



Trabajo Final de Graduación Abogacía

*“Análisis comparativo del divorcio vincular en el Código Velezano y el actual Código Civil y Comercial de la Nación”.*

Emanuel Isaac Darío Kahla

2018

## **Resumen**

A través de la Ley 26.994 se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial. La nueva normativa trae consigo numerosas innovaciones entre ellas la figura del divorcio que difiere notablemente con la regulación anterior establecida en el Código Civil de Vélez Sarsfield, cuya vigencia expiró el 1 de agosto de 2015.

Con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desaparece el divorcio vincular con causa, ya sea ésta subjetiva u objetiva como lo previa la ley 23.515, instaurando el divorcio incausado. El nuevo ordenamiento civil consagra un divorcio sin expresión de causa, que se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges y a pesar que exista desacuerdo entre las partes en cuanto a los efectos derivados de aquél, dichas controversias en ningún caso pueden afectar o suspender el dictado de la sentencia de divorcio.

En el nuevo ordenamiento junto con la petición de divorcio se debe acompañar una propuesta reguladora, que 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, y todas aquellas cuestiones que sean de interés para las partes. A los fines del cumplimiento del convenio regulador, las partes podrán establecer garantías para el real cumplimiento del mismo o bien el juez puede exigir las cuando entienda que podría perjudicar de manera manifiesta los intereses de los integrantes del grupo familiar. Las garantías pueden ser reales o personales.

Otra innovación importante en el nuevo ordenamiento, es la compensación económica. Este Instituto jurídico, nada tiene que ver con la culpabilidad o inocencia de los cónyuges en el divorcio, ya que tales apreciaciones han sido dejadas de lado en la nueva legislación y dejaron de existir. La compensación económica procede para el cónyuge al que el divorcio le produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, por lo que tiene derecho a una compensación.

El Proyecto de ésta investigación tiene como fin analizar cuáles son las ventajas y desventajas que trajo aparejado la eliminación de las causales del divorcio en el nuevo régimen respecto al anterior; y que del análisis entre ambos regímenes se concluya que es necesaria la elaboración de una ley que interprete el espíritu que tuvo el legislador al eliminar las causales que existían.

Para el mismo, se tomó como punto de partida investigar: la evolución histórica con relación al vínculo matrimonial en las civilizaciones más importantes de la antigüedad; desarrollar las causales por las que se podía disolver el vínculo matrimonial según el Código Civil Velezano ya que es el régimen que le antecede al actual; analizar la innovación que trae la Ley 26.994 a través de la cual se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial respecto a la figura del divorcio en cuanto a las ventajas y desventajas que trajo la eliminación de las causales objetivas y subjetivas del régimen anterior, y analizar legislaciones actuales extranjeras en la aplicación de pensiones económicas para el caso de divorcio según tengan que reparar o subsanar un desequilibrio económico, producido entre los cónyuges con motivo de la separación o divorcio o cuando haya que compensar a uno de los cónyuges por aquellos aportes en servicios o bienes que no pueden ser salvados en la liquidación y partición del régimen patrimonial matrimonial.

Se piensa que todos estos puntos que se analizan y desarrollan en la presente investigación ayudarían a generar un análisis amplio, crítico, constructivo, descriptivo e integrador de todas las partes involucradas en esta temática que ha sufrido considerables cambios y que muchos de ellos no logran reflejar las necesidades reales que existen.

Palabras claves: disolución - divorcio causado - divorcio incausado - compensación económica - propuesta reguladora.

## **Abstract.**

Through Law 26,994, the new Civil and Commercial Code was enacted. The new regulation brings with it numerous innovations, among them the figure of divorce that differs markedly with the previous regulation established in the Civil Code of Vélez Sarsfield, whose validity expired on August 1, 2015.

With the new Civil and Commercial Code of the Nation, the divorce to link with cause disappears, be it subjective or objective as the previous law 23.515, establishing the uncaused divorce. The new civil order establishes a divorce without expression of cause, which is judicially decreed at the request of both or of only one of the spouses and although there is disagreement between the parties regarding the effects derived from it, said controversies can not under any circumstances be affect or suspend the issuance of the divorce decree.

In the new order along with the divorce petition must accompany a regulatory proposal, which must contain the issues relating to the allocation of housing, the distribution of assets, and possible economic compensation between spouses, the exercise of responsibility parental, in particular, the food benefit, and all those issues that are of interest to the parties. For the purposes of complying with the regulatory agreement, the parties may establish guarantees for the real fulfillment of the same or the judge may demand them when it understands that it could manifestly harm the interests of the members of the family group. The guarantees can be real or personal.

Another important innovation in the new order is economic compensation. This legal institute has nothing to do with the guilt or innocence of the spouses in the divorce, since such assessments have been left aside in the new legislation and ceased to exist. The economic compensation proceeds for the spouse to whom the divorce produces a manifest imbalance that signifies a worsening of their situation and that has as an adequate cause the marriage bond and its rupture, for which reason it is entitled to compensation.

The purpose of this research project is to analyze the advantages and disadvantages of eliminating the causes of divorce in the new regime compared to the previous one; and that of the analysis between both regimes it is concluded that it is necessary to elaborate a law that interprets the spirit that the legislator had when eliminating the causes that existed.

For the same, it was taken as a starting point investigate: the historical evolution in relation to the marriage bond in the most important civilizations of antiquity; develop the grounds by which the marriage bond could be dissolved according to the Velezano Civil Code since it is the regime that precedes the current one; analyze the innovation brought by

Law 26,994 through which the new Civil and Commercial Code was sanctioned regarding the figure of divorce in terms of the advantages and disadvantages brought about by the elimination of the objective and subjective causes of the previous regime, and analyze current foreign laws in the application of economic pensions in the case of divorce as they have to repair or correct an economic imbalance, produced between the spouses on the occasion of separation or divorce or when it is necessary to compensate one of the spouses for those contributions in services or property that cannot be saved in the liquidation and partition of the matrimonial property regime.

It is thought that all these points that are analyzed and developed in the present investigation would help generate a broad, critical, constructive, descriptive and integrating analysis of all the parties involved in this issue that has undergone considerable changes and many of them fail to reflect the real needs that exist.

**Keywords:** Dissolution - divorce caused - divorce uncaused - economic compensation - regulatory proposal.

## Índice

Introducción .....	8
1. Derecho Antiguo.....	14
2. Derecho Romano .....	15
3. El Cristianismo: Los Evangelios y su Interpretación .....	16
4. Posición del Protestantismo y de las Iglesias Ortodoxas .....	17
5. La Codificación Moderna.....	18
6. Evolución del Divorcio en el Derecho Argentino .....	19
7. Conclusiones Parciales.....	23
Capítulo Dos “Divorcio en el Código Civil Velezano. Sus conceptos y procedimiento Judicial” .....	25
Introducción. ....	25
1. Disolución del vínculo matrimonial.....	25
2. Divorcio .....	26
3. Diferencia entre divorcio vincular y separación personal.....	26
4. Divorcio como sanción y como remedio.....	26
5. Causas de divorcio o separación personal que implican la atribución de culpa a uno de los cónyuges: causales subjetivas .....	27
5.1 Causales imputables a ambos cónyuges .....	30
5.2 Requisitos para la presentación de la demanda .....	31
5.3 Prueba de las causas de divorcio .....	31
6. La separación de hecho sin voluntad de unirse como causal objetiva. ....	33
6.1 Admisibilidad de la prueba confesional y reconocimiento de los hechos .....	34
7. Divorcio por presentación conjunta .....	34
7.1 Condiciones para que proceda el divorcio por presentación conjunta.....	34
7.2 Forma de presentación .....	35
7.3 Tramite de la presentación conjunta.....	35
7.4 Acuerdos que pueden existir con la presentación conjunta .....	36
7.5 Efectos del divorcio por presentación conjunta .....	36
8. Separación personal en razón de alteraciones mentales graves, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge .....	37
9. Normas procesales y de fondo que rigen el proceso de divorcio. ....	37
9.1 Juez competente .....	37
9.2 Juicio ordinario .....	37

9.3 Acumulación de procesos .....	37
9.4 Allanamiento .....	38
9.5 Cuestiones e incidentes conexos al juicio de divorcio .....	38
9.6 Improrrogabilidad de la competencia.....	38
9.7 Partes en el juicio de divorcio .....	39
9.8 Caducidad de la acción por muerte de uno de los cónyuges .....	39
10. Conclusiones Parciales.....	40
Capítulo Tres “Divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación” .....	42
Introducción .....	42
1. Disolución del vínculo matrimonial.....	43
2. Nulidad a la renuncia.....	43
3. Legitimación para pedir el divorcio .....	44
4. Cambios sustanciales en el divorcio introducidos con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	45
5. Proceso de divorcio .....	46
6. Contenido de propuesta reguladora.....	48
7. Compensación económica .....	49
7.1 Naturaleza jurídica .....	50
7.2 Forma de cumplimiento .....	51
7.3 Pensiones compensatorias en el Derecho extranjero .....	52
7.3.1 Francia.....	52
7.3.2 España .....	53
7.3.3 El Salvador.....	53
7.3.4 Chile.....	54
7.4 Atribución de la vivienda familiar.....	54
7.4.1 Efectos de la atribución.....	55
7.4.2 Cese.....	56
8. Disposiciones transitorias.....	56
8.1 Vigencia de los efectos de la declaración de inocencia.....	56
9. Conclusiones Parciales.....	57
Conclusiones Finales y Propuesta.....	59
Bibliografía .....	66

<b>10.1. Doctrina .....</b>	<b>66</b>
<b>10.2. Legislación .....</b>	<b>67</b>
<b>10.3. Jurisprudencia.....</b>	<b>67</b>

## **Introducción**

En el viejo Código Civil Velezano, para poder divorciarse y disolver el vínculo matrimonial era necesario demostrar en la demanda que existía una causa. Estas causas estaban enumeradas taxativamente y podían ser imputables a uno o ambos cónyuges. Independientemente de que el divorcio se presentase de común acuerdo o por presentación conjunta debían alegar una causa. En cambio, con el nuevo Código Civil desapareció el divorcio vincular con causa, ya sea esta subjetiva u objetiva, instaurando el divorcio incausado.

El nuevo ordenamiento civil, consagra un divorcio sin expresión de causa eliminando inocentes y culpables dentro del matrimonio. El divorcio, se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. A pesar que exista desacuerdo entre las partes en cuanto a los efectos derivados de aquél, dichas controversias en ningún caso pueden afectar o suspender el dictado de la sentencia de divorcio. Junto con la petición de divorcio se debe acompañar una propuesta reguladora. Ésta 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, y todas aquellas cuestiones que sean de interés para las partes. Su contenido serán aquellas cuestiones que sean de interés personal a ese matrimonio en cuestión, ya que si bien el nuevo articulado estipula su contenido lo hace solo a modo enunciativo pudiendo las partes introducir lo que crean conveniente. A los fines del cumplimiento del convenio regulador, las partes podrán establecer garantías para el real cumplimiento del mismo o bien el juez puede exigir las cuando entienda que podría perjudicar de manera manifiesta los intereses de los integrantes del grupo familiar. Las garantías pueden ser reales o personales. Asimismo, otra innovación importante el nuevo ordenamiento es la compensación económica. Este Instituto jurídico, nada tiene que ver con la culpabilidad o inocencia de los cónyuges ya que estos parámetros han sido dejados de lado en la nueva legislación. La compensación procede para el cónyuge al que el divorcio le produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, por lo que tiene derecho a una compensación.

La investigación plantea ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la eliminación del divorcio con causa objetiva y subjetiva en el Código Civil y Comercial en relación al régimen anterior?

La justificación del tema elegido reside en que actualmente, la figura del divorcio es un tema de gran auge y preocupación debido a que la eliminación de las causales subjetivas y objetivas contempladas en el Código Civil Velezano causó una serie de cuestionamientos respecto al antiguamente llamado cónyuge culpable. Al desaparecer el divorcio sanción, el mismo puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges sin necesidad de tener que justificarlo con alguna causal. Y hay quienes consideran, que el espíritu del nuevo Código parecería ser que el cónyuge agraviado por adulterio por ejemplificar alguna causal de las viejas contempladas en el artículo 202 del Código Civil Velezano y que padece del abandono de este, no es tenido en consideración al momento del dictado de una sentencia favorable de divorcio, quedando tal reproche únicamente librado al ámbito moral y social.

La hipótesis central de la presente investigación, se encuentra direccionada a las consecuencias del divorcio sin expresión de causa, donde considero, de manera anticipada, que la nueva regulación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación lejos de contribuir al proceso social y jurídico, desresponsabiliza a quienes contraen matrimonio de sus deberes conyugales, ocasionando que la consecuente desvinculación muchas veces quede sujeta al criterio judicial de quien dictara la sentencia sin tomar en cuenta las causas, reduciendo las interpretaciones de manera objetiva y no integrada de la situación particular que tuvo como desenlace la disolución del vínculo matrimonial.

La presente investigación se considera que puede ser un gran aporte al mundo jurídico ya que se cree que conociendo las ventajas y desventajas que causó la eliminación de las causales en el nuevo articulado los jueces van a tomar en consideración la interpretación que propongo y que debería ser vinculante al momento del dictado de una sentencia de divorcio. Si bien, se pregona a la nueva figura del divorcio como “exprés”, lo exprés en cuanto a su obtención no debe dejar librado al mero criterio judicial una temática tan delicada, exclusiva, específica y personal a cada pareja. Tampoco se debería perder de vista que el divorcio es lo que secunda a la Institución del Matrimonio, y para la existencia del mismo es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente y 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 este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo tal como rezan los artículos 402 y 406 del Código Civil y Comercial.

La eliminación de las causales de divorcio en el nuevo Código, considero, no significa un progreso desde el punto de vista social o jurídico. Muy por el contrario, es un serio retroceso, ya que no establece sanción alguna cuando se violan los deberes que nacen del

matrimonio. Tal eliminación, podría llevar a una conducta despreocupada de uno de los cónyuges hacia el otro o ambos, lo que resultaría inconveniente tanto para ellos como para los hijos y para la sociedad en su conjunto y es lo que se ambiciona demostrar cuando se hace mención sobre las ventajas y desventajas que tuvo la eliminación del divorcio con causa, sean éstas subjetivas u objetivas en el Código Civil y Comercial.

Se considera, que es necesaria la elaboración de una ley que interprete el espíritu que tuvo el legislador al sancionar el divorcio sin expresión de causa, abandonando el viejo divorcio sanción. La misma, iluminaría aquellos casos en los que existen partes débiles y vulnerables. El dictado de una sentencia exprés, no solo los perjudicaría sin una interpretación específica e integradora a su condición dentro del matrimonio, que entiendo la compensación no llega a remediar, sino que también lo dejaría con una sensación de que el nuevo articulado lejos de hacer justicia simplifica temáticas con el único fin de aliviar el trabajo judicial.

El objetivo general es analizar cuáles son las ventajas y desventajas que trajo aparejado la eliminación de las causales del divorcio en el nuevo régimen respecto al anterior. Y los objetivos específicos son analizar la evolución histórica de la figura del divorcio vincular en el ordenamiento jurídico argentino; comparar el divorcio vincular en el Código Velezano y el actual Código Civil y Comercial de la Nación; desarrollar el procedimiento establecido actualmente para petitionar el divorcio.

Las preguntas de investigación en el presente trabajo son ¿Cuáles son las diferencias fundamentales en la figura del divorcio a partir de la sanción de la Ley 26.994 respecto al régimen anterior en relación a cada uno de los cónyuges? ¿Quién puede petitionar el divorcio? ¿Existe algún plazo al que debe ajustarse a contar desde la celebración del matrimonio?

En el presente trabajo se utiliza el tipo de investigación descriptivo, que permiten detallar situaciones y eventos, es decir cómo es y cómo se manifiesta determinado fenómeno y busca especificar propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis (Sampieri, 2014). Permite investigar la figura del divorcio en su totalidad en el Código Civil Velezano y en el actual Código Civil y Comercial. Se recolectaron opiniones juristas de importancia, analizando la resolución de diferentes fallos dictados antes y después de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial para lograr distinguir el objetivo del Proyecto de investigación que es analizar y conocer las ventajas y desventajas que trajo aparejado la eliminación de las causales del divorcio en el nuevo régimen respecto al anterior.

La estrategia metodológica que se utiliza es la cualitativa que se enfoca en comprender y profundizar los fenómenos explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con el contexto.

El enfoque cualitativo se selecciona cuando se busca comprender la perspectiva de los participantes (individuos o grupos pequeños de persona o lo que se investigará) acerca de los fenómenos que los rodean profundizar en sus experiencias, perspectivas, opiniones y significados, es decir, la forma en que los participantes perciben subjetivamente su realidad (Sampieri, 2014).

