia, habrá que distinguir el supuesto de régimen de comunidad, del de separación judicial de bienes. En el primero de los casos

resultará aplicable el art. 480, y en el segundo el establecido en los arts. 505, 506, 507 y 508.

- *El divorcio presentado en forma conjunta y sin acuerdo*

Una nueva variable a contemplar, es que los cónyuges se hayan puesto de acuerdo en presentar la demanda, pero tengan pendientes determinadas cuestiones a las que alude el art. 439 del Código, relacionadas con los efectos que produce el divorcio.

Entendemos que en este caso la acción de divorcio debe tramitar directamente frente al juez que resulte sorteado en los términos del art. 827 del CPCC, o frente al titular del juzgado (etapa de conocimiento), pero haciéndose referencia, en la presentación que se efectuó, de cuáles puntos o aspectos de la conflictiva familiar pretenden sean incluidos en la negociación y sobre cuáles de ellos no hay total acuerdo, a fin de dar cumplimiento con la exigencia del art. 438 del Código. El juez, al igual que en el caso anterior, celebrará la audiencia prevista, y aún en el supuesto de no conseguirse el acuerdo dictará la sentencia de divorcio.

Mientras tanto el Consejero de Familia trabajará con los cónyuges en la etapa previa (art. 829 del CPCC), convocándolos a las audiencias que considere necesarias para lograr el convenio. Si lo consiguere, labrará acta circunstanciada y pasarán las actuaciones a la etapa de conocimiento para que el juez, de considerarlo, lo homologue (art. 835 del CPCC).

De no lograrse la conciliación, el consejero dejará constancia de ello y de la conducta de las partes durante esta etapa. Cualquiera de los interesados podrá petitionar se dé por concluida la etapa, y se entregarán las actuaciones, con su opinión al juez de trámite (art. 836 del CPCC), quien resolverá acerca de la continuación o no de la etapa, en decisión inimpugnable. Concluida, quedarán expeditas para las partes las acciones que le correspondan.

En este supuesto, se presentan un sinnúmero de posibilidades. Puede ocurrir que las partes hayan alcanzado acuerdos respecto a la división de los bienes o la tenencia de los niños, y éstos puedan ser homologados, pero que reste sólo el tema alimentario. Será entonces este proceso el único que tenga que tramitar por la vía y forma que corresponde (trámite especial). O bien, que haya consenso en otros puntos y sólo quede pendiente la liquidación de los bienes, etc.

Conforme lo indica el art. 838 del CPCC, se regirá por las disposiciones del proceso plenario abreviado, sumario.

- *El divorcio presentado unilateralmente*

Si el divorcio es presentado por uno solo de los cónyuges, debe darse el trámite de la etapa previa, tal como ocurre en la actualidad. Para lo que se requerirá completar, sólo, la planilla de trámite, acompañar el certificado que acredite el vínculo, y también el convenio regulador que propone respecto a los temas relacionados con el quiebre matrimonial. Tales como vivienda, tenencia y régimen de visitas de los hijos, alimentos, o el que considere conveniente el peticionante.

El Consejero de Familia convoca a las partes junto a sus letrados a una o más audiencias (conforme art. 835 CPCC), que brindan oportunidad para el debate, a fin de intentar la mayor cantidad de acuerdos. Luego, se repetirá el trámite que ya fue descripto.

- *Del divorcio incausado y sin plazos*

La alta pretensión por el respeto a la autonomía de la voluntad, que brinda la nueva norma, repercutirá en todos los miembros de la familia, sea cual fuere su composición. Porque supone una nueva gradación de valores, principios y derechos. Se persigue propender al arribo de acuerdos y a un divorcio incausado que ayude a mantener la armonía familiar.

Acentuar la problemática entre los progenitores, especialmente en lo que hacía al divorcio sanción, implicaba también agudizar los conflictos de la pareja en su relación como padres, la confrontación perjudicaba su relación hacia el futuro, sobre todo cuando hay hijos habidos de dicha unión.

Este nuevo sistema, tiene como vértice a la persona humana, y al humanismo como valor supremo. La conciliación y la prevención adquieren una importancia que merece ser reconocida, y hacen cierto el mandamiento de una justicia continua y efectiva.

Así, en el vínculo matrimonial se parte de una comunidad de vida en la que se entremezclan comportamientos cuyos respectivos orígenes son de muy difícil identificación; a lo que se suma el problema que el hallazgo de la verdad tiene en el terreno del juicio civil, en tanto ésta depende de la prueba a rendirse; del acierto en su ofrecimiento y la diligencia en su producción.

El nuevo divorcio, que elimina todo juicio de reproche, y toda imputación de un cónyuge hacia el otro de conductas culpables tipificadas, también borra todo tipo de plazo de espera así como la expresión de motivos que puedan subordinarlo. Resulta suficiente la mera exteriorización de su voluntad en tal sentido, y el acompañamiento de una fórmula que contemple "los efectos del divorcio".

Desde otro aspecto, elimina la dificultad que siempre tiene el juzgador en la determinación, con cierto grado de certeza, de quién fue el verdadero responsable del

fracaso matrimonial, si es que lo hubo, evitándose en definitiva la deshumanización de los protagonistas de la conflictiva familiar.

En síntesis, se realiza una nueva valoración, contemporánea, de lo que debe constituir el contenido del orden público matrimonial. Postura legislativa que se funda, conforme resulta de los fundamentos del nuevo Código, en la necesidad de evitar intromisiones estatales irrazonables en el ámbito de intimidad de los cónyuges.

Brinda una plena autonomía y libertad al individuo cuando ya no desea seguir vinculado matrimonialmente a su compañero.

A continuación, el art. 440, determina la eficacia y modificación del convenio regulador.

“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.”

La posibilidad que otorga este primer párrafo constituye una herramienta para garantizar el cumplimiento del convenio. Faculta al magistrado a exigir garantía real o personal para la aprobación de aquél, y está dirigida a la parte que se considere más fuerte en la relación jurídico-matrimonial. Será la jurisprudencia la que, en definitiva, vaya trazando el camino hacia lo que en el futuro será la práctica cotidiana.

En cuanto al segundo apartado, se debe considerar que siempre que se habla de revisión judicial debemos hacer alusión a la autoridad de cosa juzgada.

La que constituye uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica y que debe ser respetada, a los fines de dotar de estabilidad a las relaciones de derecho. Estabilidad que es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional.

Sin embargo, cuando de una cuestión de familia se trata, se ha resuelto que el principio rector es el impostergable y primordial interés de los hijos, por lo que las resoluciones que sobre este aspecto se tomen se caracterizan por la mutabilidad, en la medida en que las circunstancias así lo aconsejen, no produciéndose el efecto normado de la cosa juzgada.