Se realiza una recolección de la opinión de juristas, analizando la resolución de diferentes fallos dictados antes y después de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial en cuanto a las diferentes formas de resolución a consecuencia de la sanción del nuevo Código, sin realizar una medición de tipo numérica o estadística.

Las fuentes que se utilizan son primarias, secundarias y terciarias. Son fuentes primarias son las que contienen información original no abreviada ni traducida: tesis, libros, monografías, artículos de revista, manuscritos. Se les llama también fuentes de información de primera mano, incluye la producción documental electrónica de calidad (Buonacore, 1980).

Las secundarias contienen datos o informaciones reelaborados o sintetizados, como pueden ser los resúmenes, obras de referencia. Son textos basados en fuentes primarias, e implican generalización, análisis, síntesis, interpretación o evaluación. Interpreta y analizan fuentes primarias. Las fuentes secundarias son textos basados en fuentes primarias, e implican generalización, análisis, síntesis, interpretación o evaluación (Buonacore, 1980).

Las fuentes terciarias contienen información sobre las fuentes secundarias y remiten a ellas. Forman parte de la colección de referencia de la biblioteca. Facilitan el acceso y control de toda la gama de repertorios de referencia. (Buonacore, 1980).

- Fuentes Primarias: Código Civil Velezano, Código Civil y Comercial de la Nación.
- Fuentes Secundarias: libros especializados en derecho de familia de autores de renombre en nuestro país y que han participado alguno de ellos de la última reforma que es la que es objeto de análisis en el presente trabajo.
- Fuentes Terciarias: Diccionario jurídico, Publicaciones en revistas jurídicas, Doctrina y Jurisprudencia.

Para la realización de la presente investigación se utiliza como técnica de recolección y análisis de datos la revisión de documentos tales como la legislación anterior y vigente, jurisprudencia, doctrina interna y extranjera referente a la figura del divorcio.

Se encuentra delimitado temporalmente, ergo, se realiza un análisis respecto de las ventajas y desventajas de la eliminación de las causales objetivas y subjetivas que expiraron el 1 de agosto de 2015 cuando se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial.

## Capítulo Uno “Antecedentes Históricos del Matrimonio y evolución del Divorcio”

## **Capítulo Uno “Antecedentes Históricos del Matrimonio y evolución del Divorcio”**

### **Introducción**

En este primer capítulo se hace mención acerca de qué sucedía con el vínculo matrimonial en el derecho antiguo haciendo referencia a las más importantes civilizaciones para poder comprender la evolución que ha tenido esta temática a lo largo de la historia y de ese modo generar en el lector una mirada amplia y crítica evaluando las ventajas y desventajas que trajo aparejado la posterior eliminación de las causales de divorcio en el nuevo régimen, sin perder de vista sus comienzos. Las civilizaciones a las que se hace referencia son el Derecho Antiguo, el Derecho Romano, el Cristianismo, el Protestantismo y las Iglesias Ortodoxas hasta llegar al derecho argentino vigente. Se cree que es de gran importancia el desarrollo de este capítulo ya que se ansía que luego de su lectura el lector tenga una visión amplia, integradora y comprensiva de cómo se trataba a la mujer no solo dentro del matrimonio sino en la sociedad toda. Muchos de esos rasgos que aún se arrastran se están tratando de erradicar y se les ha puesto nombre: violencia de género. Si bien todavía no alcanzamos la sociedad que quisiéramos, es bueno conocer el pasado y ver los avances que se han logrado aunque quede un largo camino por recorrer.

### **1. Derecho Antiguo**

Belluscio (2004), relata que antiguamente la mujer estaba en situación de inferioridad y se la reducía a casi la categoría de una cosa, apropiada por el hombre mediante la violencia y mediante la compra después. Era muy natural por aquellos días que la mujer fuese abandonada por su dueño y de esa forma se disolvía el matrimonio por la sola voluntad del hombre que lo daba por terminado haciendo abandono (repudiándola) o expulsando a la mujer. En la época histórica de Egipto de la indisolubilidad se pasó al repudio fundado en causa grave, facultad otorgada primero al marido, luego a la mujer y en algunos casos limitada más tarde solo a ella por las capitulaciones matrimoniales y finalmente, al repudio unilateral sin necesidad de causa.

Belluscio (2004), continúa relatando que en Babilonia, las leyes primitivas otorgaban al marido el derecho de repudiar libremente a su esposa; el Código de Hammurabi fijó causas para que ese derecho pudiera ser ejercido por el marido, pero a falta de causa igualmente podía repudiarla, aunque quedaba obligado a pagarle una indemnización, y además admitió el derecho de repudio por la mujer, en ciertos casos. En cambio, en la India, las Leyes de Manú

conferían al marido un derecho de repudio ilimitado, que no se otorgaba a la mujer, quien aún en caso de ser abandonada lo único que podía hacer era salir a la búsqueda del esposo. En China, el derecho de repudio del marido era casi ilimitado por la amplitud de las causales (falta de sumisión a los parientes del marido, esterilidad, impudicia, celos, enfermedad crónica, locuacidad y robo). En Persia, el marido podía repudiar a la mujer a su libre voluntad. En Esparta, el divorcio era raro y merecía reprobación.

En Atenas, el derecho del marido era absoluto, sólo limitado por la obligación de devolver inmediatamente la dote de la mujer; ésta podía pedir el divorcio por crueldad o excesos del marido, pero la efectividad de su derecho quedaba limitada por su falta de libertad para salir del hogar y recurrir al arconte a entablar la demanda, por la dificultad de la prueba, y porque en todo caso los hijos quedaban con el marido.

Entre los hebreos, el derecho de repudio por parte del marido fue limitado por disposiciones de uno de los libros del Pentateuco, el Deuteronomio, que expresa lo siguiente:

Si un hombre se casa con una mujer, pero después le toma aversión porque descubre en ella algo que le desagrada, y por eso escribe un acta de divorcio, se la entregará y la despedirá de su casa. Una vez que esté fuera de su casa, si la mujer se desposa con otro y este último también la rechaza, escribe un acta de divorcio y la despide, o bien muere, su primer marido no podrá volver a tomarla por esposa, puesta que ella ha sido mancillada. Esto sería abominable a los ojos del Señor, y tú no puedes manchar con un pecado la tierra que el Señor, tu Dios, te da en herencia. (Belluscio, 2004, p. 416).

Posteriormente, se admitió también el derecho de la mujer de obligar al marido a divorciarse cuando había causas graves imputables a él, tales como sevicia, enfermedad contagiosa o impotencia. (Belluscio, 2004).

## **2. Derecho Romano**

En el derecho Romano, el matrimonio se disolvía por muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida de la capacidad y por la pérdida de la *affectio maritalis*. La pérdida de la capacidad tenía lugar por la *capitis deminutio* máxima, ya fuera por hacerse esclavo, ser condenado a servidumbre o caer en poder del enemigo, y también por el incesto sobreviniente, especialmente en caso de adopción de la esposa por el suegro. La pérdida de la *affectio maritalis* por parte de cualquiera de los cónyuges provocaba la disolución del matrimonio por divorcio; luego, el divorcio, más que una institución separada resultaba una consecuencia del concepto romano del matrimonio: la cesación de éste por desaparición de la *affectio maritalis*, que era uno de los elementos esenciales del matrimonio. Por consiguiente, el divorcio no podía ser prohibido por la ley, y cuando los emperadores cristianos se

propusieron limitarlo, sólo pudieron establecer sanciones para quienes se divorciasen sin causa o para quienes dieran causa al divorcio, sin que por eso consiguiesen impedir que se disolviera el matrimonio (Belluscio, 2004).

Si bien, en un principio, el divorcio era raro en la práctica, en la época clásica el contacto con la civilización griega, motivó el cambio de las costumbres primitivas y el debilitamiento de la organización familiar y de la estabilidad del matrimonio.

La desaparición del matrimonio cum manu también contribuyó a facilitar el divorcio. Con el propósito de desalentarlo, durante el imperio de Augusto la *lex Julia de adulteriis* prescribió que el repudio debía ser participado por un liberto ante siete testigos; pero los jurisconsultos se resistieron a admitir que el matrimonio perdurase por el incumplimiento de esa formalidad.

Los emperadores cristianos iniciaron una reforma de la legislación matrimonial tendiente a limitar los divorcios y castigar al que repudiaba sin causa o daba lugar al repudio. En el año 449, Teodosio y Valentiniano establecieron por primera vez una enunciación precisa de las causas de repudio y sanciones patrimoniales por repudiar sin justa causa o por incurrir en causa de repudio. Justiniano amplió y modificó esas disposiciones, enunciando las causas de repudio por parte de uno y otro cónyuge y prohibiendo el divorcio por mutuo consentimiento, salvo para entrar en la vida monacal. Pocos años después, el emperador Justino restableció el divorcio por mutuo consentimiento sin sanción alguna.

La evolución operada en el derecho romano muestra el paso del antiguo concepto del repudio al moderno del divorcio; este término se origina en Roma, donde repudio significa la disolución del matrimonio por voluntad de uno de los cónyuges, generalmente del marido, sin intervención de la autoridad, y divorcio la disolución por mutuo consentimiento o por declaración de la autoridad mediante causa legítima.

Las formas del divorcio romano son cuatro: a) por mutuo consentimiento: permitido primero, lo prohíbe Justiniano y lo restablece Justino; b) *bona gratia* (que no comporta sanciones): tiene lugar por impotencia, elección de la vida monacal, o cautiverio; c) repudio o divorcio unilateral: es lícito si hay justa causa, y da lugar a la imposición de sanciones al culpable, y d) repudio sin causa: es válido pero motiva la imposición de sanciones al repudiante (Belluscio, 2004).

### **3. El Cristianismo: Los Evangelios y su Interpretación**

Con la aparición del cristianismo desaparece casi por completo el concepto antiguo de repudio como así también el romano de divorcio, debido a que las legislaciones modernas

que admiten la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges lo hacen sobre bases totalmente distintas y, casi sin excepciones, con intervención del órgano jurisdiccional, intervención que es una de las características esenciales del derecho matrimonial canónico.

Existen diversos textos evangélicos que hacen referencia al divorcio según San Mateo y en base a la interpretación que se hacía de los mismos, el cristianismo se veía dividido entre admitir o rechazar el divorcio vincular. Existían varias dudas en torno a esta temática, y una de las importantes fue la de determinar si la prohibición de segundo matrimonio después del divorcio tenía o no una excepción en el caso de adulterio de la mujer. Sin embargo, se sostuvo también que el adulterio era una causa justificada del divorcio, pero que no habilitaba para una nueva unión.

Sólo después de quince siglos, en 1563, la Iglesia Católica en el Concilio de Trento comenzó por aceptar el divorcio vincular por adulterio para extenderlo luego a otros supuestos. Por otra parte, las sectas protestantes negaron, en general, el carácter sacramental del matrimonio y, por tanto, la autoridad de la Iglesia para legislar sobre el divorcio.

En el Concilio de Trento (1563) triunfó ampliamente la teoría de que el matrimonio es un sacramento, y celebrado entre católicos y consumado es indisoluble en vida de los esposos, aun en caso de adulterio de uno de ellos. También se consagró la posibilidad de separación de cuerpos por sentencia de los tribunales eclesiásticos (Belluscio, 2004).

En los últimos años algunos canonistas, en especial Víctor J. Pospishil, prelado austríaco radicado en los Estados Unidos de América, propician la revisión de la doctrina de la Iglesia para admitir el divorcio vincular, en tanto que otros aceptan como sucedáneo un criterio muy lato en la admisión de la nulidad matrimonial; llegan, así, a admitir que la verdadera consumación del matrimonio no se produce por la unión sexual sino por una compenetración espiritual que, no lograda, permitiría a la Iglesia anular el vínculo o disolver el matrimonio no consumado.

#### **4. Posición del Protestantismo y de las Iglesias Ortodoxas**

Mientras la Iglesia Católica aceptaba definitivamente la doctrina de la indisolubilidad, los reformadores la declaraban falsa y negaban el carácter sacramental del matrimonio. Consideraban que no podía ser contraria a la voluntad de Dios la disolución del vínculo por los tribunales en caso de violación y desprecio de los deberes derivados del matrimonio. Pensaban que Jesús nada dijo sobre el divorcio por mutuo consentimiento ni sobre el fundado en causas determinadas por la ley civil, razón por la cual no habría prohibido uno ni otro. El

propio Lutero, al romper con Roma, despreció sus votos y contrajo matrimonio, al cual despojó de carácter sacramental y sometió a la autoridad secular.

La primera de las causas admitidas fue el adulterio, sobre la base del Evangelio de San Mateo. Luego, la *malitiosa desertio*, consistente en la huida a un lugar no asequible a la autoridad judicial. Se le equiparó más tarde la *quasidesertio*, concepto no bien determinado pero que llegó a comprender no sólo el abandono sino también la separación forzada por el destierro o la prisión. Finalmente, llegaron a aceptarse diversas causas fundadas en la culpa de uno de los esposos, como la obstinada negativa a cumplir el débito conyugal, las insidias (asechanzas contra la vida) y las sevicias (malos tratamientos que ponen en peligro la salud).

La Iglesia Anglicana, en cambio, mantiene oficialmente el rechazo del divorcio vincular, aunque existe ya una fuerte tendencia a admitirlo. Finalmente, “las Iglesias ortodoxas, griega y rusa, siempre admitieron el divorcio vincular por causas imputables a uno de los cónyuges; la primera lo acepta, además, por enfermedades físicas y mentales incurables”. (Belluscio, 2004, p. 422).

## **5. La Codificación Moderna**

Al dictarse los códigos civiles o las leyes especiales que contemplaron al matrimonio como un acto civil, predominó la solución de admitir el divorcio absoluto; sólo no se lo reconoció en aquellos países en que es mayor la influencia de la Iglesia Católica. En Francia, tras la Revolución de 1789 y la Constitución de 1791, se dictó la ley del 20 de septiembre de 1792 que admitió el divorcio con suma facilidad, no sólo por mutuo consentimiento de los cónyuges sino también por “incompatibilidad de humor” alegada por uno solo de ellos. El Código Napoleón reaccionó contra esos extremos, y si bien aceptó al lado del divorcio por causas graves imputables a uno de los cónyuges el fundado en el consentimiento mutuo, consideró que éste no era una causal en sí sino el reconocimiento por parte de los cónyuges de la existencia de una causal que querían mantener oculta. Tras la restauración borbónica, en 1816 el divorcio absoluto fue suprimido.

Después de muchos intentos de restablecerlo, así lo hizo la llamada “ley Naquet dictada en 1884” ley que lleva el nombre de su autor, se volvió a aceptar el divorcio absoluto por causas graves, mas no por el mutuo disenso. Posteriormente, la institución se difundió, y ahora son excepcionales los regímenes jurídicos que no la reconocen. (Belluscio, 2004).

## **6. Evolución del Divorcio en el Derecho Argentino**

Siguiendo a Krasnow (2016), quien considera que históricamente en el Código Civil originario, la disolución del matrimonio solo se producía por la muerte de uno de los cónyuges.

Vélez Sarsfield conservo el matrimonio religioso, que debía celebrarse siguiendo las solemnidades dispuestas por la Iglesia Católica. En el caso de los contrayentes que no pertenecían a la Iglesia Católica, debían casarse según los ritos de su pertenecía religiosa. Respecto de las parejas que no tenían pertenencia y no estaban dispuestas a renunciar a sus convicciones, estaban obligados a conformar una convivencia de hecho. (Uriarte, 2006)

La separación de cuerpos en los supuestos de matrimonio entre católicos o matrimonios mixtos autorizados por la Iglesia Católica, quedaban sujetos a las normas eclesiásticas. En cuanto a la competencia para entender en la separación, se establecía una disociación. A la autoridad eclesiástica le correspondía el conocimiento de las causas de divorcios entre los casados ante la Iglesia Católica o con autorización de ella, mientras que los jueces civiles eran competentes en los divorcios de parejas que habían contraído matrimonio sin autorización de la Iglesia Católica, por cualquiera de las causales establecidas (adulterio, tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro y las ofensas físicas o malos tratamientos). En relación con el cese de los efectos personales en el matrimonio, se extinguía el deber de cohabitación y conservaba su vigencia el deber de fidelidad. Con respecto a este último, quien lo incumpliera cometiendo adulterio, podía ser criminalmente acusado.

Luego con la Ley 2393 de matrimonio civil, dictada en el año 1888 llamada Ley de Matrimonio Civil, establecía que era el único que producía efectos civiles, se permitía a la pareja celebrar ceremonia religiosa, pero la misma no tenía trascendencia en el ámbito jurídico.

Krasnow, (2016), considera que entre las cuestiones más sobresalientes se destacaban la indisolubilidad del vínculo, sólo se admite la separación personal por las causales subjetivas previstas en la norma a las que se sumaron la provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos, la sevicia, las injurias graves y el abandono voluntario y malicioso. El juez en lo civil tenía competencia para entender en el proceso de separación personal y para definir los efectos tras el dictado de la sentencia. El inocente tenía la facultad de solicitar la disolución de la sociedad conyugal y conservaba la vocación sucesoria. Perdía sus derechos si constituía otra pareja.

Posteriormente, con la sanción de la Ley 14.394 en el año 1954 se sumaron dos causales de disolución, el matrimonio del cónyuge de la persona declarada ausente con presunción de fallecimiento y el divorcio vincular, que solo procedía por vía de la conversión.

Es decir que, solo podían acceder al divorcio aquellas parejas que habían obtenido la sentencia de separación personal con una antigüedad mayor a un año.

Aunque tal posibilidad perdió vigencia con el gobierno militar que dictó un decreto Ley 4070/56, declarando en suspenso el artículo que lo posibilitaba, por lo que se interpretó derogado ya que una norma no puede estar vigente y a la vez inoperante. Con esa derogación tácita se volvió a la regla de la indisolubilidad del matrimonio que rigió hasta la entrada en vigencia de la Ley 23.515 en el año 1987. (Krasnow, 2015).

En el año 1968 con la Ley 17.711 se mantiene la indisolubilidad del vínculo pero se introduce entre las causales de separación personal la causal de presentación conjunta.

Con tal incorporación los cónyuges, después de haber transcurrido dos años de estar casados, podían petitionar el divorcio con solo alegar que existían causas graves que hacían moralmente imposible la vida en común, siendo el deber del juez no expresar en la sentencia los hechos que motivaron la crisis de la unión matrimonial. (Krasnow, 2015).

Luego en el año, 1987, se sanciona la Ley 23.515 que es la que reforma el régimen del matrimonio civil y es cuando se comienzan a reconocer tres causales de disolución: muerte de uno de los cónyuges, por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento y por sentencia de divorcio vincular.

En el régimen derogado, el régimen del declarado ausente recobraba la aptitud nupcial, pero su vínculo continuaba hasta el momento en que contrajera nuevo matrimonio. En cambio, el régimen actual prevé la disolución del vínculo matrimonial como efecto inmediato de la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento.

Esta reforma llega tras el impulso proveniente del famoso caso “Sejean c Zacks de Sejean”, que estableció la inconstitucionalidad de las normas que establecen la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

“Este caso lo plantea la pareja integrada por Juan Bautista Sejean y Alicia Kuliba, 27/11/1986, esta pareja pretendía contraer matrimonio y no podían debido a que el señor Sejean se encontraba separado conforme al régimen de matrimonio civil que consagraba la indisolubilidad del vínculo. En razón de tal limitación, es que solicitan la declaración de inconstitucionalidad de la norma mencionada, y cuando la causa llega a la Corte, termina resolviéndose a favor de la pareja”. (Krasnow, 2016, p. 296).

Con este fallo se pone de manifiesto la necesidad de apartarse de los mandatos religiosos y priorizar el valor de la libertad en el régimen matrimonial.

Transcripción del voto saliente de Petracchini: para que una ley sea compatible con el sistema de libertad consagrado en la Constitución, debe serlo también en la

neutralidad confesional que esta adopta, de modo tal que esa ley no obstaculice la plenitud de la garantía constitucional de profesar cualquier religión o no profesar ninguna. De este modo resultaría violatorio del artículo 14 de la Constitución Nacional imponer coactivamente alguno de los principios de las diversas religiones que coexisten en nuestra sociedad, incluido el de indisolubilidad del vínculo matrimonial prescripto por el credo católico, respecto de aquellos que no profesan esa religión. (Krasnow, 2016, p. 297).

El régimen introducido con la Ley 23.515 conservaba el recurso de la separación personal, introduce el divorcio vincular y además dentro de un sistema causado, se conservan las causales subjetiva (divorcio sanción) que pasan a convivir con las causales objetivas (divorcio remedio).

En ese régimen el legislador optó por un enunciado de causales taxativo:

- Adulterio.
- Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador.
- Instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos.
- Injurias graves.

Esta última causal, actúa como residual cuando un hecho no encuadraba en ninguna de las otras, se establecía para que el juez en su apreciación tomara en consideración la educación, posición social, y demás circunstancias de hecho que pueden presentarse.

En cambio, si uno o ambos cónyuges pretendían obtener una sentencia de separación personal o divorcio vincular in trasladar a la justicia los hechos íntimos que provocaron la crisis matrimonial, tenían a su alcance las causales objetivas comprendidas en el régimen.

En el caso de la separación personal existían tres causales:

- Separación de hecho, si la situación fáctica tenía una antigüedad mayor a los dos años.
- Trastornos de conducta, causal que comprendía las alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicciones a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impidan la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos.
- Presentación conjunta, si el matrimonio tenía una antigüedad mayor de dos años.

Para el supuesto de optar por el divorcio vincular solo se contemplaban dos causales:

- La separación de hecho, si la situación fáctica tenía una antigüedad mayor a los tres años.
- La presentación conjunta, si el matrimonio tenía una antigüedad mayor a tres años.

Luego, existió un Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio en el año 1998, elaborada por una Comisión designada por decreto 685/1995, que se alejó del equilibrio hasta ese entonces existente, y concentraba el divorcio sobre la base de la culpa, conservando el doble recurso de la separación judicial y el divorcio vincular, procediendo la declaración de culpabilidad en todos los casos. (Krasnow, 2015).

Introdujo un cambio en lo que respecta a las causales subjetivas comprendidas; siendo causales de separación judicial los hechos de uno de los cónyuges que constituyan una violación grave y reiterada de los deberes derivados del matrimonio y hagan intolerable el mantenimiento de la vida común

La Ley 26.618, reconoció el matrimonio entre personas de igual sexo, incorporando las modificaciones y agregados necesarios que permitieran la adecuación a la apertura del régimen. Conserva en toda su extensión las normas según el texto de la Ley 23.515, siendo la base del cambio extender el derecho a casarse a las personas del mismo sexo, y fue la que determinó que se instalara el término matrimonio igualitario. (Krasnow, 2015).

Actualmente, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación a través de la Ley 26.994 el matrimonio se disuelve por tres causales:

- Muerte de uno de los cónyuges;
- Sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;
- Divorcio declarado judicialmente.

Es una enumeración taxativa, lo que significa que no existen otras causales de disolución de la unión matrimonial que las enunciadas. Es decir, que la disolución del matrimonio, produce la extinción del vínculo jurídico por la concurrencia de causales sobrevinientes a su celebración. Por lo tanto, el vínculo disuelto reconoce como antecedente un matrimonio existente y válido.

El nuevo Código trae como principal innovación, la eliminación del divorcio con causa, ya fuera subjetiva u objetiva, y se va a decretar judicialmente con la sola petición de uno solo de los cónyuges o el mejor de los casos, de ambos. (Bossert y Zannoni, 2016).

## **7. Conclusiones Parciales**

En el presente capítulo, se desarrolló la evolución histórica con respecto al vínculo matrimonial. En la antigüedad la figura de mujer era muy castigada, carecía de todo derecho al punto tal que se la reducía a una cosa y podía ser abandonada por su dueño operando de ese modo el divorcio. Es muy valioso conocer y recordar la figura de la mujer en la antigüedad, ya que se piensa que ponerla en pie de igualdad en ciertos casos es desventajoso y lejos de ser un reconocimiento y avance, se termina convirtiendo en un retroceso.

Se comenzó desde el Derecho Antiguo, Derecho Romano, el Cristianismo haciendo hincapié en los Evangelios y su interpretación, también se analizó la posición del Protestantismo y de las Iglesias Ortodoxas, hasta llegar a la Codificación Moderna y dentro de ellas hicimos especial mención a la evolución del Divorcio en el Derecho Argentino hasta llegar a la actualidad.

Se considera de gran importancia conocer la evolución que ha tenido la temática a lo largo del tiempo debido a que en la presente investigación se analizan las ventajas y desventajas que trajo aparejado la eliminación de las causales luego de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial el 1 de agosto de 2015. La nueva normativa trae consigo numerosos cambios que son fruto de innovaciones surgidas a causas de necesidades y cuestionamientos que se fueron poniendo de manifiesto respecto a la figura del divorcio. Recordar que antiguamente las civilizaciones veían a la mujer como una cosa, ayuda a comprender el lugar que tenía la misma en la sociedad en ese entonces. Aunque se ha avanzado mucho y se ha evolucionado, aún queda un largo camino por recorrer en cuanto a la construcción de relaciones igualitarias para erradicar todo tipo de violencia hacia las mujeres, que en muchas oportunidades incluso con legislaciones modernas lejos de protegerlas se las ubica en un plano perjudicial retrocediendo casi a la antigüedad.

**Capítulo Dos “Divorcio en el Código Civil velezano. Sus conceptos  
y procedimiento Judicial”**

## **Capítulo Dos “Divorcio en el Código Civil Velezano. Sus conceptos y procedimiento Judicial”**

### **Introducción.**

Este segundo capítulo, se propone desarrollar las causales por las cuales se podía disolver el vínculo matrimonial según el Código Civil Velezano, para luego centrarse en las causales de divorcio. También se hará una diferencia entre conceptos tales como divorcio y separación personal.

Se analizarán términos utilizados por el anterior Código Civil de Vélez Sarsfield como divorcio sanción, divorcio remedio y las causales de divorcio que implicaban culpa de uno o ambos cónyuges y describiéndose el procedimiento judicial, y las normas procesales y de fondo que regían el proceso de divorcio vincular.

Las causales que se estudian se encontraban divididas en dos grupos, uno causales subjetivas cuando un conyugue dañaba al otro incumpliendo un deber matrimonial y el otro grupo era causales objetivas que se referían al desgaste mismo del proyecto de vida en común y al paso del tiempo.

Para la totalidad del desarrollo del presente capítulo, se tuvo en miras la legislación redactada por Vélez Sarsfield que comenzó a regir en el año 1871 y expiró el 1 de agosto de 2015 con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial a través de la Ley 26.994. Así mismo, se piensa que el desarrollo del régimen anterior ayuda a analizar las posibles ventajas y desventajas que trajo la eliminación de las causales de divorcio en el nuevo régimen vigente, y que si bien en algunos aspectos el nuevo régimen mejoró cuestiones que habían quedado obsoletas, en otras, incurrió en un recorte de derechos que estaban legítimamente reconocidos. Se considera que es importante conocer en detalle la legislación anterior ya que fue dejada de lado en su totalidad en lo que hacen a las causales de divorcio. Su eliminación significó un retroceso y pérdida de derechos ganados y adquiridos para aquellos a los que el antiguo código tipificaba de inocentes. Hoy se los lleva a un plano de igualdad gestando seres despreocupados y sin sentimiento de responsabilidad en lo atinente a los deberes que nacen del matrimonio.

### **1. Disolución del vínculo matrimonial**

El matrimonio puede disolverse por diversas causas sobrevinientes a su celebración. Cualquiera fuere la causa, la disolución importa la extinción de la relación jurídica matrimonial y por ende de su contenido.

La disolución del vínculo, supone que el acto constitutivo del matrimonio operó de acuerdo con los presupuestos de existencia y de validez exigidos por el ordenamiento jurídico. Y es por eso, que la invalidez del acto que implica la nulidad del matrimonio, no constituye supuesto de disolución. (Bozzert y Zannoni, 2004).

El artículo 213 del Código Civil Velezano disponía que: “el vínculo matrimonial se disolvía en tres supuestos: 1º) por la muerte de uno de los esposos; 2º) por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento; 3º) por sentencia de divorcio vincular”.

Si bien las causales de disolución del vínculo matrimonial son tres, en el desarrollo del presente trabajo nos vamos a centrar en la causal de divorcio vincular que es el objeto de estudio.

## **2. Divorcio**

Cuando se habla de Divorcio lo que se está haciendo referencia a la modificación del estado de familia de los cónyuges y los efectos que van a surgir luego de un proceso judicial. El artículo 213, inc. 3, del Código Civil Velezano establecía que el matrimonio se disuelve por sentencia de divorcio vincular.

Se denomina divorcio vincular a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial. El divorcio constituye el origen de un verdadero estado de familia que restituye la aptitud nupcial de los cónyuges, sin perjuicio de la validez y subsistencia de los efectos que el matrimonio produjo hasta que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada (así, la matrimonialidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, la subsistencia del parentesco por afinidad, etcétera). (Bozzert y Zannoni, 2004 p, 323).

## **3. Diferencia entre divorcio vincular y separación personal**

Cuando se habla de separación personal se refiere al cese del deber de convivir bajo el mismo hogar por distintas razones que pueden alegar los cónyuges, la diferencia sustancial de la separación de cuerpos con el divorcio vincular es que no disuelve el vínculo matrimonial, por lo tanto no restituye la aptitud nupcial. (Bozzert y Zannoni, 2004).

## **4. Divorcio como sanción y como remedio**

Con respecto al divorcio, hay dos grandes tendencias Doctrinarias, una considera que, el divorcio solo puede ser decretado judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe

circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por la ley. La sentencia exige la prueba de la culpa de uno o de ambos cónyuges, y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos (pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etcétera). (Bozzert y Zannoni, 2004).

La otra tendencia, se manifiesta en la posibilidad de decretar el divorcio, aún sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; el divorcio importa como un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Por esto, se acepta el divorcio vincular por petición conjunta de los esposos, en la que ellos están dispensados de poner de manifiesto las causas que motivan su petición. (Bozzert y Zannoni, 2004).

La concepción del divorcio como sanción, se basa en la idea de que aquél se funda en uno o más hechos ilícitos de un cónyuge, por lo que el otro cuenta con interés legítimo para demandar; si no le fuera dable imputarle algún hecho ilícito de los enumerados como causales faltaría el sustento mismo de la acción.

El mutuo consentimiento, tiene como fin resolver aquellos casos en que los cónyuges son plenamente conscientes de que seguir unidos es peor para sí y para sus hijos que separarse o divorciarse.

Podemos decir, que la diferencia sustancial entre la concepción del divorcio sanción y del divorcio remedio, reside en que la primera considera que la causa del conflicto conyugal es la causa del divorcio, mientras la segunda entiende que el conflicto es, él mismo, la causa del divorcio, sin que interesen las causas de ese conflicto. En otras palabras, la concepción del divorcio sanción, responde a la pregunta: ¿cuál es la causa del conflicto conyugal?; mientras que la concepción del divorcio-remedio, responde a esta otra: ¿debe ser el conflicto conyugal causa de divorcio?

## **5. Causas de divorcio o separación personal que implican la atribución de culpa a uno de los cónyuges: causales subjetivas**

El artículo 202 del Código Civil Velezano, enumeraba las tradicionalmente denominadas causas subjetivas de divorcio o causas culpables, es decir, imputables a título de dolo o de culpa a cualquiera de los cónyuges como el adulterio; 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; la instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; las

injurias graves. Asimismo, para su apreciación el juez debía tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que podían presentarse; y el abandono voluntario y malicioso.

Bossert y Zannoni (2004) definieron los siguientes conceptos:

- *Adulterio*: En términos generales, se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge. Se trata, por ello de una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos.

Esta causal requiere la prueba de las relaciones sexuales ilegítimas, lo cual suele ser difícil. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia acepten la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes. En todo caso, si ellas no tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el adulterio, las tendrán para configurar la causal de injurias graves, si se prueban hechos o actos incompatibles con la observancia de la fidelidad conyugal, apreciada de acuerdo con las circunstancias del caso.

Para ejemplificar, como se expidió la jurisprudencia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, declaró el divorcio por culpa del marido por la causal de adulterio.<sup>1</sup> Esta causal es una de las más utilizadas en el pasado. Un ejemplo más es como la Cámara Nacional en lo Civil, Sala K, confirma de igual modo en su acuerdo la culpabilidad de uno de los cónyuges y la reparación del daño moral al cónyuge inocente.<sup>2</sup>

-*Tentativa contra la vida de uno de los cónyuges o de los hijos*: La tentativa se caracteriza por el comienzo de ejecución de un delito. En este caso, se trata del intento de homicidio: de uno de los cónyuges contra el otro o contra los hijos, sean o no comunes, y fuese el cónyuge el autor principal, cómplice o instigador.