La tutela de los intereses superiores de la familia y de cada uno de sus integrantes es vista en su dinámico desplazamiento, y pretende bregarse por su efectiva protección.

La sentencia que condena la prestación de alimentos, por ejemplo, al no producir cosa juzgada material, es susceptible de modificación ulterior, si varían las circunstancias de hecho que se tuvieron en miras al momento del dictado del pronunciamiento o de la

celebración del acuerdo alimentario, sea que se haya modificado la necesidad del alimentado o bien la posibilidad económica del alimentante.

Así, la cosa juzgada no es ni puede ser absoluta. Si bien tiene por fin garantizar la seguridad jurídica, que no es el único valor superior que gobierna el ordenamiento, debe compatibilizarse con los ideales de equidad y de justicia para cuya vigencia y afianzamiento se han instituido las leyes que nos gobiernan.

De lo hasta aquí desarrollado se sigue que no todo convenio homologado ni toda decisión judicial puede ser revisada. Sólo podrá efectivizarse tal revisión en los casos donde existe real modificación de la situación que se tuvo en miras al resolver o acordar de tal o cual forma, que amerite una nueva tutela. Es decir cuando afecte seriamente la situación familiar o la de los hijos menores, o, en materia alimentaria, si varían sustancialmente la situación del alimentante o la del alimentado. De lo contrario la revisión no será procedente.

El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

En adelante, se pasa a otro de los efectos del divorcio, la compensación económica.

A continuación, Yzquierdo Tolsada (2011, p. 519), señala que:

“Otra de las novedades que trae el proyecto en materia de divorcio y unión convivencial es la de regular el instituto de la compensación económica en los artículos 441 y 442 que era desconocido en nuestro derecho, hasta el momento y a cuyo estudio nos abocaremos en las próximas líneas.”

A su vez, la conceptualiza como: *“un derecho personal reconocido al cónyuge al que el divorcio le produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba en el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la conservada por el otro consorte”*.

El mencionado autor, indica que cabe aclarar, que no hay que probar la existencia de necesidad, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Pero sí se debe probar, que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica con relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge.

Al respecto, vemos el artículo 441, sobre la compensación económica:

“441. 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 prestación compensatoria consiste, en la prestación económica, que debe abonar un cónyuge al otro, nacida en virtud del desequilibrio manifiesto que importa un empeoramiento de la situación patrimonial de uno respecto del otro, ocasionada por el quiebre del matrimonio y tiene su fundamento en el principio de solidaridad familiar y puede ser realizada tal como describe al artículo de diferente manera que acuerden las partes o decida el juez.

Para ejemplificar, se puede mencionar, el caso de quienes, al momento de contraer nupcias, optaron por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar familiar, en apoyo a la profesión o al desarrollo profesional del otro. Aquí el quiebre de la unión dejaría, en principio, desamparado a aquel de los cónyuges que invirtió su todo su tiempo en tareas hogareñas, domésticas, que no se traducen en réditos económicos, y que pasado el tiempo se reflejan en una mayor dificultad para enfrentar al momento de una reinserción laboral, siendo que aquella otra situación de dedicación a la familia, provoca la falta de experiencia y preparación laboral. En este caso, la fijación de una compensación económica se presenta como razonable. La que a su vez podrá asumir distintas modalidades de pago: pensión, pago en cuotas, dinero en efectivo, rentas, etc.

La pronunciada amplitud en que está formulada esta propuesta otorga un gran poder a la figura del juez, quien tiene a su cargo la potestad de decisión. Aunque nada impide que sean los cónyuges quienes convengan el monto y su forma de pago. Pero al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, para poder evaluar si hubo eventualmente un desequilibrio que necesite ser recompuesto a través de la fijación de una compensación económica; además de la comprobación de que exista nexo de causalidad entre el quiebre matrimonial y el empeoramiento del patrimonio del cónyuge que reclama la compensación.

La compensación no debe ser tomada como regla general, sino de modo excepcional, como elemento morigerador, ante la demostración de un real desequilibrio patrimonial, que signifique un empeoramiento de la situación ocasionada por la ruptura del

matrimonio. Este desequilibrio patrimonial, a su vez, no debe ser confundido con la pérdida del valor intrínseco del capital, que por motivos ajenos al divorcio, pueda hacer zozobrar el patrimonio de cualquiera de los cónyuges. Por ejemplo: la devaluación de la moneda, la inflación, los malos negocios, etc.

Así, el titular del derecho deberá, en definitiva, demostrar no sólo el grave perjuicio, que importe una desproporción tal que amerite ser restaurada económicamente, sino también el nexo de causalidad.

También, habrá que extremar los recaudos para que ésta no sea liquidada dos veces por distintos conceptos, lo que podría ocurrir si se fija una compensación pagadera en cuotas por varios años y simultáneamente una cuota alimentaria a favor del cónyuge. Deberá analizarse cada caso en particular, y optar por una sola de esas posibilidades, para evitar situaciones de abuso de derecho.

Por tal motivo, la compensación debe ser apreciada con extrema cautela, de modo excepcional, y sólo cuando exista para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar, tema incipiente en el nuevo código y del que se cuenta con nula o escasa jurisprudencia.

A continuación, se continúa en el tema, mediante el artículo 442:

“442. 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.”

Además, señala la norma una guía que tendrá en cuenta el juzgador en el caso de estimar necesario la fijación de la compensación, que en modo alguno, ofrece pautas taxativas. Para una mejor comprensión realizaremos un análisis comparativo de esta nueva institución con otras del Derecho Civil.

Semejanzas y diferencias de la compensación con otras instituciones del Derecho Civi:

- *Con el esquema alimentario*

Con el esquema alimentario comparte la idea de que ambas tienen entidad económica; que el derecho y la obligación de prestarlo están fundados en la relación de familia, y se afirman, a su vez, en la existencia de la solidaridad familiar. La situación del beneficiario y el caudal económico de la persona a quien se le reclaman son también pautas comunes a tener en cuenta. En ambos supuestos se persigue la protección de aquel a quien se lo considera más débil o desprotegido.

En relación a las diferencias, se observa que los alimentos tienen como fin satisfacer las necesidades materiales y espirituales con la extensión que corresponda según el caso, su alcance estará condicionado por el grado de parentesco, y puede o no estar basado en el vínculo matrimonial; los legitimados activos y pasivos son más amplios. El objeto de la prestación económica, en cambio, surge con motivo del quiebre del matrimonio y sólo están legitimados para su reclamo los cónyuges. Su objetivo también es diferente, puesto que en el caso de la compensación lo que se persigue es evitar el desequilibrio económico que es causado por el mismo divorcio.