Como la calificación de la tentativa por el juez del divorcio no está sujeta a previo juzgamiento en sede penal, se ha planteado la cuestión de determinar si los actos preparatorios, no constitutivos de tentativa desde el punto de vista penal, pueden ser considerados como tentativa a los efectos del divorcio. Se ha sostenido que aun cuando el acto preparatorio no caiga bajo la acción del Código Penal, nada obsta a que constituya causal de divorcio. En sentido contrario, se ha dicho que si los actos preparatorios no llegan al grado de tentativa, es decir, al comienzo de ejecución del delito, no se constituiría el presupuesto de la causal que estudiamos, sin perjuicio de que los hechos configuren injurias graves.

---

<sup>1</sup> CNApel. Civ., Sala C, “T. J. V. c/ G. B. M.”, AR/JUR/41213/2009.

<sup>2</sup> CIJ, “B.A.M. c/ P.C.A. s/ Divorcio” Expte N° 104.686, del 10/12/2010. *Centro Información Judicial*. Recuperado el 31/03/2011 de <http://www.cij.gov.ar/nota-6508-Un-hombre-deber--indemnizar-a-su-ex-mujer-por-adulterio.html>

*-Instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos:* Nuestra doctrina consideró que debían comprenderse no sólo los delitos que atacan el pudor de la mujer, sino cualquier otro. Para que esta causal se configure no es necesaria la sentencia en sede penal, pero si se deberá probar.

*- Injurias graves.* Para su apreciación, el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse. Es decir, que la gravedad se califica en función de circunstancias subjetivas, inherentes a las personas de los cónyuges, su contexto familiar, social y cultural.

La injuria es toda ofensa, menoscabo, afrenta, de un cónyuge hacia el otro. Puede consistir en actitudes, palabras, conductas que, en general, importan agraviar a uno de los cónyuges. El Juzgado de la 1 ra Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 1 de la localidad de Azul decretó el divorcio vincular por las causales culpables atribuidas al marido de injurias graves, por lesiones leves que este le ocasionó a la cónyuge inocente.<sup>3</sup>

Pueden provenir del otro esposo o de un tercero, consintiéndolo aquél, o referirse a la persona de uno de los esposos, a su familia, o a sus costumbres, a su forma de ser y de sentir. De ahí la amplitud que tiene la aplicación de esta causa que constituye una suerte de causa residual.

Si bien, la norma alude a injurias graves, utilizando la expresión plural, basta un acto que sea gravemente injurioso para que la causal aparezca tipificada.

Injurias vertidas durante el juicio de divorcio vincular. Suele ocurrir que en el juicio de divorcio vincular, los cónyuges se hagan mutuas imputaciones, atribuyéndose recíprocamente los hechos culpables que han conducido a la separación.

Sin embargo, puede presentarse el caso de que uno de los cónyuges impute hechos de extrema gravedad al otro (por ejemplo, adulterio, desviaciones sexuales, conductas perversas), obrando maliciosamente, sin ofrecer prueba para acreditar esos hechos o resultando que la prueba ofrecida descarta totalmente la verosimilitud de las imputaciones. Si bien, debe respetarse el derecho de defensa de las partes, la jurisprudencia ha resuelto en diversas oportunidades que son injuriosas y constituyen por sí mismas causal de divorcio las imputaciones graves hechas en un juicio de un esposo al otro, cuando aparecen introducidas de mala fe, con el único fin de injuriar o difamar, y excedan las necesidades de la defensa, no habiéndose siquiera intentado seriamente probar tales afirmaciones. La Sala L, de la Cámara

---

<sup>3</sup>Juzg. 1ª Inst. Civ y Com N° 1 Azul, “G.J.A. c/ M. de G. E. A.”, LLBA 1995, 1164, AR/JUR/1340/1995.

Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el decisorio por primera instancia y admitió el daño moral en favor del conyugue agraviado.<sup>4</sup>

*-Abandono voluntario y malicioso.* El incumplimiento del deber de cohabitación.

El carácter voluntario y malicioso implica que quedan excluidos los supuestos de cese de la cohabitación por razones ajenas a la voluntad de ambos cónyuges por ejemplo, tratamiento por una enfermedad-, así como también que el alejamiento del cónyuge debe ser para sustraerse al deber de cohabitar -y no, para cumplir un trabajo o un estudio temporal, que resulta justificado. Para que se configure esta causal es necesario que se presenten dos elementos, uno el objetivo que el cónyuge se vaya del hogar y el segundo el subjetivo es la intención maliciosa de no cumplir con los deberes matrimoniales. Por ejemplo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, entendió que el esposo incurrió en esta causal, al reconocer que su alejamiento del hogar no contaba con la aprobación de su esposa.<sup>5</sup>

### **5.1 Causales imputables a ambos cónyuges**

Suele ocurrir que planteada la demanda por uno de los cónyuges, en la que se imputan determinadas causales al otro, éste controvierta los hechos de la demanda y, a la vez, reconvenga por causales que atribuye al actor.

Rige, el principio de la incompatibilidad de las causales de divorcio. Las injurias de un cónyuge no justifican el adulterio del otro, y viceversa, por cuanto ambos vulneran postulados en los que se asienta la convivencia matrimonial.

En otras palabras, la antijuridicidad de la conducta de la mujer que incurrió en injurias graves hacia su marido, no constituye causa de justificación que excluya la antijuridicidad del adulterio que éste cometió.

En tal caso, corresponde hacer lugar a la demanda y a la reconvenición y el juez atribuirá la culpabilidad a ambos esposos.<sup>6</sup>

Esto no significa que, ante el proceder de uno de los esposos, la conducta del otro no pueda ser objeto de justificación, si, de acuerdo con las circunstancias del caso, se juzga que su obrar no le es imputable. Tal ha ocurrido en los supuestos en que uno de los cónyuges se retira del hogar ante los malos tratamientos del otro, o su adulterio, o las ofensas recibidas. . (Bozzert y Zannoni, 2004).

---

<sup>4</sup> CNApel. Civ., Sala L, “Elio Nelson Pampin c/ Paula Maria Sueyro”, AR/JUR/26770/2012.

<sup>5</sup> CNApel. Civ., Sala G, “R. E. c/ C. M. A.”, L.L. Online, AR/JUR/36943/2010.

<sup>6</sup> Juzg. 1ª Inst. Fam. N° 3 Trelew, “G. M. D. c/ P. A. N.”, SJA (15/07/2009).

## **5.2 Requisitos para la presentación de la demanda**

Para que quede tipificada la causal que se invoca, deben ser descriptos con suficiente precisión los hechos ocurridos en la presentación de demanda.

Sin embargo, cuando las causales no se vinculan a un solo hecho sino al desarrollo de una conducta, tal como por lo general sucede cuando se imputan injurias, no será indispensable señalar en la demanda con precisión cada una de las ofensas recibidas, sino que bastará con detallar los hechos más significativos, en tanto resulten representativos de la conducta injuriosa que se imputa.

Los códigos procesales imponen al demandado la obligación de reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, reputando que su silencio, sus respuestas evasivas o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos invocados por el actor. A su vez, si la parte debidamente citada no compareciera al proceso en el plazo de la citación, es declarada rebelde. La declaración de rebeldía, una vez firme, constituye presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración.

Tales normas procesales, asignan carácter de confesión a la inactividad de la parte que omite la carga procesal de comparecer o de contestar la demanda. Pero, en ambos casos, la interpretación de la conducta omisiva queda deferida a la valoración judicial, de acuerdo con las circunstancias del proceso. El silencio puede estimarse como reconocimiento; la rebeldía constituye presunción de verdad; pero ni ese reconocimiento ni esta presunción de verdad son, *ministerio legis*, irrefutables. En otras palabras, ellas no eximen al accionante del *onus probandi*.

Pero la falta de contestación de la demanda o la rebeldía, no han de ser suficientes para que se dicte la sentencia. Será menester que el cónyuge que alegó los hechos, produzca la prueba de su existencia. (Bozzert y Zannoni, 2004).

## **5.3 Prueba de las causas de divorcio**

Siguiendo a Bossert y Zannoni (2004), quienes establecen que rige el principio de amplitud probatoria, en el sentido de que todos los medios de prueba son admisibles a los efectos de acreditar las causas invocadas.

*Prueba confesional:* La prueba confesional (absolución de posiciones), o el reconocimiento espontáneo de los hechos, no serán suficientes para tenerlos por acreditados. De modo que, a diferencia del régimen anterior, será admisible citar al cónyuge a absolver posiciones.

*Cartas misivas:* Pueden presentarse diversos supuestos: correspondencia dirigida por uno de los cónyuges a un tercero; cartas misivas de terceros a uno de los cónyuges; finalmente, las cartas dirigidas por un cónyuge al otro.

En general, este medio probatorio ha requerido dilucidar el problema de la interceptación de la correspondencia, cuestión que fue arduamente discutida en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia.

En general, la doctrina coincide en que si uno de los cónyuges ha entrado en posesión de cartas dirigidas al otro, sin mediar violencia o medios abusivos o, puede hacerlas valer como prueba.

La jurisprudencia mayoritaria, lo admite también, aun cuando en general niegue el derecho de un cónyuge a controlar la correspondencia dirigida al otro. Lo que se tiene en cuenta es el modo empleado para obtener las cartas misivas que se presentan a juicio, pues esas cartas pueden haber sido obtenidas sin haber recurrido a interceptar las piezas postales recibidas o remitidas por el cónyuge.

Tratándose de correspondencia intercambiada entre los cónyuges, se ha resuelto que corresponde reconocimiento de ellas, sin que a esto obstara la prohibición de la prueba confesional que regía antes de la Ley 23.515. Así, se aceptó la carta de la esposa al marido, en la que le anunciaba que lo abandonaba para vivir con otro hombre; y los hechos quedaron corroborados por la prueba testimonial. Por tanto, procede fijar la audiencia para el reconocimiento de cartas atribuidas a uno de los cónyuges.

Tratándose de correspondencia dirigida por uno de los cónyuges a un tercero, ha de suponerse que el cónyuge que presenta en juicio las cartas, las ha obtenido lícitamente del tercero a quien fueron dirigidas, quien las facilita para servir como medio de prueba. No podría ser de otro modo ya que a su respecto rige la inviolabilidad de la correspondencia establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

*Otras pruebas documentales:* Solía hacerse uso de otros medios tales como fotografías, grabaciones o instrumentos emanados de uno de los cónyuges que no constituyan cartas misivas. En cuanto a las fotografías y grabaciones se las ha admitido, aunque con las reservas que suscita su producción.

Por ejemplo, se ha resuelto que procede ordenar el reconocimiento de fotografías ofrecidas como prueba, la prueba está sujeta a valoración conforme a la naturaleza del medio empleado para obtenerla, aunque pueda coadyuvar a configurar presunciones referentes a los hechos invocados en el juicio.

*Prueba testimonial:* La prueba testimonial suele ser decisiva en los juicios de separación personal o de divorcio. En general, los hechos ocurridos en el hogar o en círculos íntimos de los cónyuges sólo son conocidos por quienes habitan o frecuentan dicho hogar o que con alguna asiduidad han tratado a los esposos.

De manera que la jurisprudencia ha resuelto que en estos juicios el testimonio de los parientes, de los amigos íntimos o de los dependientes de una de las partes, o de ambos, puede ser admitido, ya que las personas más allegadas son las que tienen mejor conocimiento de los hechos y constituyen testigos necesarios. Ello no obsta, por supuesto, a que el juez analice sus dichos para descalificarlos, si resultara que tienden a favorecer a una de las partes.

## **6. La separación de hecho sin voluntad de unirse como causal objetiva.**

El artículo 204 del Código Civil Velezano disponía que pudiera 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. Y el artículo 214, inc. segundo, establecía que era causa de divorcio vincular la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años.

De manera que para la separación personal, se requiere que la separación de hecho se haya prolongado por un término mínimo de dos años, y de tres años para el divorcio vincular.

La separación de hecho sin voluntad de unirse como causal objetiva puede deberse tanto al abandono de hecho del hogar por parte de uno de ellos, o a la decisión común de vivir en adelante separados, sin mediar juicio de separación personal o de divorcio, o a la circunstancia de que uno de los cónyuges se retira del hogar por las ofensas recibidas del otro que hacen intolerable la vida conyugal.

En todos estos casos, la interrupción de la cohabitación durante un lapso prolongado constituye la revelación más evidente de que el matrimonio ha fracasado. Es por ello que la separación de hecho se erige en un supuesto objetivo en que procede decretar la separación personal o el divorcio, y no requiere el análisis de los hechos o las causas que llevaron a los cónyuges a interrumpir su convivencia. Se limita a constatar el hecho objetivo de que dejaron de cohabitar y que, cada cual, continuó la vida separadamente del otro. En ese caso, no existirá atribución de culpa o inocencia respecto de ninguno de los cónyuges.

Esto, sin perjuicio de que el cónyuge demandado alegue y pruebe que no medió separación *sin voluntad de unirse*, sino que se trató de una separación temporaria por razones ajenas a la voluntad de ambos.

“La ley no aclara si los dos o tres años de separación que se exigen, deben estar vencidos al momento de interponer la demanda, o si ese lapso puede cumplirse durante la tramitación del juicio y antes de la sentencia”. (Bozzert y Zannoni, 2004 p. 353).

### **6.1 Admisibilidad de la prueba confesional y reconocimiento de los hechos**

Con respecto a este tema el artículo 232 del Código Civil establecía “que en los juicios de separación personal o divorcio vincular no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos”. Es decir, que si el demandado reconoce, a través del allanamiento a la demanda, la existencia de la separación durante el lapso previsto por la ley, tal reconocimiento -así como la confesión provocada mediante la absolución de posiciones- será suficiente para que el juez tenga por acreditada la causal invocada.

Pero el reconocimiento o la confesión judicial sólo serán suficientes en lo relativo a la existencia de la separación de hecho sin voluntad de unirse, pero no en lo atinente a las causas imputadas eventualmente por uno de los cónyuges al otro. Si uno de los cónyuges alega no haber dado causa a la separación de hecho, deberá probarlo; en este aspecto, regirá el principio general que impide tener por suficiente el reconocimiento o la confesión judicial. (Bozzert y Zannoni, 2004).

## **7. Divorcio por presentación conjunta**

Se admite la petición de divorcio vincular si hubiesen pasado como mínimo tres años desde la celebración del matrimonio, los cónyuges podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y petitionar, según sea el caso, su separación personal o el divorcio vincular.

Deben exponer verbalmente al juez las causas que tornan moralmente imposible la vida en común y éste valorará si esto es realmente así, pudiendo, en caso contrario, rechazar la demanda. (Bozzert y Zannoni, 2004).

### **7.1 Condiciones para que proceda el divorcio por presentación conjunta**

a) Que al día de la presentación de los cónyuges hayan transcurrido tres años desde la celebración del matrimonio.

b) Que ambos cónyuges manifiesten que existen causas graves, que hacen moralmente imposible la vida en común. No se trata de alegar, exclusivamente, las causas que enumeraba el artículo 202, sino de todas aquellas que pueden haber conducido a la desintegración del matrimonio y que el juez evaluará como suficientemente graves.

c) Que ambos cónyuges soliciten el divorcio vincular, según sea el caso.

d) Que el juez, en la primera audiencia que prevé el art. 236, se persuada de que las causas que los cónyuges le exponen, son suficientemente graves como para decretar el divorcio, y, por supuesto, que no haya logrado la reconciliación de los esposos en ninguna de las dos audiencias.

## **7.2 Forma de presentación**

No significa que ambos debían comparecer en un escrito común; puede admitirse que cada cónyuge haga su pedido en escritos diferentes, presentados conjuntamente.

En la presentación los cónyuges se limitaban a manifestar que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común. Es decir, no se efectúan mutuamente imputación de los hechos que deberán exponer en forma reservada al juez, en las audiencias de conciliación, sino que hacen saber, genéricamente, la existencia de esas causas. (Bozzert y Zannoni, 2004 p. 360).

## **7.3 Tramite de la presentación conjunta**

Presentada la demanda, el juez debía fijar una audiencia para oír a los cónyuges y procurar conciliación. Las manifestaciones vertidas en esta audiencia por los cónyuges tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

Esta audiencia tenía dos finalidades perfectamente claras; en primer lugar, procuraba que el juez oiga a los esposos, o sea que reciba de ellos el relato de las causas que hacía moralmente imposible la vida en común y así pueda ejercer un adecuado control de mérito de la gravedad de las causas alegadas. En segundo lugar, en esta audiencia, el juez intentaría conciliar a los cónyuges; esta función íntimamente vinculada con el conocimiento que tomaba de las razones o de los hechos que aquéllos le comunicaban.

Esta audiencia era de tal importancia que si los cónyuges no comparecían personalmente, el pedido no tenía efecto alguno.

La ley presupone en este caso que los cónyuges no habían mantenido su propósito de separarse personalmente o de divorciarse vincularmente en su caso y, por lo tanto, que han desistido de su petición.

Si, por hipótesis, en esta audiencia los cónyuges se reconciliaban, el juez homologaba lo acordado y ordenaba sin más trámite el archivo del expediente. Si de acuerdo con sus convicciones, no existían causas graves que hacen imposible moralmente la vida en común, correspondía que rechace sin más trámite la petición. Pero si el magistrado, consideraba que existen causas de importancia tal que hacen imposible la vida en común, no lograba la

conciliación de los cónyuges, entonces fijaba la segunda audiencia. Luego de intentar el juez el avenimiento de los cónyuges, si no lo obtenía, convocaba una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las partes debían manifestar personalmente o por apoderado con mandato especial si habían arribado a una reconciliación. A esta segunda audiencia no era menester que concurren las partes personalmente ya que no tenía por objeto poner en conocimiento del juez las causas que hacen imposible la vida en común, sino simplemente establecer si los esposos habían arribado o no a una reconciliación en ese período de meditación o de espera. El o los apoderados se limitaban a representar a los cónyuges en la audiencia.

Si los cónyuges no se reconciliaban, el juez decretaba la separación o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes eran suficientemente graves. En este caso, la sentencia se limitaba a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren (Bozzert y Zannoni, 2004).

#### **7.4 Acuerdos que pueden existir con la presentación conjunta**

Para el caso del divorcio por presentación conjunta los acuerdos debían contener de acuerdo a lo que establecía el artículo 236 del Código Civil Velezano los siguientes aspectos:

Tenencia y régimen de visitas de los hijos; atribución del hogar conyugal; régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización. También las partes podían realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal...

No era obligatorio a los cónyuges acordar lo relativo a tenencia y régimen de visita de los hijos, atribución del hogar conyugal y alimentos para los cónyuges e hijos, podían llegar a ser controvertidos y, en ese caso, debían ser resueltos en un proceso incidental.

En ocasiones, los cónyuges solicitaban la inconstitucionalidad de los artículos 215 y 236 del Código Civil, así lo decretó, por ejemplo, el Juzgado de Familia N° 1 de la ciudad de Mendoza<sup>7</sup> como también lo hizo el Colegiado de Familia N° 7 de la ciudad de Rosario<sup>8</sup>.

#### **7.5 Efectos del divorcio por presentación conjunta**

Si el divorcio vincular se obtiene por esta vía, los efectos, normalmente, quedarán regulados por los acuerdos a que hayan arribado los cónyuges. En todo lo demás, la sentencia que decreta el divorcio vincular, no atribuye culpa a uno o ambos cónyuges, de modo que se

---

<sup>7</sup> Juzg. 1ª Inst. Fam. N° 1 Mendoza, “C., G. A. y M., M. L. s/ divorcio vinc. present. conjunta”, L.L. Online, AR/JUR/46292/2013.

<sup>8</sup> Colg. 1ª Inst. Fam. N° 7 Rosario, “F., M. y L., S. s/ divorcio vinc. present. conjunta”, L.L. Online, AR/JUR/6082/2012.

está dentro del ámbito de los efectos del divorcio decretado sin atribución de culpabilidad, siendo la misma inapelable ya que el tribunal de alzada carece de elementos para juzgar la razonabilidad del criterio en virtud del cual el juez pudo rechazar la demanda.

## **8. Separación personal en razón de alteraciones mentales graves, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge**

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, así lo estableció el artículo 203 del Código Civil.

Si bien tales supuestos contemplados no eran causales de divorcio podía llegarse a él por vía de conversión de la separación personal una vez transcurrido los 3 años de la sentencia firme de separación personal.

## **9. Normas procesales y de fondo que rigen el proceso de divorcio.**

### **9.1 Juez competente**

El artículo 227 disponía que las acciones de divorcio vincular debían intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo, o ante el domicilio del cónyuge demandado.

La ley otorga la opción en favor del cónyuge actor de demandar ante el juez competente del que fuera el último domicilio conyugal, en donde los cónyuges residieron de consuno, o ante el del domicilio actual del cónyuge demandado (Bozzert y Zannoni, 2004).

### **9.2 Juicio ordinario**

“En el ámbito del Código Procesal de la Nación, conforme al artículo 319, el juicio de divorcio vincular debe tramitar por la vía ordinaria, ya que no tiene señalada otra vía procesal” (Bozzert y Zannoni, 2004, p. 375).

### **9.3 Acumulación de procesos**

Puede ocurrir que cada uno de los cónyuges haya demandado al otro por divorcio. En ese caso se acumulan los procesos debido a que debe recaer una sola sentencia la modificación del estado de familia. Se acumulan en el juicio promovido con anterioridad excepto que en el segundo ya hubieran notificado la demanda.

#### **9.4 Allanamiento**

El allanamiento del demandado no es suficiente para que prospere la acción, porque se trata del reconocimiento de los hechos. La norma exceptúa el pleno valor del allanamiento en cuanto a la existencia de la separación de hecho por más de dos o tres años si ésta fue la causal invocada, pero sin que llegue a tener valor suficiente el allanamiento respecto de la culpa que un cónyuge le imputa al otro en cuanto a la separación. (Bozzert y Zannoni, 2004).

#### **9.5 Cuestiones e incidentes conexos al juicio de divorcio**

Se trataba, particularmente, de la atribución de la vivienda que constituyó el hogar durante el matrimonio, guarda de los hijos, alimentos, régimen de visitas, etc.

En términos generales, los incidentes debían ser resueltos por el juez competente del proceso principal, por cuanto constituían cuestiones contenciosas que se suscitaban durante su desarrollo y guardan conexión con la separación personal o el divorcio vincular.

Los códigos procesales suelen establecer el procedimiento en la tramitación de los incidentes, y determinan la competencia del juez que entiende en el juicio en el que se lo promueve.

En materia de divorcio, tanto lo relativo a la separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal, como lo referentes la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges durante el juicio, tenencia de los hijos, alimentos que se solicitan, mientras dure la tramitación del juicio, son de competencia del juez que entiende en él.

En realidad, la competencia del juez del divorcio subsiste aun después de la sentencia, si se suscitan cuestiones ya resueltas por él durante la tramitación, p.ej., reajuste o cesación de los alimentos fijados, modificaciones en lo relativo a la tenencia de los hijos o régimen de visitas, etcétera.

Pero si la demanda de alimentos entre los cónyuges, se planteaba antes de promoverse el juicio de divorcio, sería de aplicación la norma del artículo 228 que disponía que a opción del actor, determinaba la competencia del juez del domicilio conyugal, el del domicilio del demandado, el de la residencia habitual del acreedor alimentario, el del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiera con la residencia del demandado.

#### **9.6 Improrrogabilidad de la competencia**

De acuerdo al artículo 1 del Código Procesal se estableció la improrrogabilidad de la competencia, salvo la territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales si existe

conformidad de las partes y la prórroga no se hace a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, excepto en asuntos de índole internacional.

### **9.7 Partes en el juicio de divorcio**

Las partes, son los cónyuges. Ambos tienen capacidad para estar en juicio personalmente o por apoderado. No se requiere poder especial, sino que bastará el mandato general para asuntos judiciales.

Por excepción, en el procedimiento de divorcio por presentación conjunta, se requería la presentación personal de los cónyuges y su comparecencia, también personal, por lo menos a la primera de las dos audiencias; en cambio, a la segunda audiencia prevista por la misma norma, podían concurrir solo los apoderados, pero en este caso con poder especial.

En cuanto al ministerio pupilar -o ministerio de menores e incapaces- su intervención en el juicio de divorcio procederá siempre que haya hijos menores (o incapaces) y al solo efecto de actuar en virtud de la representación promiscua que, en las cuestiones que puedan afectarlos, como, p.ej., en todo lo relativo a la guarda, régimen de visitas y alimentos.

*Cónyuge insano.* La acción de divorcio es posible que sea promovida por el curador del demente declarado en juicio, previa autorización del juez de la insania, que se otorgará ante graves circunstancias.

### **9.8 Caducidad de la acción por muerte de uno de los cónyuges**

Cuando sucede la muerte de uno de los cónyuges de acuerdo a lo que establecía el artículo 213 en su inciso primero, se producía la disolución del vínculo matrimonial

El criterio de la jurisprudencia unánime en cuanto a que la acción de separación personal o de divorcio vincular caducaba con el fallecimiento de uno de los cónyuges, por cuanto desaparece uno de los presupuestos del ejercicio de la acción de estado: ello es la subsistencia del vínculo matrimonial, por lo tanto no puede ser proseguida por alguno de los herederos.

Es cierto que los herederos podrían alegar el interés en la determinación de la culpabilidad del supérstite para excluirlo de la sucesión del premuerto, exigiendo, por eso, la prosecución del juicio para el solo objeto de la calificación de la conducta.

Sin embargo, por sí solo, no legitima la prosecución de la acción de separación personal o divorcio *post mortem*. Además, la calificación de la conducta que provocó la separación de hecho de los esposos para excluir al supérstite de la sucesión del premuerto, puede, en su caso, ser intentada por los herederos, alegando y probando los hechos que la provocaron.

Se trata de una acción autónoma que provocará la resolución de la vocación hereditaria del supérstite, en el supuesto de que los herederos probaren que éste fue el culpable de la separación.

## **10. Conclusiones Parciales**

En el presente capítulo desarrollamos la figura del divorcio vincular según el Código Civil de Vélez Sarsfield. Cabe aclarar que todas y cada una de las causales objetivas y subjetivas analizadas eran de suma importancia hasta el 1 de agosto de 2015 en donde existía para la ley un cónyuge inocente y uno culpable del divorcio y el dictado de la sentencia en cuanto a sus efectos eran consecuencia y dependían de las causales imputables a uno y otro.

Se piensa que es importante conocer la normativa anterior que regía a la figura del divorcio en el Código Civil de Vélez Sarsfield, debido a que en la presente investigación se analizan cuáles son las ventajas y desventajas que trajo la eliminación de las causales de divorcio objetivas y subjetivas en el Nuevo Código Civil y Comercial sancionado a partir de la Ley 26.994 el 1 de agosto de 2015. Sin conocer el sistema vigente anterior, es impensado realizar un análisis integrador y constructivo sobre las ventajas y desventajas que trajo aparejado su eliminación. Asimismo, la descripción de las causales objetivas y subjetivas ayuda a repensar que no todas debieron ser eliminadas, porque lejos de ser un avance normativo se convirtió en un recorte de derechos dejando al descubierto las carencias de un sistema que no hace más que desproteger partes vulnerables produciendo y consolidando una situación desventajosa para el cónyuge que antiguamente era denominado inocente.

Se describió, cuando se realizó el estudio de las jurisprudencias, el rol que cumplían las causales, generando derechos a los cónyuges inocentes y como se sancionaba al cónyuge que no cumplía con los deberes matrimoniales. Cabe destacar que la familia es considerada la esencia de la sociedad, y que estas normas generan sujetos capaces de valorar el sentido del matrimonio, y la elección de someterse a este instituto conociendo los perjuicios que traen las conductas inapropiadas que dañan al otro.

No quisiera pasar por alto que esta eliminación trajo ventajas procesales, ya que la práctica demandaba algunos cambios en esta figura.

Capítulo Tres “Divorcio en el Código Civil y Comercial de la  
Nación”

## Capítulo Tres “Divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación”

### Introducción

En el presente capítulo se realiza un análisis de la innovación que trae la Ley 26.994 a través de la cual se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial y más específicamente sobre la figura del divorcio en lo que respecta a la eliminación de las causales objetivas y subjetivas que sí contemplaba el viejo articulado. La intención es conocer cuáles son las ventajas y desventajas que el nuevo régimen ofrece eliminando las causales previstas en el régimen anterior.

El nuevo ordenamiento civil consagra un divorcio sin expresión de causa, que se decreta judicialmente a petición de uno o ambos cónyuges y a pesar que exista desacuerdo entre las partes en cuanto a los efectos derivados de aquél, dichas controversias en ningún caso pueden afectar o suspender el dictado de la sentencia de divorcio.

En el viejo Código era necesario expresar una causa para divorciarse, como por ejemplo alguna conducta reprochable, injurias graves, adulterio o el abandono del otro cónyuge o el transcurso de un tiempo desde la separación de hecho lo suficientemente prolongado como para poder pensar que la ruptura del matrimonio era irreversible.

En la actualidad, en cambio, el divorcio no necesita más causa que la voluntad de alguno de los cónyuges o de ambos por presentación conjunta; ya no existen inocentes o culpables como sanción, como surgía cuando se actuaba en violación a los deberes impuestos.

El viejo artículo 202 contemplaba las causales de disolución del vínculo matrimonial. Hoy día esas causales que tanta importancia tenían en el ámbito de la responsabilidad civil, en el presupuesto de la antijuridicidad, solo son susceptibles de un reproche social y moral, no constituyendo ilícito alguno resarcible económicamente.

Tema que es objeto de cuestionamiento personal, debido a que parecería ser que el espíritu del nuevo Código es que el cónyuge agraviado por adulterio, por ejemplificar alguna causal de las viejas contempladas en el artículo 202 y que padece del abandono de este, no es tenido en consideración al momento del dictado de una sentencia favorable de divorcio, quedando tal reproche únicamente librado al ámbito moral y social.

Se plasma cual es la opinión de ilustres juristas que han vertido una opinión al respecto de esta temática. Encontrando opiniones a favor y otras en contra. Ergo, quienes sostienen que no hay continuar con el planteo de un culpable y un inocente, se basan en que resulta prácticamente imposible desentrañar el origen del planteo.

En cambio, están quienes no están de acuerdo en el divorcio incausado, y creen que deberían seguir existiendo como tales las causales objetivas y subjetivas del viejo articulado.

Frente a toda esta temática parte importante de la doctrina se manifestó acerca de si es procedente o no reclamar daños derivados del divorcio y sobre la cual se realiza el análisis del trabajo. Asimismo se hace un estudio sobre qué sucede con los alimentos con posterioridad al divorcio entre los cónyuges, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

### **1. Disolución del vínculo matrimonial**

El artículo 435 del Nuevo Código Civil y Comercial establece que el matrimonio se disuelve por: la muerte de uno de los cónyuges, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; divorcio declarado judicialmente.

Ya en este primer artículo se ven modificaciones, una de ellas tiene que ver con simplificar la cuestión de que la sentencia firme de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento disuelve el vínculo matrimonial de pleno derecho.

Y por último, también se modifica lo previamente establecido por la Ley 23.515 que conservaba en paralelo la separación personal como acción de estado que ponía fin a la comunidad de vida, sin recobrar la pareja la aptitud nupcial. Y en los supuestos en los cuales se había recurrido a la separación personal se podía recobrar la aptitud nupcial peticionando la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular.

Con el dictado del nuevo Código, desaparece esa doble alternativa. Se prevé, solo el divorcio como acción de estado que permite en vida de los cónyuges sumar, a la finalización del proyecto de vida en común, la disolución del vínculo matrimonial. Y por tal razón se suprime el término vincular y se enuncia como divorcio declarado judicialmente.

El nuevo Código Civil trae como principal innovación la eliminación del divorcio con causa, ya fuera subjetiva u objetiva tal como lo proveía la Ley 23.515.

### **2. Nulidad a la renuncia**

Con respecto a la renuncia el artículo 436 del Código Civil y Comercial establece que es nula toda 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.

Para Belluscio (2015) quien considera que el Código es tajante y muy explícito: dice que se tendrá por no escrita cualquier pacto o cláusula por el cual uno de los cónyuges o ambos, renuncien a la posibilidad de solicitar el divorcio.

Con lo que puede verse que la intención del nuevo Código conserva la misma orientación que del viejo artículo 230 del Código Civil Velezano.

El régimen de divorcio se inserta dentro de un sistema que orienta su contenido a la protección de la persona y sus derechos, lo que es comprensible que se establezca esta sanción para prevenir posibles convenios que se celebren con este objeto, comprometiendo el derecho a la libertad, el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a casarse.

### **3. Legitimación para pedir el divorcio**

Para petitionar el divorcio se encuentra legitimado cualquiera de los cónyuges, ya que de acuerdo a lo que establece el artículo 437 se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno de los cónyuges.

Mizrahi (2012), considera que se produce un cambio sustancial, a pasar de un régimen de divorcio con expresión de causa en el Código Civil derogado a un régimen sin expresión de causa en el nuevo Código Civil y Comercial.