- *Con la indemnización por daños y perjuicios*

Respecto a la indemnización por daños y perjuicios lo acompaña la idea de ser las dos estimables en dinero, la compensación económica puede a su vez ser pagada mediante el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes, o decida el juez. El responder civil por daños a veces es sancionador y otras veces distribuidor, (por limitarse a asignar quién ha de soportar los males generados). Son requisitos para que proceda la responsabilidad civil la existencia de un obrar contrario a la ley, que ese obrar sea imputable a una persona determinada, que además la conducta produzca un daño, que exista una relación de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio ocasionado, y finalmente que no haya razones que eximan de responsabilidad al autor. En la compensación también debe ser demostrado el daño ocasionado, y la relación

de causalidad que el daño sea consecuencia inequívoca del divorcio. En este caso, el daño será sólo de contenido económico.

Atento las especiales peculiaridades que presenta esta institución, y la falta de derechos deberes del matrimonio, en los términos que en la actualidad se desarrollan, puede darse el insólito caso de que se decida una compensación a favor de un cónyuge que ocasionó un daño al otro, a través de su comportamiento incorrecto, por ejemplo, realizando actos injuriosos que causen heridas punzantes al otro; y ser a su vez, quien está legitimado activamente para efectivizar un reclamo compensatorio, en virtud de haberle causado el divorcio una descompensación económica, o un empeoramiento grave de su situación, tal como lo expresa el artículo. Puesto que el daño que se pretende resarcir a través de la fijación de la compensación es netamente económico.

- *Con el enriquecimiento sin causa*

En ambos casos debe ofrecerse y producirse la prueba que dé cuenta del perjuicio de quien lo está reclamando. Los dos tienden a restaurar el equilibrio alterado, procurando que las partes afectadas lo sean en la menor medida posible.

Mientras que en el enriquecimiento sin causa, debe ser probado el empobrecimiento, como condición de existencia del derecho a repetir, en la compensación, lo que deberá probarse es el desequilibrio manifiesto que haya significado un empeoramiento de su situación patrimonial y que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura. El perjuicio indemnizable, estará representado por la apreciación patrimonial que se considere adecuada para paliar el daño ocasionado.

En adelante, se trata un tema de vital trascendencia en cuanto a los efectos del divorcio, y es el que tiene en cuenta la atribución y uso de la vivienda familiar.

Para lo cual se toma el artículo 443, que dice:

“443. Atribución del uso de la vivienda. Pautas. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

- a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;*
- b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;*
- c) el estado de salud y edad de los cónyuges;*
- d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.*

En relación a los principios generales para la protección de la vivienda familiar, el Código vigente se funda en que la protección de la vivienda familiar constituye una constante en las legislaciones modernas, que cualquiera sea el régimen matrimonial que se aplique, debe estar inspirado en proteger la vivienda de los cónyuges y la de sus hijos, que debe tener un sentido económico pero también y básicamente social, lo que encuentra su basamento jurídico en los arts. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.

A falta de acuerdo, y a solicitud de parte, resulta imprescindible reconocer a los jueces la facultad de determinar a quién corresponde instalarse en la que fuera sede del hogar conyugal.

La atribución del inmueble que constituyó el hogar matrimonial es una de las formas que tiene la ley para brindar protección, y puede importar, o bien el retiro de uno de los esposos, o bien el reintegro del cónyuge peticionante.

El resultado de la decisión, dependerá de las circunstancias particulares de cada caso y no pueden ser estipuladas de antemano como pautas estándar o prefijadas, de entenderlo de otro modo puede arribarse a conclusiones injustas, que pueden no compadecerse con los intereses que están en juego.

Existe para el derecho un interés de dimensión familiar, que deriva de la suma de intereses, o preocupaciones recíprocas que, normalmente, de acuerdo a lo que debe ser la familia, deben existir entre los miembros que la componen. La existencia de este interés es el que justifica la normativa relativa a la protección habitacional.

A su vez, los conflictos que surgen en la vida real ponen de manifiesto la dificultad para entender a la familia, en sí misma, como portadora de intereses propios, puesto que la familia no es un sujeto de derecho ni tampoco un organismo jurídico. En ella solo se desarrollan intereses que son exigencias de las personas como padres, cónyuges e hijos. En ese sentido no podrá atribuirse al interés familiar una categoría jurídica diferenciada.

Por eso se prefiere hablar de lineamientos o de pautas a tener en cuenta a la hora de la toma de la decisión por parte del magistrado, o bien al momento del arribo de los acuerdos entre los cónyuges, sin perder de vista que debe primar la valoración conjunta de todas las circunstancias presentadas.

El artículo 443, establece taxativamente qué pautas deben seguirse al efecto de atribuir la vivienda familias, vemos que:

- *La persona a quien se atribuye la custodia de los hijos.*

Este representa el criterio mayoritario de todas las decisiones, donde resuelve la atribución del hogar y si hay hijos menores de edad, se traduce en la protección del

grupo familiar más numeroso. Este enunciado, sustenta, además, un criterio tutelar que privilegia la mayor conveniencia de los niños y procura evitar, entre otros aspectos, el cambio innecesario del hogar en que éstos habitan y tienen construidos sus hábitos, así como también, el ámbito que el progenitor tiene para desarrollar su propio hábitat.

No existe preferencia en favor de ninguno de los dos cónyuges, sólo del que tenga la custodia de los menores, y esto es obvio ya que se fundamenta en el principio de igualdad que consagra la ley 26618 de Matrimonio Civil, eliminando la diferencia de género de los contrayentes y adecuando la norma a la realidad social y brindando coherencia normativa ante los criterios de igualdad.

Aunque el dato de la realidad indica que en matrimonios de diferente sexo, hay mayor número de mujeres que de hombres que se quedan morando en el que fue asiento del hogar conyugal, en general con sus hijos menores o mayores de edad.

- *La persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios.*

Esta pauta suele estar relacionada con la mencionada anteriormente, puesto que es lógico que quien tiene a cargo a sus hijos se encuentre a su vez en una situación económica más desventajosa para proveerse por sí una vivienda es la mujer (en la mayoría de los casos de matrimonio mujer-hombre), es quien está más frecuentemente en estas condiciones, mientras que el marido, en general, se presenta como aquel que tiene mayores posibilidades de conseguir una nueva vivienda, y consecuentemente, a falta de otras circunstancias que aconsejen lo contrario, prevalece el criterio de su exclusión.