Es decir, que conforme al nuevo Código Civil, el divorcio se va a decretar judicialmente con la sola petición de uno solo de los cónyuges o, en el mejor caso de ambos cónyuges, si bien cumpliendo los requisitos que establece el artículo 438 del Código Civil y Comercial.

El empleo del término petición indica que el divorcio deja de asimilarse a una contienda o controversia para convertirse en un trámite abreviado, que solo condiciona su procedencia a la presentación de una propuesta reguladora de efectos.

Otro cambio importante refiere a la supresión de la separación persona, conservándose solo el divorcio declarado judicialmente como camino que pone fin al proyecto de vida común, actuando al mismo tiempo como causal de disolución del vínculo matrimonial en vida de los esposos.

Mizrahi (2012), se manifiesta muy a favor de la eliminación del denominado divorcio sanción, al entender que seguir con el planteo de un culpable y un inocente significa no tener en cuenta que en la comunidad de vida se entremezclan comportamientos de uno y otro esposo, cuyos respectivos orígenes es prácticamente imposible desentrañar.

En cambio, Sambrizzi, se manifiesta en desacuerdo con la eliminación de las causales, tanto subjetivas como objetivas, para solicitar el divorcio.

#### **4. Cambios sustanciales en el divorcio introducidos con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**

- Se deroga la figura de la separación personal por las razones que se expresan en los fundamentos de lo que fuera el Anteproyecto:

“a) la separación tuvo su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual, como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando este se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de dos años de matrimonio indisoluble. b) Su escasa aplicación práctica: en los hechos cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por no haberse cumplido el plazo mínimo desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para petitionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral”. (Krasnow, 2016, p. 309).

- La única vía válida para lograr el divorcio es la judicial. No recepta el divorcio por vía notarial o administrativa.

Los motivos son varios, uno de ellos es que el trámite judicial es sencillo y rápido, y va a garantizar la celeridad.

Otra cuestión, es que si el matrimonio que pretende el divorcio tiene hijos menores de edad, las cuestiones relacionadas con los mismos deben tramitar por vía judicial, con la consiguiente complicación de promover un trámite ante un organismo administrativo para disolver el vínculo y el otro ante el judicial, con los inconvenientes que esto trae aparejado. (Bossert y Zannoni, 2016).

- “El divorcio judicial procede ante la petición bilateral o petición unilateral, sin expresar causal”. (Krasnow, 2016, p. 309).

Se deja atrás un sistema con expresión de causa para ingresar a un sistema sin expresión de causa. El cambio vislumbra un predominio en la autonomía de la voluntad por sobre el orden familiar, aunque se establecen requisitos mínimos que tienen como fin la protección de los derechos de cada cónyuge.

Se suprimen las causales subjetivas y objetivas, simplificándose el proceso de divorcio a un pedido unilateral o bilateral, que impide al juez indagar acerca de los motivos que precipitaron el interés de poner fin al proyecto de vida común.

Existen en la doctrina números fundamentos con respecto a la supresión de las causales.

Están quienes sostiene que hay una gran dificultad probatoria que en el ámbito judicial tiene el juez para desentrañar los verdaderos motivos del quiebre matrimonial. Y no es posible conocer realmente que es lo que ha ocurrido en él la intimidad del hogar y si se

decreta la culpabilidad de uno, nunca se sabrá si fue ese solo el verdadero culpable o si han sucedido otros conflictos que no han podido acreditarse en el pleito. (Mizrahi, 2012).

Gullón (1986), afirma a la luz de los estudios interdisciplinarios que no existe un culpable y un inocente, sino que en general ambos han contribuido antes o después con menor o mayor medida a la crisis matrimonial atento a la complejidad de las relaciones humanas.

“La determinación de un culpable en los divorcios es capaz de desestructurar a los hijos y de ocasionarles pérdidas de autoestima y confianza. La culpa es, una fuente de exclusión del núcleo familiar y constituye un veneno que se destila en el corazón del niño y que impulsa al cónyuge a fracasar como padre. No es casual que a este tipo de divorcio se lo haya calificado por la más autorizada doctrina psicológica y psicoanalítica como de naturaleza maligna y destructiva”. (Dolto, 1989, p. 123).

- Se suprimen todos los plazos y el trámite de la doble audiencia.

El divorcio puede solicitarse en cualquier tiempo, y se suprimen los plazos mínimos de dos o tres años de matrimonio requeridos en la regulación anterior para el pedido de separación personal o divorcio por mutuo consentimiento.

- Junto con la petición sea unilateral o bilateral debe acompañarse la propuesta reguladora de los efectos, de la que depende la admisión de la petición. Si se acompaña la propuesta reguladora de efectos, el juez tiene el deber de decretar el divorcio. El deber debe ajustarse al querer de ambos o de uno de los cónyuges denota el predominio de la libertad y autonomía en el divorcio.

## **5. Proceso de divorcio**

De acuerdo a lo establecido en el nuevo Código en su artículo 438 respecto al procedimiento para obtener el divorcio, toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de

modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

Siguiendo a Krasnow (2016), la norma distingue la petición unilateral de la petición bilateral, en vinculación con la propuesta reguladora de efectos. Se pueden dar las siguientes situaciones:

- Petición bilateral con presentación de propuesta única, por estar de acuerdo los cónyuges con todos los puntos que hacen a su contenido.

- Petición bilateral con presentación de una propuesta que solo comprende aspectos consensuados por la pareja, trasladando a sede judicial los puntos de desencuentro.

- Petición unilateral con presentación de propuesta aceptada por el otro cónyuge en todos sus términos.

- Petición unilateral con presentación de propuesta no aceptada por el otro cónyuge, quien presenta otra propuesta.

- Petición unilateral con presentación de propuesta acepta parcialmente por el otro cónyuge y presentación de otra propuesta comprensiva de los puntos de desencuentro.

Krasnow (2016), considera que cuando se trata de una petición unilateral que se acompañe con una propuesta reguladora, el juez deberá correr traslado a la otra parte para que exprese su conformidad a la propuesta o acompañe una contrapropuesta. El cónyuge demandado en ningún caso podrá oponerse al pedido de divorcio. Esto último indica que es deber del juez decretar el divorcio si la propuesta fue presentada, sin perjuicio de que la propuesta deba sustanciarse por haber presentado el cónyuge que no peticionó el divorcio otra propuesta en el marco de una petición bilateral de divorcio. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Así lo consideró el Juzgado de Familia de Corrientes, Nro. 2, se presenta el esposo solicitó unilateralmente el divorcio y acompañó su propuesta reguladora, se le corre traslado a la cónyuge, la misma no contesta y el Juez igualmente se expiró sobre la cuestión del divorcio y nada dijo sobre los efectos de este.<sup>9</sup>

Asimismo, continúa diciendo Krasnow (2016), que cuando hay desacuerdo entre los cónyuges respecto la propuesta total o respecto de ciertos puntos de la misma, el juez deberá convocar una audiencia para evaluar los contenidos de la propuesta o las propuestas. Las partes deberán acompañar los elementos que sirvan de fundamento a la propuesta, sin perjuicio de que el juez, si lo estima conveniente, ordene sumar otros elementos.

---

<sup>9</sup>Juzg. 1ª Inst., Flia, N° 2, Corrientes, “S. R. C. c. S. A. E. s/ divorcio”, LL on line, AR/JUR/ 43778/2015.

En todos los casos, el juez tiene el deber de acercar a las partes para que ellas arriben a un acuerdo que garantice la efectividad de sus derechos. Solo ante la imposibilidad de que las partes logren zanjar las diferencias el juez resolverá, siempre atendiendo a los derechos que se encuentren comprometidos. En uno u otro caso, se homologará judicialmente el convenio regulador.

Cuando se trate de petición bilateral con presentación de propuesta consensuada, el juez podrá resolver de forma rápida ambas cuestiones y decretará el divorcio y homologará la propuesta reguladora de efectos.<sup>10</sup>

## **6. Contenido de propuesta reguladora**

El artículo 439 establece que “el contenido del 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...”, aunque solo es enunciativo ya que no impide que se propongan otras cuestiones que sean de interés de los cónyuges.

El único requisito para la procedencia del divorcio es la presentación de una propuesta que regule los efectos que este trae aparejado, con el objetivo de la autonomía de la voluntad para establecer la forma en que se resuelven para el futuro cuestiones derivadas del divorcio.

El convenio regular es un negocio jurídico bilateral. A través del convenio regulador se establece un régimen pactado por los cónyuges ante la crisis y ruptura matrimonial. Es un negocio jurídico de Derecho de Familia, en el que los cónyuges regulan las consecuencias jurídicas del divorcio que debe, acompañarse a la demanda cuando el divorcio sea solicitado por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. (Ortelli, 2012).

Se realiza una enumeración ejemplificativa de los temas que deben incluirse, aunque al final del artículo se establece que pueden incluirse otras cuestiones que sean de interés para las partes.

El objetivo de la presente norma es que los ex esposos arriben a acuerdos respecto de todos aquellos efectos que el divorcio va a traer a los miembros de la familia.

A los fines del cumplimiento del convenio regulador el artículo 440 del Código establece que las partes podrán establecer garantías para el real cumplimiento del mismo o bien el juez puede exigir las cuando entienda que podría perjudicar de manera manifiesta los intereses de los integrantes del grupo familiar. Las garantías pueden ser reales o personales a

---

<sup>10</sup> Juzg. Nac. 1ª Inst. Civ. Nº 77, “V., J. D. c. C., G. A. s/ divorcio”, L.L. Online, AR/JUR/28875/2015.

los fines de garantizar su cumplimiento, y agrega también, que el convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

Asimismo, en caso de modificarse las circunstancias tenidas en cuenta al momento de formalizar el convenio o de la sentencia que establezca las consecuencias del divorcio, se podrá modificar el acuerdo. Las partes podrán consensuar las nuevas condiciones y pedir la homologación del nuevo acuerdo celebrado. En caso de que no se llegue a un acuerdo siempre queda abierta la vía incidental para sustanciar el conflicto que se suscite debido a los cambios en las circunstancias sobre las cuales se definieron o acordaron determinados efectos derivados del divorcio.

Si el convenio no perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, será homologado por el juez.

A modo de ejemplo se puede mencionar algunas causales que podrían modificar las circunstancias tenidas en miras al momento de confeccionar el convenio regulador: crecimiento de los hijos, que se acompaña con un cambio de requerimiento de necesidades a cubrir que motivan cambios en lo que respecta a la prestación alimentaria, la enfermedad sobreviniente en uno de los integrantes de la familia, etc.

## **7. Compensación económica**

Este instituto jurídico no es una creación autóctona, ya se encuentra receptado hace muchos años en varias legislaciones latinoamericanas y europeas. (Belluscio, 1995).

Al haberse dejado de lado un concepto de culpa, la procedencia de las compensaciones económicas no guarda relación con las conductas que los cónyuges pudieran haber desarrollado respecto a su vínculo matrimonial. Un sistema de divorcio incausado se ocupa de las consecuencias del divorcio, quedando en el ámbito personal y moral de los esposos las causas que condujeron al mismo.

“Esta figura está comprendida en el piso mínimo de protección que establece el nuevo Código”. (Krasnow, 2016, p. 334).

De la redacción del artículo 441 que establece que:

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 y puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Agrega que puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

De lo establecido en dicho artículo surgen los elementos exigidos para que resulte procedente una compensación económica:

- Que produzca un desequilibrio manifiesto en un cónyuge respecto al otro;
- Que tal desequilibrio implique un empeoramiento en su situación, y
- Que tenga por causa adecuada el matrimonio y su ruptura, a través del divorcio.

Solo procede ante la comprobación de tales supuestos fácticos. En los supuestos en los que se solicite, será imprescindible que todos los elementos se presenten, de lo contrario será improcedente la compensación económica pretendida. (Grosman, 2007).

En los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación se establece que:

Nada impide que los cónyuges convengan su monto y forma de pago pero como se trata de un caso de protección legal con fundamento en la solidaridad familiar, ante la falta de acuerdo el juez puede determinar su procedencia y fijar el monto si correspondiere. 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, esto es, obtener una fotografía del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio proceder a su recomposición” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 425).

Para ejemplificar, el Juzgado de Familia de Paso de los Libres, admitió el pedido de compensación económica fundada en el desequilibrio patrimonial que le produjo el divorcio a la cónyuge, considerando que el demandado se encuentra activo en el mercado laboral teniendo un sólido ingreso económico, mientras que la actora a lo largo de la vida en común brindó dedicación a la familia y a la crianza de sus hijos, renunciando a su independencia individual, lo que implica que la ruptura matrimonial le causa un grave daño manifiesto.<sup>11</sup>

### **7.1 Naturaleza jurídica**

Definir la naturaleza jurídica de las instituciones impacta directamente en las consecuencias y efectos jurídicos en su aplicación, por tal motivo es tan importante clarificar de qué se trata jurídicamente. (Bossert y Zannoni, 2016).

En los fundamentos del Código Civil y Comercial se señala:

Esta figura presenta alguna semejanza con otras instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios, o el enriquecimiento sin

---

<sup>11</sup> Juzg. 1ª Inst. Fam. Nº 1 Paso de los Libres, “L., J. A. c. L., A. M. s/ divorcio”, L.L. Online, AR/JUR/40631/2017.

causa, pero su especificidad exige diferenciarla de ellas. Aunque comparte algunos elementos del esquema alimentario (se fija según las necesidades del beneficiario y los recursos del otro), su finalidad y la forma de cumplimiento es diferente. Se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de cumpla/ inocencia como elemento determinante de su asignación. No importa cómo se llegó al divorcio, sino cuáles son las consecuencias objetivas que el divorcio provoca. Por estas razones se fija un plazo de caducidad para reclamarlas de seis meses, computados desde el divorcio”. (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 431).

La figura de la compensación económica se erige como una herramienta legal que posibilita y favorece una cierta igualdad real en las condiciones y oportunidades en que cada cónyuge se encuentra una vez finalizado su proyecto de vida en común, condiciones que se vieron afectadas y desbalanceadas justamente a causa de dicho quiebre. La finalidad de la compensación económica configura su naturaleza sui generis y es la posición asumida por en los Fundamentos del Código Civil y Comercial que acompañaron el Anteproyecto de Reforma elaborado por la Comisión Reformadora.

Esta herramienta, ofrece la posibilidad de facilitar la construcción de un proyecto de vida autónomo de quienes hasta el divorcio mantenían un proyecto de vida en común y cuyo quiebre generó un desequilibrio tanto patrimonial como de oportunidades para continuar la existencia en forma independiente.

## **7.2 Forma de cumplimiento**

En reconocimiento a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, estos son quienes pueden convenir tanto la cuantía como la modalidad de pago, mediante el convenio regulador del divorcio. A falta de convenio, y con carácter enunciativo, se precisan modalidades de cumplimiento de la compensación económica, sea tanto respecto al tiempo o plazo durante el cual se abonará, como la forma de pago.

Existen diferentes opciones, se abona en un pago único o en la renta periódica. En caso de abonarse en cuotas se impone que dicha renta sea por tiempo determinado, se precise la cantidad de cuotas y la consecuente finalización de las mismas. Como excepción se admite que la renta sea por plazo indeterminado ya sea si lo hubieran pactado o se determinara judicialmente, lo que requerirá una adecuada fundamentación que sostenga la procedencia de la compensación económica a pagar en plazo indeterminado.

El artículo 442 del Código Civil y Comercial establece las pautas a considerar para determinar el monto, y si es procedente la fijación judicial de la compensación económica a falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador.

Debe efectuarse un análisis de todas las circunstancias descritas en los diferentes incisos, y así surgirá la capacidad o potencialidad de generación de recursos económicos de uno u otro según sea el caso.

Las compensaciones económicas son solo renunciables una vez que se produce el quiebre del matrimonio, sea en forma expresa, tácita o acuerdo privado. Carecen de validez los acuerdos de renuncia anticipada, sean celebrados durante la vida matrimonial o previa.

La primera oportunidad a peticionarla es durante la tramitación del divorcio.

La compensación económica nace a causa del divorcio, es decir, que es necesario el dictado de la sentencia de divorcio para el ejercicio de las acciones de reclamación o fijación judicial de la compensación económica, acción autónoma y derivada de la sentencia de divorcio.

La acción de reclamación de compensación económica caduca a los 6 meses a contar desde el dictado de la sentencia de divorcio.

### **7.3 Pensiones compensatorias en el Derecho extranjero**

Como se dijo anteriormente este es un instituto no conocido en nuestro derecho aunque si en varias legislaciones extranjeras a continuación se desarrollan algunas de ellas.