La ayuda que uno de ellos prestó a la formación profesional del otro, entre otras circunstancias, ayudará también a la toma de la decisión final por parte del juez. Este criterio, suele presentar algunas circunstancias especiales que pueden hacer cambiar la decisión, tal es el caso en que uno de los cónyuges ejerce el comercio dentro del inmueble. En este contexto se ha decidido la atribución del hogar a este cónyuge con la consecuente determinación de una cuota alimentaria para el otro y los hijos que contemple la provisión de una vivienda digna.

- *El estado de salud y edad de los cónyuges.*

El esposo enfermo o quien presente disminución de las facultades de desplazamiento físico tendrá prioridad para la asignación del hogar, o al menos en

forma provisoria hasta tanto mejore su situación o se liquiden los bienes que pertenecen a la comunidad.

- *Los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.*

Puede ocurrir que en la casa vivan también otras personas, por ejemplo el padre o madre de uno de los cónyuges, que por su ancianidad o por tener problemas de salud, deban ser considerados en la decisión final que atribuye el hogar a uno de los consortes. En la actualidad se observa una preocupación creciente en cuando a la protección que merecen todas las personas que, por particulares circunstancias, se encuentran en estas condiciones, el aumento de la dependencia intrafamiliar derivada tanto del aumento de los ancianos dependientes, como también de otras situaciones de vulnerabilidad debidas a una enfermedad, discapacidad o accidente de algún miembro de la unidad familiar.

Es un punto fundamental que no era observado antes, y constituye un real acierto en una norma que con carácter tutelar brinda solución a las diferentes situaciones que presenta cada grupo familiar.

Es importante también considerar, según Medina (2011, p. 1969), que ante un caso de Violencia familiar, obviamente, debe ser excluido del hogar conyugal el cónyuge que ejerza, sobre el otro o los hijos, cualquier tipo de violencia, ya sea física, verbal o moral.

Si bien se ha resuelto que tiene preferencia para mantenerse en el hogar conyugal aquel cónyuge que permaneció viviendo en el mismo, esta preferencia claramente cede cuando el que se fue, lo hizo para protegerse ante situaciones claras de violencia por parte del otro cónyuge.

Por su parte, Villagrasa (2011) señala que hay supuestos en los que adjudicar el uso a uno u otro resulta extremadamente difícil porque ambos son mayores, están enfermos, son jubilados o pensionados, carecen de recursos propios o de familia o se encuentran incursos en otras circunstancias que abocarían a uno de ellos a la indigencia. En estos casos, el uso compartido de la vivienda familiar deberá otorgarse sólo en los supuestos en los que se puedan dividir dos pisos que se unieron o deslindar dos plantas de una casa o establecer cualquier división razonable del inmueble que evite los problemas que surgen de compartir un mismo lugar.

Continúa el tema, en el artículo 444, el Código vigente, determina:

“444. Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del

inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.”

La petición por la parte interesada, será el puntapié inicial que brinda la posibilidad al juez para establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda, pudiendo tratarse tanto de un bien propio como de uno ganancial.

Dicha compensación se debe desde la fecha de su formal reclamo, o bien desde el día en que le fue notificada la demanda o incidente de fijación del canon locativo. Criterio éste, que resulta también aplicable extensivamente al supuesto del art. 444 del anteproyecto. Es que cuando se le impone a un cónyuge a que soporte la atribución de la vivienda familiar al otro, aunque fuere titular propio del bien, se lo condena a pagar una compensación económica o alimentos a quien fue su consorte, podrá ejecutar esas prestaciones simplemente por su condición de sujeto realizador de actos; porque no obstante que el divorcio rompe el vínculo no por ello aniquilará su existencia anterior.

La restricción al poder de disposición del inmueble, señala que otra de las formas de dar protección a la vivienda familiar es limitando su libre disposición, por eso es que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos, que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado.

Se amplía, también aquí, teniendo en cuenta el criterio de protección asentado en la redacción del art. 1277 del derogado Código, que considera necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los bienes gananciales o propios del inmueble donde estuviere radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores de o incapaces.

Ante la posibilidad de continuar con la locación del cónyuge, se señala una nueva modalidad de amparo hacia la vivienda de la familia, la da el último apartado del artículo 444, que brinda la posibilidad, al cónyuge no locatario, de continuar en la locación del inmueble que fuera asiento del hogar conyugal, hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al en los términos que primitivamente se constituyeron en el contrato.

Si nos remitimos a la Jurisprudencia, previo a la reforma, se puede mencionar lo siguiente:

El art. 211 del Cód. Civil consagra un caso de indivisión parcial o exclusión de la partición del inmueble que fue asiento del hogar conyugal y cuya ocupación fue atribuida durante el proceso de separación personal o divorcio vincular al cónyuge no culpable, o que de hecho lo continuó ocupando, si su liquidación o inclusión en la partición le causa grave perjuicio. Sin embargo, la atribución provisoria que se resuelve al momento de iniciarse la demanda de separación o antes si mediaren razones de emergencia (art. 231 del Cód. Civil) o ya luego durante la sustanciación del juicio o la mera ocupación de hecho por uno de los esposos desunidos, suele responder a causas ajenas al fundamento de la prerrogativa reconocida a quien no ha dado causa de separación. No se trata entonces de una situación ab initio consolidada con el otorgamiento de la protección legal, sino que bien cabe el análisis del desarrollo de la causa a los efectos de verificar su mantenimiento u otorgamiento (Cam. Civ. y Com. La Plata, sala I, 6/4/2006, 14/139266).

Aunque no se trate del hogar conyugal porque hubo divorcio de los cónyuges en tanto haya una persistencia del concepto de "casa", de "vivienda común", de "residencia compartida", que se derive del hogar conyugal, éste representa el antecedente inmediato anterior a la posterior morada compartida.

Esa continuidad determina una situación un tanto inescindible entre "hogar conyugal inmediato anterior" y "vivienda común inmediata posterior". Ello así, si afloran hechos agraviantes que pueden poner en riesgo la integridad física de uno de los ex cónyuges, no pueden ser desconocidos como motivos de exclusión porque desapareció el concepto de "hogar conyugal" transfigurándose en "vivienda común" o en "casa compartida". (En el caso luego de decretado el divorcio, subsistió la residencia común de los ex cónyuges, compartiéndose la morada) (CNCiv., sala H, 27/5/1992, LA LEY, 1992-C, 273; DJ, 1992-2, 217; AR/JUR/1846/1992).

Finalmente, el art. 445, determina el cese en el derecho del uso de la vivienda familiar.