#### **7.3.1 Francia**

Belluscio (2015) comenta que en Francia se faculta a percibir pensiones compensatorias cuando la ruptura del vínculo causa disparidad en las condiciones de vida de los ex cónyuges. Para el cónyuge culpable, esta compensación puede ser denegada por el juez.

Asimismo, establecen pautas que el juez deberá tomar en consideración para su fijación similares a como lo establece nuestro Código Civil y Comercial.

La innovación que se vislumbra con mayor notoriedad es el arbitrio que tiene el juez de en casos excepcionales tener libertad para fijar compensaciones en forma de renta vitalicias cuando la edad o el estado de salud del acreedor no le permitan subvenir a sus necesidades. Aunque el monto puede ser reducido, suspendido o revisado cuando las circunstancias así lo impongan, mediante la atribución de capital.

Se destaca del derecho francés la cercanía con nuestro instituto pero a diferencia se tiene en cuenta el cónyuge culpable y la posibilidad de rechazar este pedido.

### **7.3.2 España**

En el derecho español se establece que la pensión compensatoria regirá para la separación o el divorcio, a raíz del desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con el otro como consecuencia de la ruptura familiar. Implica un empeoramiento de su situación en relación a la que tenía durante el matrimonio. (Belluscio, 2015)

El demandado que solicita la pensión deberá acreditar dos presupuestos fácticos:

- que la separación o divorcio le han producido un desequilibrio económico respecto a la posición del otro,

- y que ello implica un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio.

Lo que puede resumirse es que la finalidad de esta pensión para el Derecho Civil español, es que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico del que gozaba durante la convivencia matrimonial.

Esta pensión no tiene un límite temporal pudiendo ser vitalicia, aunque las partes pueden en el convenio regulador fijarle un término, en el cual transcurrido se extingue el derecho. El juez también puede fijar un plazo.

“El derecho a la pensión compensatoria se extingue por contraer el beneficiario un nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona y la misma tenga habitualidad y estabilidad” (Belluscio, 2015, p. 141).

El incumplimiento del pago de la pensión compensatoria, puede dar lugar a la configuración del delito de abandono de familia que se apena con arresto de ocho a veinte fines de semana (Belluscio, 2015).

### **7.3.3 El Salvador**

El Código de Familia del Salvador en su artículo 113 establece que “si el matrimonio se hubiese contraído bajo el régimen de separación de bienes o si habiendo existido un régimen de comunidad su liquidación arrojar un saldo negativo, el cónyuge a quien el divorcio produjere desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica, en comparación con la que tenía dentro del matrimonio, tendrá derecho a una pensión en dinero que se fijara en la sentencia de divorcio, de acuerdo con las pruebas que al efecto se hubieren producido” ( Belluscio, 2015, p. 146).

La pensión compensatoria se extingue por cesar la causa que lo motivó, contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona, haber cometido injuria grave contra el deudor o la muerte del acreedor y del deudor.

Asimismo, se extingue cuando el deudor entregue bienes, constituya el derecho de usufructo, uso o habitación sobre determinados bienes, o entregue una suma total en efectivo

al acreedor, si así lo acordasen los interesados o lo decidiera el juez tras una petición justificada del deudor.

No tendrán derecho al pago de la pensión compensatoria, en los casos de divorcio en que se establezca grave conducta dañosa de un cónyuge para con el otro.

#### **7.3.4 Chile**

Chile a través de la Ley 19947 que es la nueva Ley de Matrimonio Civil promulgada y publicada el 17 de Mayo de 2004 establece que:

Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa” (Belluscio, 2015, p. 147).

Es decir, que en la legislación chilena, queda bien claro que la compensación tiene como destinatario al cónyuge que como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de que lo que podía y quería.

#### **7.4 Atribución de la vivienda familiar**

El derecho al acceso a la vivienda es un derecho humano que le corresponde a toda persona por su condición de tal, resulta comprensible que la atribución de la vivienda familiar con posterioridad al divorcio esté comprendida entre los efectos que integran el piso mínimo de protección. (Krasnow, 2016).

Determinar a cuál de los cónyuges corresponde el uso de la vivienda familiar y resolver la inevitable tensión entre los bienes (registrados por los principios de los derechos reales y personales) y las exigencias familiares (dominadas por el Derecho de Familia) representa uno de los puntos cruciales a la hora de analizar las consecuencias de estas graves vicisitudes matrimoniales. (Kemelmajer de Carlucci, 1995).

Con respecto al uso de la vivienda el artículo 443 del Código establece que:

Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. Y es el juez quien determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho teniendo en consideración a la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;

el estado de salud y edad de los cónyuges; los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

El sistema vigente regula el derecho a la vivienda como un derecho que se le reconoce a toda persona sin importar su pertenencia a una determinada familia.

El artículo 443 prevé el supuesto de la pareja que hubiera optado por el régimen de comunidad o hubiera quedado sujeta al mismo supletoriamente por falta de opción.

Distingue entre bien propio o ganancial siendo viable la atribución cualquiera sea la característica del bien. Analizando el texto surge que se resuelve el supuesto de matrimonio con hijos, anteponiendo siempre el interés de estos últimos y cuando se trata de un matrimonio sin hijos, el uso de la vivienda se definirá a favor de quien se encuentre en una situación de debilidad jurídica mayor, sin importar la titularidad del bien en los casos en que uno de los progenitores quede a cargo del cuidado de alguno de los hijos y los restantes bajo el cuidado del otro, el juez resolverá protegiendo a aquel ex cónyuge que se encuentre en afectado por una situación de vulnerabilidad mayor respecto del otro, en lo que respecta al acceso a una vivienda apta para cubrir sus necesidades y la de los hijos bajo su cuidado”. (Krasknow, 2016 p. 340).

#### **7.4.1 Efectos de la atribución**

La atribución de uso de la vivienda familiar origina una restricción al derecho de dominio que encuentra razón de ser en el principio de solidaridad familiar y en el derecho humano de acceso a la vivienda. Tratándose el derecho de uso de la vivienda familiar de una restricción al derecho de dominio, para ser oponible a los terceros debe trasladarse al plano registral y así alcanzar la debida publicidad.

Kemelmajer de Carlucci (1995) comenta que la Doctrina española ha sostenido que la atribución de la vivienda implica un desmembramiento del derecho de propiedad, que produce un deslinde entre titularidad, que se conserva sin alteraciones y ejercicio de uso, que recae en quien no es titular.

Se le delega al juez la determinación de los efectos que produce la atribución de uso de la vivienda familiar, los cuales dependerán de las circunstancias de hecho.

El artículo 444 del Código establece que:

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.

#### **7.4.2 Cese**

El artículo 445 enumera las causales que provocan el cese del derecho de uso del inmueble que configura la vivienda familiar estableciendo las siguientes: “cumplimiento del plazo fijado por el juez; por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación; por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria”.

Es necesario precisar la duración de la afectación de la vivienda, ya que el principio de solidaridad familiar no implica que deba tolerarse sine die el perjuicio económico que genera la atribución de la vivienda familiar al ex cónyuge titular del inmueble, lo contrario implicaría cierto abuso. (Bossert y Zannoni, 2016).

### **8. Disposiciones transitorias**

#### **8.1 Vigencia de los efectos de la declaración de inocencia**

Durante la vigencia del Código Civil Velezano, la declaración de inocencia en un proceso de separación o de divorcio vincular traía aparejados derechos en su favor y sanciones para el otro considerado culpable.

A partir de la vigencia del presente código, la justicia interpreto que todo proceso de divorcio que no cuente con sentencia firme y conociendo que la misma es una sentencia constitutiva, los cónyuges se encuentran unidos en matrimonio por tal motivo le corresponde ser aplicada la nueva ley vigente y ser sometidos a un divorcio incausado sin cónyuge inocente ni culpable, ni derechos a favor y sanción alguna posible.<sup>12</sup>

Las situaciones transitorias de mayor trascendencia tiene relación con los alimentos contemplados en el viejo artículo 207 que quien había dado causa a la separación personal o divorcio vincular debía contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante la convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos. Y la otra cuestión tiene que ver con la atribución del hogar conyugal.

Con respecto a la materia alimentaria, se establece que el nuevo régimen no puede influir en las relaciones que se concluyeron bajo el amparo de la ley anterior, porque se estarían afectando las garantías constitucionales. De manera que, corresponde que los alimentos se mantengan ya que constituyen un derecho adquirido por parte del alimentado. El

---

<sup>12</sup> Cám. 1ª Flia. Córdoba, “L., M. C. c. L., M. de los D. s/ divorcio vincular – contencioso”, L.L. Online, AR/JUR/28871/15.

artículo 7 de la Ley 26.994 establece que: las leyes no tienen efecto retroactivo excepto disposiciones en contrario, la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Asimismo, las causales de cese en la actualidad están reguladas en el artículo 432, cuando hace mención la obligación alimentaria entre los cónyuges estableciendo que se deben alimentos durante la convivencia, durante la separación de hecho y con posterioridad al divorcio en los supuestos contemplados en el artículo 434: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse. Esta obligación se transmite a los herederos si el alimentante fallece, b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. En este caso para la fijación de los mismos se debe tener en cuenta la edad y estado de salud de los cónyuges, la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien necesita alimentos y la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar. Estos alimentos no pueden tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no proceden a favor de quien recibe la compensación económica.

La cesación de los alimentos fijados a favor del ex cónyuge se produce si cesa la causa que los motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

Con respecto a la atribución del hogar conyugal rige lo mismo que se tuvo en miras respecto a los alimentos, es decir, que al haber sido acordado.

## **9. Conclusiones Parciales**

En el presente capítulo se desarrolló la figura del divorcio a partir de la sanción y aprobación de la Ley 26.994 que le dio surgimiento y vida al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Los cambios fueron muy considerables pasando de un divorcio con causas subjetivas y objetivas a uno incausado, en donde basta la sola voluntad de uno de los contrayentes para obtener la sentencia de divorcio eliminando de esta forma la posibilidad que anteriormente existía y que vulgarmente se conocía como de *no darle* el divorcio.

Este tercer capítulo se desarrolló luego de haber presentado previamente la evolución histórica que ha tenido la temática y también el régimen anterior de Vélez Sarsfield. Se cree que teniendo presente la etapa previa al régimen actual, se puede analizar con un criterio amplio e integrador cuales son las ventajas y desventajas que plantea este nuevo régimen vigente desde el 1 de Agosto de 2015 que es el objetivo general de la presente investigación.

Asimismo, considero que en este capítulo se pone de manifiesto que la eliminación de las causales de divorcio se convierte en un retroceso desde el punto de vista social y jurídico ya que el nuevo Código no hace mención alguna acerca de que castigo o pena recibirá el cónyuge que viola los deberes que nacen con el matrimonio. Tal desinterés que tuvo el codificador y que quedó de manifiesto con el nuevo articulado, va a generar personas poco despreocupadas y sensibles para con la familia. Con respecto a lo expreso del trámite no se puede obviar que es una ventaja lograda por parte del legislador, un proceso que puede ser solicitado por ambos cónyuges o por uno solo de ellos, sin mediar causa y tiempo alguno, esto es un beneficio para los contrayentes justificado en que nadie está obligado a estar casado con la persona que ya no desea.

Otro acierto fue la eliminación de la segunda audiencia en el proceso de divorcio, pues en el régimen anterior, en muchas ocasiones, era considerada innecesaria su realización, como así también la determinación de la eliminación del tiempo que se debía esperar para solicitar la separación personal o el divorcio vincular. Encontramos en la jurisprudencia varios fallos de declaración de inconstitucionalidad del artículo 215 y 236 del Código Civil de Vélez.

Como se pudo ver, los cambios aparentan ser mejoras en los antes llamados divorcios por causal objetiva, es por tal motivo que el legislador no tuvo en cuenta los casos que configuraban en los divorcios por causales subjetivas, y nada a mencionado al respecto, y decidió eliminar este tipo de conflictos generando una desventaja para los cónyuges que hoy se encuentran dañados por el mal actuar del otro cónyuge y en lugar de tener una protección se los situó en un plano de igualdad sin poder pedir una reparación o pedido de disculpa alguna, ya que estas conductas inapropiadas no son más judiciales.

Al sancionarse un divorcio incausado, sin distinguir al cónyuge agraviado es que considero que el instituto de la compensación económica no es completo porque sólo se basa en el desequilibrio económico y debería tenerse en cuenta el actuar de los cónyuges y si alguno tuvo una conducta reprochable negarle la posibilidad del beneficio de esta.

La rapidez que le quieren imprimir al trámite de divorcio termina por hacer que se pierda de vista que el inicio de esa relación fue unirse en matrimonio, desbastando valores que deberían enaltecerse.

## **Conclusiones Finales y Propuesta**

A través de la Ley 26.994 se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial que es aplicación para todos los que habitan el territorio de la República sean ciudadanos o extranjero, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales.

La nueva normativa trae consigo numerosas innovaciones entre ellas la figura del divorcio que difiere notablemente con la regulación anterior establecida en el Código Civil de Vélez Sarsfield, cuya vigencia expiró el 1 de agosto de 2015 y que es objeto de estudio de la presente investigación.

Con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desaparece el divorcio vincular con causa, ya sea esta subjetiva u objetiva como lo previa la ley 23.515, instaurando el divorcio incausado.

El nuevo ordenamiento civil consagra un divorcio sin expresión de causa, que se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges y a pesar que exista desacuerdo entre las partes en cuanto a los efectos derivados de aquél, dichas controversias en ningún caso pueden afectar o suspender el dictado de la sentencia de divorcio.

Parecería ser, en mi opinión personal, que el espíritu del codificador es que el cónyuge agraviado por adulterio, por ejemplificar alguna causal de las viejas contempladas en el artículo 202 del Código Civil Velezano y que padece del abandono de éste, no será tenido en consideración al momento del dictado de una sentencia de divorcio con la nueva legislación, quedando tal reproche únicamente librado al ámbito moral y social.

También, resultaría ser que el Código iguala a las personas de forma negativa, sin contemplar que incluso dentro de un matrimonio pueden convivir personas muy distintas y que esas diferencias pueden haber sido las causales del divorcio, negándoles además derechos que previamente estaban contemplados y consagrados para aquel cónyuge que era estafado en sus sentimientos y le imponía por tal acto considerado antijurídico, una pena en los efectos como era la carga de ser el culpable del divorcio.

El nuevo Código hace referencia a la igualdad de los contrayentes, pero en un tratamiento de igual entre iguales. Y como, repito, la igualdad supone también un segundo aspecto como es la protección del más débil, ya que hay grupos vulnerables a los que el derecho debe responder con una regulación protectoria, tal como lo venía haciendo hasta antes de la entrada en vigencia del nuevo Código a través del principio de igualdad y la no discriminación. Considero, que la mirada del más débil, actualmente solo es tenida en

consideración en referencia a lo económico y no respecto a otros valores que son iguales o más importantes que el económico.

La eliminación del nuevo Código de las causales de divorcio, y en particular de las culpables, no significa un progreso desde el punto de vista social o jurídico sino, por el contrario, un serio retroceso. Más aun, el nuevo Código, no establece sanción alguna por el hecho de violar los deberes que nacen del matrimonio, lo que puede llevar a una conducta despreocupada en el obrar por parte, ya sea de uno de los cónyuges hacia el otro o ambos. Tal situación, es altamente inconveniente tanto para ellos como para los hijos y para la sociedad en su conjunto gestando seres cada vez menos compasivos con el prójimo y con menos empatía.

Lo que se quiere resaltar con el proyecto de la investigación es que si bien se hace referencia a las ventajas y desventajas de la eliminación de las causales, es que nuestro régimen actual solo logro aliviar el trabajo judicial mas no así reflejar situaciones cotidianas que se suelen plantear en el ámbito de una familia en proceso de divorcio.

Hoy, si bien se consagra la compensación económica, la misma es de aplicación únicamente para el supuesto en que el divorcio produzca un desequilibrio económico, o cuando uno de ellos, haya efectuado aportes en servicios o bienes que no pueden ser salvados en la liquidación de la sociedad conyugal y no procede para el caso de que se le otorguen alimentos.

Es decir, que una persona de buenos ingresos, profesional, estafada en sus sentimientos, y abandonada, el codificador entiende que no necesita nada más que la sentencia de divorcio. El cónyuge, antiguamente denominado de buena fe, pese a no haber peticionado el divorcio puede verse sometido a cargar con la compensación económica a favor del otro cónyuge en virtud del desequilibrio económico que el divorcio le provoque al denominado antiguamente culpable o de mala fe en el divorcio. O bien, entiende que el cónyuge violento, no trabajador y vicioso y que por quedar en peor situación económica respecto al otro, pueda reclamarla.