“445. Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa:

- a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez;*
- b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;*
- c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.”*

Si bien no existía ninguna norma sobre este aspecto en el Código de Vélez ella reconoce cierta similitud con el antiguo art. 210 previsto para la cesación de los alimentos entre cónyuges.

El derecho de atribución de la vivienda cesa, en principio, una vez vencido el plazo que fijara el juez o hubieren acordado las partes.

También cesa, cuando haya algún cambio en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación. El fundamento de este segundo inciso está dado en razón de que en algunas cuestiones de familia, no rige el imperio de la cosa juzgada material, vista la propia dinámica de las relaciones de los miembros que la integran, y la necesidad tuitiva de darles una adecuada protección.

Así es, que el principio de la permanencia de las decisiones que se tomen, tiene efectividad siempre con rasgos de provisoriedad, puesto que lo decidido en un momento determinado, puede no serlo en otro, o bien porque no resulte más conveniente, o porque invocándose razones de entidad suficiente así no lo ameriten, como consecuencia de transformaciones sustanciales en la vida de las personas involucradas.

Como última posibilidad de cesación del uso de la vivienda, el último inciso hace una remisión a las causales de indignidad previstas en materia sucesoria, que en esta oportunidad de análisis no vendrían al caso.

En este proceso, tal como se describe a aquellos otros a los que se considera como "procesos modernos", el juez se erige necesariamente en protagonista principal, por el considerable cúmulo de sus atribuciones, especialmente en el amplio margen que se le otorga en lo concerniente al convenio regulador y más aún en la decisión de las pensiones regulatorias sin perjuicio, claro está, de la paralela y concurrente misión que se reserva a las partes, no sólo en cuanto a la iniciativa y disponibilidad del derecho exclusivo de ellas, sino también, en el terreno de la instrucción probatoria. El proceso ha de constituir una labor conjunta que realizan en común las partes, junto a sus abogados, y el juez, pero bajo la fiscalización de éste.

Señalando la Jurisprudencia, en alusión a los artículos mencionados; se presenta a continuación, un resumen del siguiente fallo:

“A., C. G. c/ R., C. E. s/ Divorcio” - CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE BAHÍA BLANCA (Buenos Aires) – 28/08/2015

DIVORCIO VINCULAR. Sentencia de divorcio dictada con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Injurias graves y abandono del hogar. Apelación. DERECHO TRANSITORIO. ARTÍCULO 7 DEL

CCCN. Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Deviene abstracta la consideración de los agravios. Posibilidad de recurrir al derecho a la compensación económica y también a una indemnización por vía del régimen general de responsabilidad previsto en el ordenamiento. ARTÍCULOS 1716, 1717 Y 1737. SE REVOCA LA SENTENCIA Y SE DECRETA EL DIVORCIO EN LOS TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 435 Inc. "c" Y 437 DEL CCCN. CONVENIO REGULADOR. Partes que deberán cumplir los requisitos de los artículos 438 y 439 DEL CCCN."

Conclusiones Parciales

A partir de la interpretación de los artículos bajo análisis, en el presente capítulo, se concluye que la reforma amplía la capacidad de acción, disminuye la cantidad de regulaciones impuestas o consensuadas, dando lugar a la autonomía de la voluntad de las personas.

Es decir, que se revaloriza la idea de libertad y autonomía de la voluntad en el desarrollo de un proyecto de vida autorreferencial, buscando cada uno su propia felicidad.

Otro aspecto valorable es que al solicitar el divorcio este es incausado, se eliminan las causas subjetivas que tanto daño producían ante el quiebre de la relación, esto es debido a que: en primer lugar, ya no es necesario buscar culpables en una disolución conyugal y no le corresponde a la justicia indagar sobre esto. Así, se evitan sucesos traumáticos para todo el núcleo familiar y se lograr una disolución pacífica del vínculo, siempre en miras a los efectos del divorcio y no justamente a sus causas.

En segundo lugar, y directamente relacionado al anterior, es que al no haber culpable-inocente, las responsabilidades son compartidas en el fracaso de esa relación a la que se apostó en común, sea por el motivo que fuere sin exponerlo. Esto es consecuencia de la eliminación del cuerpo normativo de los deberes jurídicos entre esposales se fidelidad y cohabitación, que sólo cuentan en el fuero íntimo de la persona ya que son deberes ético-morales, que en todo caso las parejas unidas por el matrimonio pueden libremente elegir y acordar; sí se limitan los deberes en lo relativo al deber de asistencia y la entrega de alimentos cuando corresponda.

Es importante la eliminación del instituto de la separación personal, ya que no se ve sentido, mantener esa doble institucionalidad; y esto se debe a que no era casi implementado prácticamente, y solo se daba en los casos donde no se llegaba al plazo

exigido para la tramitación del divorcio vincular y en un contexto social e histórico muy diferente al actual.

El proceso de volvió más ágil, dinámico, sin audiencias para replantearse la reconciliación, sino con audiencias sólo para acordar los puntos que afecten las consecuencias de la disolución.

Lo importante es lo relativo al convenio regulador y todo lo que a él atañe. También de importante es la relevante incorporación de la compensación económica.

Como ya se expuso, en el nuevo Código Civil la ausencia de amor, resulta suficiente para encarar un divorcio en la Justicia, es válido el sólo hecho de decidir libre y autónomamente la culminación de una vida en común con otra persona con la que el proyecto en conjunto no es el camino de la felicidad.

Así es que de conformidad con el nuevo art. 435, las causales quedarán reducidas a las siguientes: muerte de uno de los cónyuges; sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; divorcio declarado judicialmente.

En síntesis, no hace falta expresión de causa para divorciarse. Así, también desaparecen los daños y perjuicios derivados del divorcio. También quedó definido que el divorcio seguirá siendo judicial.

Finalmente, Entre los efectos del divorcio, se encuentran:

- El convenio regulador.
- Eficacia y modificación del convenio regulador.
- Compensación económica.
- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad.
- Atribución del uso de la vivienda. Pautas
- Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar
- Cese del derecho a atribución de la vivienda familiar.

3. CONCLUSIONES GENERALES

El divorcio vincular, es una de las instituciones más controvertidas en el Derecho de Familia.

En la historia argentina, el divorcio es un instituto al cual, la doctrina y los legisladores fueron adecuando a los cambios dados en la sociedad. Esta evolución, se denota en el instituto jurídico del divorcio, cuando se observa en el desarrollo del presente trabajo.

Es así, que a través de los años, se observa una constante posición dividida entre juristas dogmáticos y juristas católicos. Pero a pesar de ello, la legislación vigente, continuaba sin brindar una solución definitiva al problema generado por la gran cantidad de parejas separadas que mantenían uniones ilegítimas, optando por matrimonios fraudulentos en el extranjero ante la prohibición de contraer nuevas nupcias.

Finalmente, es en el año 1987, que el Congreso pondrá fin a la discusión con la definitiva sanción de la Ley de Divorcio Vincular N° 23.515 (1987), introduciendo las modificaciones respectivas en la Sección Segunda del Libro Primero del Código Civil “De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia”, adecuando así la norma a la realidad social de ese momento. La misma estuvo vigente hasta el 31 de Julio de 2015.

En el mencionado cuerpo normativo, el vínculo matrimonial se disuelve (entre otras causas) por sentencia de divorcio vincular; el mismo es concebido como un divorcio sanción o remedio, invocando ante autoridad competente las causales que hacen imposible la vida en común, permitiendo la conversión de la separación personal en divorcio, respetando plazos y audiencias para finalmente lograr la sentencia de divorcio, la que una vez obtenida permite a los cónyuges que recuperen su aptitud nupcial por lo que podrán volver a casarse.

De esta manera, la evolución de la doctrina y jurisprudencia respecto al divorcio vincular, en relación al art. 19 de la Constitución Nacional, avanzó respetando la intimidad y la libertad de las personas, al establecer límites precisos a la injerencia estatal.

En dicha evolución, se observa una proyección tendiente a lograr una ruptura matrimonial pacífica, privilegiando la integridad de todos los miembros de la familia (pareja-hijos), por medio de un equilibrio entre el orden público y la autonomía voluntad, con el objeto de acercar la norma a la realidad, determinando un solo tipo de divorcio incausado, suprimiendo el doble sistema de separación personal/ divorcio vincular y

suprimiendo las causales que tanto daño hace a la familia en conjunto, suprimiendo también el trámite de la doble audiencia.

Es así, que las reformas realizadas en el ámbito del Derecho de Familia, se correspondieron con los cambios que se fueron dando en el seno de la familia misma, en relación a su conformación y a las formas de resolver los conflictos ante una ruptura matrimonial, en base a las consecuencias y no a las causas.

Los continuos cambios surgidos en la sociedad, impactaron en la familia, y es así que el Derecho de Familia debió actualizarse para responder a los problemas familiares emergentes, siendo imperioso la necesidad de una reforma que contemple la realidad de las uniones convivenciales que regule así, o las distintas conformaciones surgidas.

Se observa así, que la reforma, en el Derecho de Familia, se fundamenta en la diversidad y adopta el principio de pluralidad, teniendo en cuenta las necesidades sociales, mediante una mirada filosófica, política y social sobre la persona, especialmente al concluir la Segunda Guerra Mundial, cuando se firmaron Tratados y Concordatos Internacionales plasmando así en la Declaración de los Derechos Humanos, que posteriormente fueran incorporados en la reforma de la Constitución Nacional en 1994, como derechos supranacionales.

Esta evolución, se ve refleja en la hoy concreta reforma y unificación del Código Civil y Comercial, sancionado por Ley N° 26.994 en octubre de 2014, y en vigencia desde el 1° de Agosto de 2015, al asumir las nuevas tecnologías, y centrando su protección en la persona humana, de allí que postula como máxima que “la persona humana es inviolable”.

A partir de este momento, las doctrinas jurídicas, con una profunda impronta humanista, pugnan por el resguardo de la dignidad y la vida privada, protegiendo así los derechos fundamentales de las personas. Así, el derecho se configura como un protagonista de los cambios sociales, acentuando su mirada, en el daño sufrido por la persona, en sus derechos y en su integridad.

Pero irremediamente, existe una pugna entre el orden público y la autonomía de la voluntad, en relación a cual debe prevalecer sobre la otra. Tal cuestión, queda dirimida al vincular la cosa pública o política al concepto de orden público, ya que es imposible despojarla de esta connotación. Ello significa, que si la norma jurídica, en algún momento limita la voluntad autónoma, lo hace en función de la realidad social del momento, ya que de no ser así, comprometería el modelo de sociedad democrática o vulneraría el derecho de un tercero.

Se puede afirmar por lo tanto, que el eje central de la reforma es el cambio cultural sobre la base de la consagración de los derechos humanos y la incorporación de los instrumentos del derecho internacional, que tienen su destinatario principal en la persona.

Analizando el artículo 19 de la Constitución Nacional, se presupone que la moral pública, es intersubjetiva, puesto que se refiere a las acciones que perjudican a terceros, la cual está determinada por dicha Constitución, siendo la misma, de acuerdo al art. 31, la norma fundamental, la cual se encuentra en la pirámide jurídica, y si bien se observa el control de constitucionalidad, no está literalmente expresado por la Constitución Nacional, pero del estudio sistemático de todo su articulado, se deduce que la misma debe de ser respetada ante toda legislación u acto proveniente de autoridad pública. Y a partir del art. 33, se deduce, que no solo los derechos enumerados taxativamente en la Constitución serán tutelados por el Estado, cuando estos sean de gran trascendencia para la Nación y estabilidad del país y que además estos no limitan el ejercicio de otros derechos, logrando así, que ciertos derechos considerados fundamentales, no incluidos en el texto de la Constitución Nacional, puedan adquirir jerarquía Constitucional y sean respetados por todos. Por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad y a la dignidad del hombre.

Todos estos derechos contemplados en los tratados internacionales, han sido incorporados de acuerdo al art. 75, inc. 22 a nuestra carta magna, y se sienta como principio general, la supralegalidad de dichos tratados y convenciones; tal así que los tratados prevalecen sobre las leyes, siendo entre otros, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la que ha permitido a los Estados acordar, cuáles eran los derechos a que hacía referencia la Carta de la OEA, ya que la misma sirve como base jurídica de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, en concordancia con los arts. mencionados, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ve a la ley como una expresión de la voluntad general, destinada a promocionar esta equidad de derechos y prohibir sólo acciones dañinas para la sociedad, acciones que deben hacerse respetar, de acuerdo a la Convención Americana de los Derechos Humanos, por parte de los Estados partes en esta Convención, quienes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna, siendo los mismos, protegidos y garantizados a partir de lo establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es así, que con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional y los efectos de las sentencias internacionales obligan a todos los juristas y operadores judiciales a actualizarse en materia de derechos humanos y a conocer los nuevos criterios de interpretación de normas que existen en la actualidad.