Asimismo, se lo castiga y se lo condiciona al cónyuge antiguamente denominado inocente a que, para evitar ser acreedor de esa compensación económica, si es que fue solicitada, peticione la nulidad del matrimonio por mala fe, logrando el difícil pronunciamiento de nulidad. Y una vez producido éste, evite con él, que se hagan efectivos todos los derechos que el nuevo código le provee al antiguamente denominado como cónyuge culpable ya que no hace distinciones como sí existen en otras legislaciones. En El Salvador,

el cónyuge que haya tenido una conducta gravosa para con el otro no tiene derecho al pago de la pensión económica.

Desde mi punto de vista, nuestro régimen actual plantea una visión equivocada, porque no siempre la parte económicamente más débil es la que debería ser protegida por el derecho en el dictado de una sentencia de divorcio.

Lejos de ser una visión integradora, lo que hace es discriminar al que más tiene generando un quiebre en razón de tener o no tener dinero o sustento económico, perdiendo de vista los valores morales que son los que deben pregonarse en un mundo de avanzada y con visión al siglo que viene.

La nueva codificación respecto al Divorcio, está muy lejos del mundo que quiero dejarles a mis hijos. Olvida, que la unión de dos personas tiene más que ver con el amor, el disfrute, el compañerismo, el sostén en las buenas y no tan buenas situaciones de vida, el formar una familia, en las buenas intenciones que se debe tener para con el prójimo, la solidaridad que tiene que existir y se tiene que contagiar dejando que todos esos valores que hay que rescatar, resaltar y hacer prevalecer en las generaciones presentes y futuras se resuman en un divorcio exprés sin expresión de causa, en un porque sí.

Considero, que es necesaria la elaboración de una ley que interprete el espíritu que tuvo el legislador al sancionar el divorcio sin expresión de causa, abandonando el viejo divorcio sanción. La elaboración de una ley, iluminaría aquellos casos en los que existen partes débiles y vulnerables que el dictado de una sentencia exprés no solo los perjudicaría sin una interpretación específica e integradora a su condición dentro del matrimonio que entiendo la compensación no llega a remediar sino que también lo dejaría con una sensación de que el nuevo articulado lejos de hacer justicia simplifica temáticas con el único fin de alivianar el trabajo judicial.

Considero que se debería reglamentar varios artículos del nuevo Código Civil y comercial:

En el artículo 442, agregándose circunstancias a las ya previstas para la fijación judicial de la compensación económica ya que el artículo antepuesto es meramente enunciativo dejando vacíos legales.

Se debería hacer una distinción en cuanto a:

- quien es el que peticona el divorcio, distinguiendo, si es el más o menos pudiente económicamente dentro del matrimonio,

- si quien peticona el divorcio en su propuesta reguladora establece una compensación económica para sí mismo, o para el otro cónyuge.

- Y si quien peticona el divorcio a modo confesional cree ser pasible de un reproche moral del cual se encuentra arrepentido y concede en el mismo convenio regulador un modo de disculpa o indemnización que dispense de las mismas al cónyuge crédulo para ponerle fin de forma rápida al posible pleito y darle el respeto que se merecen dos personas unidas en matrimonio. Y que forme parte esa disculpa de la sentencia de divorcio. Ya que muchas veces, el agraviado lo único que pretende es una disculpa y reconocimiento público.

Para el caso de que peticione el divorcio sea el que goza de mejor situación económica, agregaría, que si solicita una compensación económica, la misma este fundamentada en una causal que implique actuación gravosa en su contra y que la misma pueda demostrarse.

En cambio, cuando quien la solicite es el que se encuentra en la situación más gravosa, considero que el si bien el codificador en el nuevo régimen quiso protegerlo de posibles abusos que pudieran existir en la relación de pareja, con la solución actual, se está desprotegiendo al que tiene mayor sustento económico. En este caso, el juez debería solicitar fundamentos reales y comprobables para admitir el divorcio con una compensación económica. Porque, claro es, que todos tenemos derecho a obtener una sentencia divorcio si hemos dejado de querer o de tener sentimientos. Otra cosa distantita es convertir al matrimonio en un sustento de vida, o peor aún, intentar obtener con el dictado de la sentencia de divorcio un mejoramiento de nivel de vida en contraposición al que se tenía antes de haber contraído matrimonio. Cuando el estilo de vida anterior al matrimonio dista mucho de la realidad luego de su consumación, considero que el juez debería solicitar fundamentos demostrables y reales del porque “necesita” esa compensación económica. También debería tener en cuenta si tiene relación al modo en que habían acordado llevar adelante el matrimonio. Ya que no teniendo en cuenta tales supuestos se estarían contribuyendo con su admisión a que los matrimonios sean una fuente de negocio para el cónyuge que se considera económicamente más débil.

También, el juez debería contemplar si el que solicita el divorcio o algunas de las partes, quiere, ya sea en el escrito de demanda o de contestación hacer a modo confesional un pedido de disculpa u otorgar indemnización a favor del otro cónyuge, aunque no se revele el motivo de la misma, y quieran guardarlo para la intimidad de la pareja. Sería una forma de ponerle fin al posible pleito y darle el respeto y compensación que merece el que se sintió

agraviado o estafado, y de que quede perdonada tal conducta en el derecho sin necesidad de tener que ser la otra parte la que lo solicite. Es importante incluir, la palabra “pedido de disculpa u indemnización”, porque no hay que olvidar que si bien el derecho lo que quiere es hacer rápida una cuestión que antiguamente a los contrayentes les tomaba años terminar, dentro de ese matrimonio hay dos personas, en algunos casos también hay hijos, que tal vez vieron lastimado su sentir y querer y que necesitan que el derecho también repare tal cuestión.

Puede ser un gran aporte al mundo jurídico tal interpretación que aspiro los jueces tomen en consideración al momento del dictado de una sentencia de divorcio por ser vinculante, ya que si bien se pregona a la nueva figura del divorcio como “exprés”, lo exprés en cuanto a su obtención no debe dejar librado al mero criterio judicial una temática tan delicada, exclusiva, específica y personal a cada pareja como así tampoco se debería perder de vista que el divorcio es lo que secunda a la Institución del Matrimonio que tal como lo prescribe el artículo 406 del nuevo Código Civil y Comercial “para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente...”, y en cuanto a su interpretación el artículo 402 reza “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 este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

Asimismo, deberían adicionar, que no se encuentran legitimados a solicitar la compensación económica:

El cónyuge que hubiera actuado gravosamente frente al otro cónyuge, es decir, que debe ser un cónyuge de buena fe

Que el cumplimiento de la compensación económica no pueda ser mayor a 5 años ni menor de 1 años, pudiendo incluso ser pasible de pena de arresto tal vez como en España de 10 a 30 fines de semana, y su incumplimiento por parte del condenado se configure como delito.

El codificador no expreso el tiempo por el cual se debe otorgar y lo que deja librado a una gran laguna jurídica.

Debería ser otorgada con carácter indemnizatoria y de dispensa.

Y se debería extinguir por injuria grave, mejora de la situación económica, matrimonio con un tercero, fallecimiento del beneficiario, empobrecimiento o cambio de la situación económica del deudor.

La compensación económica debería también corresponderles a aquellas personas trabajadoras, exitosas, de buenos ingresos con una buena imagen pública dentro de su grupo social a la que tal vez el cónyuge que solicita el divorcio, con su ruptura o conducta de vida además le ocasiona vergüenza, baja autoestima, humillación pública, etc.

Otra distinción que sería necesaria realizar es la de diferenciar al momento de dictar sentencia si en el divorcio comparecieron ambos cónyuges o lo hizo uno solo pese a estar debidamente notificado. Si bien el nuevo código da la opción de un plazo de 6 meses para apelar la sentencia de divorcio, no puede igualarse en el plazo a quien no compareció ya que no tuvo la asistencia jurídica necesaria para entender y comprender el alcance de la misma, y al ser tan nuevo el cambio de legislación y la eliminación de inocentes y culpables existe una gran confusión y desinformación en la comunidad.

No podemos equiparar a todos los actores a un mismo saber y entender, debido a que no todos son operadores jurídicos o conocedores de la materia de familia, o de los cambios instrumentados en algo tan cotidiano y doméstico como suele ser la presentación de divorcio.

Hacer una distinción respecto a si comparecieron en el juicio con patrocinio letrado nos permite dar cuenta que ha recibido asesoramiento y se le ha bajado a un lenguaje menos jurídico y técnico las consecuencias del dictado de la misma.

Aun habiendo comparecido con patrocinio letrado, considero que debe existir una audiencia en la cual el juez le lea y explique los alcances de la sentencia, y queden debidamente notificados en ese acto, independientemente de que luego puedan revocarla.

En el supuesto de que uno de cónyuges no haya comparecido, pese a haber sido debidamente notificado, tendría que ampliarse el plazo en relación a la acción de compensación económica. No es posible que los 6 meses rijan tanto para aquel que lo hizo con patrocinio como para aquel que no lo hizo. El plazo debería ser 2 años desde el dictado de la sentencia para aquel que no compareció. Y 6 meses para aquel que si lo hizo.

Podría ocurrir que alguien sabiendo de la ausencia de su cónyuge inicie los trámites de divorcio, lo notifique en el domicilio y las notificaciones estén debidamente diligenciadas, aunque no le lleguen por estar por ejemplo fuera del país, y que obtenga la sentencia de divorcio. Que transcurrido los 6 meses que otorga el código para solicitar la acción de compensación se anoticie de que su cónyuge logro divorciarse y no pueda hacer nada debido a que prescribió el tiempo que tenía para hacerlo.

Siento que Código da rienda suelta a quienes actúan de mala fe y quieren desentenderse y desligarse de la obligación que asumieron al momento de contraer nupcias.

Si bien, el casamiento no es un acto vitalicio y perpetuo, tampoco el divorcio tiene que convertirse en algo exprés y carente de responsabilidad parental.

El matrimonio como institución es la base de la familia, y como tal debe ser respetada en todos sus aspectos y por todos los integrantes del grupo familiar y por la comunidad toda, y más aún por los legisladores que deberían dictar leyes ejemplificadoras ya que son los que a través de las ellas nos ayudan a construir la sociedad que queremos y regañar las malas conductas.

A modo de cierre, puedo concluir que a los propósitos de ésta investigación logré de manera exitosa y acorde a mis expectativas dilucidar cuáles son las características que trajo aparejado el actual Código Civil y Comercial de la Nación, respecto a la eliminación de las causales del divorcio, subyacentes en el nuevo régimen frente al anterior, demostrando a lo largo de la misma, que existen ventajas y desventajas con la eliminación de las causales subjetivas y objetivas del régimen anterior, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, donde las mejoras son notables a nivel procesal y tienen una clara intención de aliviar el trabajo judicial.

Con respecto a las desventajas que menciono en este trabajo, la característica sobresaliente es que giran en torno al llamado anteriormente conyugue inocente y la desprotección que le ocasiona la eliminación de las causales, dejándolo en un plano de igualdad negativo y no obteniendo los derechos que anteriormente el Código Civil Velezano le generaba como se ha visto en las jurisprudencias mencionadas.

Finalmente, del análisis entre ambos regímenes concluyo acorde a mi hipótesis central, que es necesaria la elaboración de una ley que interprete el espíritu que tuvo el legislador al eliminar las causales que existían, ya que la evolución histórica con relación al vínculo matrimonial y las características que ambos presentan en respectivos regímenes, no responden a las necesidades reales respecto a los hechos concretos, a pesar de su impronta en la flexibilización y agilidad en tiempos que el actual presenta.

## Bibliografía

### 10.1. Doctrina

- Belluscio, Augusto (2004). *Manual de Derecho de Familia* Tomo I. (7 ma. Edición ampliada y actualizada). Buenos Aires: Astrea.
- Belluscio, Claudio (2015). *Matrimonio y Divorcio según el nuevo Código Civil y Comercial*. (1 ra. Edición). Buenos Aires: García Allonso.
- Borda, Guillermo (2004). *Tratado de Derecho Civil. Familia* Tomo I. (7 ma. edición ampliada y actualizada). Buenos Aires: Albeledo Perrot.
- Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo (2004). *Manual de Derecho de Familia*. (6 ta. Edición actualizada). Buenos Aires: Astrea.
- Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo (2016). *Manual de Derecho de Familia*. (7 ma. Edición actualizada y ampliada). Buenos Aires: Astrea.
- Buonacore, Domingo (1980) *Diccionario de Bibliotecología*. (2 ed.). Buenos Aires: Marymar.
- Díez Picazo, Luis y Gullón Antonio (1986). *Sistema de derecho Civil*. Vol. IV. Madrid: Tecnos.
- Dolto, Françoise (1989). *Cuando los padres se separan*. Buenos Aires: Paidós.
- Grosman, Cecilia y Herrera, Marisa (2007) *Hacia la armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Hernández, Lidia; Ocampo, Carlos y Ugarte, Luis (2012). *Matrimonio y Divorcio en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley.
- Herrera, Marisa (2014). El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación: Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014, 53 La Ley 2014-F
- Kemelmajer de Carlucci, Aida, Herrera Marisa y Lloveras Nora (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*. Tomo I. (1 ra. Edición). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida (1995). *Protección Jurídica de la vivienda familiar*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Krasnow, Adriana (2016). *Tratado de Derecho Civil y Comercial*. Tomo VII Familia. (1 ra. Edición). Buenos Aires: La Ley.
- Lloveras, Nora (2015). *Práctica y Estratégica. Derecho de Familia*. (1 ra. Edición). Buenos Aires: La Ley.
- Mizrahi, Mauricio (2012). *Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto*. Buenos Aires: La Ley.

- Sambrizzi, Eduardo. El proceso de divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial. eDial.com- DC 1E37.
- Sampieri, Roberto (2014). *Metodología de la investigación* (6 ta. edición). México DF: McGraw Hill.
- Scherman, Ida (2002). *La reformar a la ley de matrimonio en Austria*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 20. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Uriarte, Jorge. (2006). *Separación personal y divorcio*. (2 da. Edición). Buenos Aires: Universidad.

## **10.2. Legislación**

- Código Civil Argentino.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código de Familia de Cataluña.
- Código Civil de Francia.
- Código Civil de España.
- Derecho Civil de Austria.
- Código Civil de Quebec.
- Código de Familia de El Salvador
- Ley de Matrimonio Civil de Chile N° 19.947.

## **10.3. Jurisprudencia**

- C.S.J.N., “Sejean, J. B. c/ Zacks de Sejean, A. M.” L. L. 1986-E-648. (1986).
- Cám. 1ª Flia. Córdoba, “L., M. C. c. L., M. de los D. s/ divorcio vincular – contencioso”, L.L. Online, AR/JUR/28871/15.
- CNApel. Civ., Sala C, “T. J. V. c/ G. B. M.”, AR/JUR/41213/2009.
- CNApel. Civ., Sala G, “R. E. c/ C. M. A.”, L.L. Online, AR/JUR/36943/2010.
- CNApel. Civ., Sala L, “Elio Nelson Pampin c/ Paula Maria Sueyro”, AR/JUR/26770/2012.
- CNCiv., Sala K, “B.A.M. c/ P.C.A. s/ Divorcio” Expte N° 104.686, del 10/12/2010.
- Colg. 1ª Inst. Fam. N° 7 Rosario, “F., M. y L., S. s/ divorcio vinc. present. conjunta”, L.L. Online, AR/JUR/6082/2012.
- Juzg. 1ª Inst. Civ y Com N° 1 Azul, “G.J.A. c/ M. de G. E. A.”, LLBA 1995, 1164, AR/JUR/1340/1995.
- Juzg. 1ª Inst. Fam. N° 1 Mendoza, “C., G. A. y M., M. L. s/ divorcio vinc. present. conjunta”, L.L. Online, AR/JUR/46292/2013.

- Juzg. 1ª Inst. Fam. Nº 1 Paso de los Libres, “L., J. A. c. L., A. M. s/ divorcio”, L.L. Online, AR/JUR/40631/2017.
- Juzg. 1ª Inst. Flia, Nº 2, Corrientes, “S. R. C. c. S. A. E. s/ divorcio”, LL on line, AR/JUR/ 43778/2015.
- Juzg. 1ª Inst. Fam. Nº 3 Trelew, “G. M. D. c/ P. A. N.”, SJA (15/07/2009).
- Juzg. Nac. 1ª Inst. Civ. Nº 77, “V., J. D. c. C., G. A. s/ divorcio”, L.L. Online, AR/JUR/28875/2015.