Se señala finalmente, que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana (de derechos humanos), sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, los jueces deben realizar interpretaciones constitucionales que sean compatibles con los estándares internacionales llegando incluso a la aplicación directa de la jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos. La necesaria compatibilidad entre la interpretación constitucional y convencional obliga también a desalojar del sistema interno no solo las normas contradictorias, sino la jurisprudencia local provoque el mismo conflicto. Quizás sea el mayor desafío para los jueces nacionales de todas las instancias porque la Convención Americana de Derechos Humanos, marca un deber genérico para todos ellos que los coloca muchas veces en una situación incómoda frente a sus propias obligaciones constitucionales y a la vez, si las hacen prevalecer por sobre los estándares internacionales que elabora la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, dejando expuesto al Estado a la responsabilidad internacional.

Si se hace una mirada sobre el Código que ha regido hasta hace poco tiempo, se puede apreciar el origen de los fundamentos que han llevado a las modificaciones y unificación del nuevo código.

Así se ve plasmado por ej., como fueron cambiando los nuevos con los anteriores deberes personales entre los cónyuges, como fidelidad y cohabitación (o convivencia). La fidelidad, era conceptualizada como un deber conyugal fundamental, recíproco, que fijaba que los esposos se pertenecen el uno al otro, y que eso tenía consecuencias, esto se acentúa por el hecho de que la infidelidad de uno de ellos no autoriza la del otro. Por lo tanto, su incumplimiento autoriza, como se advierte, demandas civiles y criminales por adulterio.

Además, en los art. 185 y 187 de CC, se señalan los deberes de ambos cónyuges respecto de la cohabitación. Al respecto, en ellos se reúnen las obligaciones de

cohabitación y de asistencia, estrechamente vinculadas entre sí; a su vez, se confiere al marido la potestad de fijar el domicilio común, tal que su residencia habitual determina la radicación jurídica de la mujer, no siendo posible admitir la dualidad de domicilios, ni la dislocación del grupo familiar, ni la paridad de condiciones entre ambos esposos para tales efectos. También, se observa que en ambos preceptos se establece claramente, que la cohabitación es un deber recíproco, que cada uno de los cónyuges tiene para con el otro; en cuanto a la asistencia.

Ante el incumplimiento de lo señalado, cabía la posibilidad de demandar la separación personal o el divorcio por una causal subjetiva o culpable cuales son las de adulterio e injurias graves (arts. 202, incs. 1° y 4° y art. 214, inc. 1° del Código Civil), lo que a su vez tiene consecuencias favorables para el cónyuge “inocente”; esto hoy ha sido substancialmente modificado.

Se puede apreciar, que el derecho positivo, dispone de un conjunto de derechos y deberes entre los cónyuges hoy diferentes, y de toda una regulación en torno al matrimonio y especialmente, el tema de interés que es la disolución del mismo “el divorcio”, en el que se intenta brindar un equilibrio entre lo que las partes libre y autónomamente pueden pactar (bajo la supervisión del juez) y lo que está regulado y no puede vulnerarse por afectar derechos de terceras personas o franquear el límite establecido por el orden público.

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, implica cambios en diversos temas e institutos de nuestro Derecho de Familia. Entre ellos, se abre un nuevo espectro de derechos y deberes que regirán las relaciones de aquellas personas que decidan iniciar una vida en común, ya sea bajo la figura del histórico y muy vigente instituto del matrimonio (unión regulada por excelencia) o bajo la incipiente inclusión del instituto de la convivencia en el cuerpo normativo.

Se puede observar que ambos casos, las nuevas disposiciones, regularán tales relaciones no solo durante su vigencia, sino que también preverán efectos para los casos en que los interesados decidan poner fin a la convivencia o al matrimonio. En el primer caso, el nuevo Código innova incorporando un Título enteramente dedicado a las “Uniones convivenciales” nunca equiparado legalmente al matrimonio.

Respecto al divorcio, la reforma gira en torno a cuatro puntos fundamentales, según LLoveras (2009), ya que aduce que la crisis matrimonial se aborda sólo con el divorcio, ya que se elimina la separación personal que rige actualmente. Sólo se puede realizar por vía judicial. Es incausado, es decir, no debe probarse ninguna causa específica durante su trámite y puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges.

En relación al Código Civil y Comercial, se mantienen algunos de los derechos y deberes que enumeraban los arts. 198, 199 y 200 CC. Así vemos que los arts. 431 y 432 del nuevo cuerpo legal contemplan a la cooperación, la convivencia, la asistencia mutua y los alimentos.

Ello significa que la ausencia de amor, resulta suficiente para encarar un divorcio en la Justicia. Por lo tanto, la infidelidad (o adulterio) ya no cuenta, en términos jurídicos, como una razón para terminar un matrimonio.

También, entre las causales de la disolución de la sociedad conyugal se elimina a la separación personal, hoy regulada en el art. 1306 del CC. Por lo tanto, y de conformidad con el nuevo art. 435 del CCCN, tales causales quedarán reducidas a las siguientes: muerte de uno de los cónyuges; sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; divorcio declarado judicialmente.

En síntesis, no hace falta expresión de causa para divorciarse. Así, también desaparecen los daños y perjuicios derivados del divorcio. También quedó definido que el divorcio seguirá siendo judicial.

Finalmente, Entre los efectos del divorcio, se encuentran: el convenio regulador, su eficacia y modificación, la compensación económica y su eventual fijación judicial, la atribución, efectos y cese del uso de la vivienda familiar.

A la luz de la reforma su puede advertir que son esos mismos derechos los que fundamentan los cambios receptados en el nuevo Código Civil y Comercial confirmando así la hipótesis de este trabajo.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Artola, M. (1986). Los Derechos del Hombre. Madrid: Editorial Alianza.
- Ayala Corao, C. (1988). La jerarquía de los tratados de derechos humanos. San José de Costa Rica: Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Basterra, M. I., (2003) ¿Puede un Estado pluralista, no confesional erigirse en guardián de la elección sexual de las parejas? El caso de los swingers. Buenos Aires: Perrot.
- Belluscio, E. (1976). Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires: Astrea.
- Berizonce, R. O. (2008). El proceso civil en transformación. La Plata: Editora Platense.
- Bertoldi de Fourcade, M. V.; Ossola, A. (1999). Derecho de Familia. Doctrina Judicial. Córdoba: Editorial Advocatus.
- Boggiano, M. (1991). Derecho Internacional Privado", T. I, pág. 964. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Borda, G. A. (1977). Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, Buenos Aires: Perrot.
- Borda, G. (1999). Tratado de Derecho Civil, Familia, T I, 4º edición actualizada, p. 147).Ed Abeledo- Perrot.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (2005). Manual de Derecho de Familia. Editorial Astrea, 6 edición, p. 333.
- Brodsky, J. M. (2015). Los deberes personales de los cónyuges en el derecho, y una breve glosa del artículo 431 del “nuevo” Código Civil Y Comercial de la Nación. Lecciones y Ensayos, Nro. 94
- Castán Tobeñas, L. (1976). Los Derechos del Hombre. Madrid, Editorial Reus S. A., 2ª ed.
- Cifuentes, S. (1974). Los Derechos Personalísimos. Buenos Aires: Lerner.
- CNCiv, Sala L, 11/3/2008; CNCiv, Sala K, 26/11/2009: “Reiteradamente en la jurisprudencia se ha sostenido que precisamente el acuerdo de los esposos para vivir separados [que se presume como consecuencia del tiempo transcurrido sin que ninguno de los cónyuges promoviese juicio de divorcio], excluye la existencia de la causal en examen. (CNCiv, Sala J, feb. 18-1999, [...])” Lexis N° 70058026.
- Chechile, A. M. y Herrera, M. (2008). El rol de los abuelos en el derecho de familia contemporánea. Una mirada desde los conflictos de comunicación entre

abuelos y nietos. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia.

- Dalla Via, A. R. (1998). Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal. III-1093, Lexis N° 0003/000523.
- Dutto, R. y Feldman, G. (2003). Ponencia sobre “La inconstitucionalidad del plazo legal de espera del divorcio por separación de hecho con fundamento en la supremacía legal de las Declaraciones, Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, incorporados a la Constitución Nacional en 1994” XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario.
- Fernandez Galiano, A. (1983). Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho. Madrid: Epesa. p. 139-140.
- Genoud, M. (2012). Del voto del Dr. Genoud en el fallo “R. I. I. c/ L. M. R. s/ divorcio”, SCBA, 6.6.2012.
- Gros Espiell, H. (1988). La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Raíces conceptuales en la historia y el derecho americano. Madrid: Civitas.
- Guastini, R. (1999). Distinguiendo. Barcelona, Gedisa.
- Herrera, M. (2014). El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que sea vecina: bases para leer el régimen de divorcio incausado. Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. Bs. As.: Ediciones Infojus.
- Herrera, M. (2014). Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 39.
- Jelin, E. (1998). , Pan y Afectos. La transformación de las familias. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, pág. 87.
- Kemelmajer de Carlucci, A (2014). “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”. Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y Contemporánea. , directoras Marisa Graham y Marisa Herrera, 1ª. edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, julio 2014, pág. 3.
- Kielmanovich, J. L. (2015). El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial. L.L. diario del 28 de abril de 2015 AÑO LXXIX N° 77.

- Krasnow, A. N. (2012). Las uniones convivenciales, en: Julio César RIVERA (director) y Graciela Medina (coordinadora), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (Buenos Aires, Abeledo-Perrot) pp. 371-391.
- Lafaille, H. (1930). Derecho de Familia. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.
- Lagomarsino, C. (1996). Juicio de nulidad de matrimonio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ley 14.394 (1954). Código Civil. Régimen de menores y bien de familia, Buenos Aires, 22 de Diciembre de 1954.
- Ley 17.711 (1968). Código Civil. Modificaciones, Buenos Aires, 22 de Abril de 1968.
- Ley 23.515 (1987). Código Civil. Modificaciones, Buenos Aires, 8 de Junio de 1987.
- Ley 2393 (1888). Matrimonio Civil. Régimen, Buenos Aires, 12 de Noviembre de 1888.
- Llambías, J. (2003). Tratado de Derecho Civil: Parte General. Buenos Aires, Argentina: Abeledo- Perrot. p. 152.
- Lloveras, N. y Salomón, M. (2009). El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Buenos Aires: Ed. Universidad.
- Machicado, J. (2012). Disolución del matrimonio. Apuntes Jurídicos. Recuperado de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/02/disolucion-del-matrimonio.html>. 15 mayo de 2016.
- Mazeaud, H. (1968). Lecciones De Derecho Civil. Vol. 3. Buenos Aires: EJEA.
- Medina, G. (2011). Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Divorcio y Proceso de Divorcio. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Medina, G. (2012). Matrimonio y disolución, en: Julio César RIVERA (director) y Graciela Medina (coordinadora), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, p. 274.
- Merlo, L. M. (2012). La reforma al derecho de familia en el anteproyecto de unificación del código civil y comercial. Buenos Aires: La Ley.
- Mizrahi, M. (2011). Hacia una reforma de la ley de divorcio, en RDF N. 52. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Moreno Sánchez, A. (2014). La autonomía de la voluntad en el Reglamento europeo sobre la ley aplicable al divorcio y la separación judicial, Diario La Ley, Nº 8271, Sección Tribuna, 14 Mar. 2014, Año XXXV, Ref. D-84, Editorial LA LEY, España, LA LEY 1181/2014.
- Nino, C. (1989). Ética y derechos humanos. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Pellegrini, M. V. (2014). Divorcio sin expresión de causa: relación con los deberes matrimoniales. Columna de opinión en Rubinzal Online.
- Sánchez Marín, A. Concepto, Fundamentos y Evolución de los derechos humanos. Revista Filosofía.org. Marzo de 2014. Recuperado de <http://www.revistadefilosofia.org/55-13.pdf>. 26 de Abril de 2016.
- Salvioli, F. (1997). El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana. Argentina: Edit. Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata.
- Sistema de derecho civil. (1986). Díaz Picazo y Gullón. Vol. IV, p. 47. Madrid: Editorial Tecnos.
- Tófaló, A. (2014). “El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico. Prácticas sociales y judiciales. Primera parte” en Revista de Derecho de Familia 53, 247.
- Truyol y Serra, A. (1968). Los Derechos Humanos, Editorial Tecnos, Madrid, 1968.
- Villagrasa Alcaide, C. (2011). Derecho de Familia. Barcelona: Ed. Bosch. Barcelona.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2011). Tratado de Derecho de familia. Volumen II. Navarra: Ed. Aranzadi. Navarra.
- Zannoni, E. (1978). Derecho de Familia. T 1, p. 300, nº 232. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Zorraquín Becú, R. (1966). Vélez Sársfield y el Código de Comercio. Libro del Centenario, Comisión Nacional de Homenaje a los doctores Dalmacio Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo. Buenos Aires.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	ALONSO SILVIA
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	23.954.897
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“DIVORCIO VINCULAR, FUNDAMENTOS DE LA REFORMA”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	pipialonso@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	-

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____ Villa de María de Río Seco. Diciembre de 2016 _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.